

« EUROPE, ÉTAT DE DROIT ET SOUVERAINETÉ NATIONALE »

Sommaire

Accueil

par Marie-Françoise Bechtel ,
Présidente de la Fondation Res Publica 7

« Europe et État de droit »

par Jean-Éric Schoettl,
Conseiller d'État (h), secrétaire général du Conseil constitutionnel de 1997 à
2000, membre du conseil scientifique de la Fondation Res Publica..... 10

« La notion d'État de droit : du Rechtsstaat à l'auberge espagnole ... »

par Anne-Marie Le Pourhiet,
Professeur de droit public à l'Université de Rennes-I, auteur de *Droit
constitutionnel* (Economica, 2018), membre du conseil scientifique de la
Fondation Res Publica 29

Débat avec les invités 35

avec la participation de

Bertrand Mathieu
Alain Dejammet
Stéphane Rozès
Jean-Michel Quatrepoint
Franck Dedieu

Mesdames, Messieurs,
Chers amis,

Si nous sommes réunis ici en petit comité, comme le veulent nos séminaires, pour essayer d'approfondir une question, ce n'est pas pour le plaisir purement intellectuel de l'analyse, bien que nous ne risquions pas d'être privés, par nos brillants intervenants, de ce qu'il y a de mieux sur le plan intellectuel.

Que cherchons-nous à faire ici ? Au sein de cette Fondation nous sommes attachés à la souveraineté nationale et à la vision républicaine de l'intérêt national – deux choses qui sont profondément liées l'une à l'autre – nous sommes donc attachés à une vision de la démocratie qui soit conforme aux canons tels qu'ils avaient été institués en France (après l'Angleterre), avec une souveraineté populaire qui se dote de représentants desquels émane une loi qui en principe est souveraine.

Ni notre ADN national ni notre histoire ne nous prédisposaient à des transferts vers cet être non défini devenu au fil des ans l'Union européenne, sorte de protoplasme dans lequel les formes s'agrandissent, se remplissent jusqu'à atteindre la totale plasticité qui, je crois, caractérise la situation actuelle.

Nous savions certes que l'Union européenne était largement gouvernée par une Commission qui est une sorte d'appareil d'État sans État, ce qui ne l'empêche pas, au contraire, de prendre une place considérable.

Nous avons appris aussi que ce qui était alors la CEE considérait qu'elle était la source d'un droit souverain s'imposant aux États membres (je cite l'arrêt bien connu Costa contre Enel, rendu en 1964 par la Cour de justice des Communautés européennes). Au moins à l'époque cette affirmation avait-elle quand même fait quelque bruit.

Et aujourd'hui enfin nous savons que nous avons donné notre consentement, par voie constitutionnelle, à un déferlement de pouvoirs et de compétences qui au fil du temps sont devenus considérables. Il suffit de rappeler que le traité de Lisbonne a produit cinquante nouveaux domaines de compétences en dehors des instruments d'action dont il gratifie les instances existantes.

Mais tout cela ne serait rien si nous n'étions pas en train de découvrir en outre que, s'emparant d'un espace laissé sans doute vide, souple et, comme je le disais, protoplasmique, le juge de l'Union européenne, aujourd'hui en première ligne, vient, par des arrêts où fleurissent de nombreux considérants de principe, donner un certain nombre de prescriptions et d'édicions qui sous couleur de dire le droit imposent aux États une sorte de gouvernance non dite fondée sur les droits fondamentaux.

Or, question préliminaire, que peut signifier la suprématie du droit édicté au nom d'une Union, organisation unique en son genre, dont les principales bases ne sont pas démocratiquement fondées ? Je le dis sans esprit de polémique en me référant au constat émis par la cour constitutionnelle allemande, le Tribunal de Karlsruhe, en 2009 : nous avons, dit ce tribunal, un Parlement qui n'est pas un Parlement et ne représente pas un peuple souverain. À ce constat on ajoutera pour décrire l'ensemble de l'architecture institutionnelle de l'Union que la Commission est un organe qui est en même temps semi-gouvernemental participant pour partie à l'exécutif et semi-législatif, partageant un certain nombre de pouvoirs avec le Parlement, tout en gérant l'administration européenne, chose unique et jamais vue ! La seule instance démocratique conforme aux canons de la démocratie est le Conseil des chefs d'État et de gouvernement. Mais cette instance, la seule légitimement fondée, ne semble pas avoir goût à prendre des décisions qui soient réellement négociées, prises à l'unanimité et portant une vision de l'Europe.

Ce sont toutes ces questions qui nous préoccupent. À la Fondation Res Publica nous cherchons toujours le chemin politique au sens large du terme. Mais face à une situation de blocage d'une telle nouveauté, comme il va être décrit dans un instant, nous sommes quand même conduits à faire un point de situation. C'est ce que nous faisons ce soir. Jusqu'à quel point les maux sont-ils graves ? Jusqu'à quel point l'atteinte à la souveraineté nationale par l'action du juge communautaire, ce dernier acte de la prise de pouvoir par les instances communautaires, est-elle si ce n'est irrémédiable, du moins largement et fortement installée ? À moins d'une volonté politique absolument inédite et peut-être aussi d'un basculement de la culture des peuples spécifiques que nous sommes, peut-être ne sera-t-il pas possible de revenir en arrière. Je le répète, nous avons ressenti l'Union européenne depuis maintenant de longues années comme un système trop

écrasant par rapport à la souveraineté nationale. Mais où nous n'avions rien vu par rapport à ce que à quoi nous assistons depuis une dizaine d'années.

C'est ce phénomène nouveau que nous allons essayer de décrire, non sans nous interroger sur les moyens envisageables pour remédier à cet état de fait ou du moins pour canaliser quelque peu ce torrent qui nous emporte vers le tout juridique et vers l'abaissement du politique.

Jean-Éric Schoettl nous fait l'amitié d'intervenir devant nous sur la base d'une note remarquable qu'il nous a donnée¹, et nous l'en remercions, sur le rapport entre la souveraineté nationale et le droit européen. Et je n'ai pas besoin de vous dire à quel point le propos de Jean-Éric est savant, précis, rigoureux, sans parler de la qualité rhétorique brillante qui le marque.

Anne-Marie Le Pourhiet a accepté de faire ce que je n'ose appeler (comme elle l'a fait elle-même) un complément, en donnant les aperçus théoriques nécessaires pour éclairer l'évolution en cours et la façon dont l'horizon s'est bouché. Je n'attends pas d'elle une vision optimiste de la manière dont l'accumulation des nuages noirs pourrait, fût-ce au prix d'un orage, nous conduire à une révision de cette situation mais en tout cas nous entendrons une parole savante, formée, rigoureuse sur les principes. Je crois que cette base intellectuelle est vraiment ce que nous demandons à la Fondation Res Publica parce que nous pensons qu'il n'y a pas de pensée politique si la base intellectuelle et conceptuelle n'est pas sûre, rigoureuse et « bordée » de tous les côtés.

Je donne donc pour commencer la parole à Jean-Éric Schoettl dont je ne vous ai pas dit – mais vous le connaissez tous – qu'il est polytechnicien, membre du Conseil d'État. Parmi les nombreuses fonctions qu'il a exercées, il a été notamment été secrétaire général du Conseil constitutionnel entre 1997 et 2007. C'est largement à ce titre qu'il a beaucoup de choses à nous dire ce soir.

¹ « La notion européenne d'État de droit et les souverainetés nationales », note publiée sur le site internet de la Fondation Res Publica en novembre 2022.

Europe et État de droit

Merci, Madame la présidente.

Dans *Guerre et paix entre les Nations*, paru en 1962, Raymond Aron explique qu'avec le Marché commun (comme on disait alors) « *l'essence des souverainetés nationale n'est pas sérieusement affectée* ».

De son côté, statuant le 30 décembre 1976 sur l'élection des eurodéputés au suffrage universel direct, le Conseil constitutionnel juge que ce mode d'élection « *n'a pour effet de créer ni une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale, non plus que de porter atteinte aux pouvoirs et attributions des institutions de la République et, notamment, du Parlement* ».

Si la construction européenne n'avait encore affecté la souveraineté des États ni en 1962, ni en 1976, c'est parce que ceux-ci, explique Aron, conservaient encore l'essentiel de leurs attributs : « *la compétence de leur compétence* », « *l'autorité suprême de légiférer* », la « *souveraineté constitutionnelle* », « *la capacité d'imposer le respect des lois* ».

Or ce sont précisément ces attributs qui ont été altérés depuis une quarantaine d'années au fil des traités – de l'Acte unique de 1986 au traité de Lisbonne de 2007, en passant par les traités de Maastricht (1992) et d'Amsterdam (1997) –, comme en raison des jurisprudences « téléologiques » de la CJUE et des révisions constitutionnelles entérinant l'intégration de la France à l'édifice européen.

Contrairement au droit international, qui est un droit de la **coopération** entre États souverains, le droit de l'Union est en effet, depuis une quarantaine d'années, un droit de **l'intégration** des États-membres au sein d'une « *union sans cesse plus étroite entre les peuples* ». Il poursuit cet objectif à travers des mécanismes juridiques inspirés du droit constitutionnel des États fédéraux – notamment la primauté et l'effet direct.

Un instrument de prédilection de cette intégration est l'« État de droit ».

La notion européenne d'État de droit est extensive. Si extensive qu'elle peut devenir le cheval de Troie de tous ceux qui en veulent au droit de l'État, de tous ceux pour qui, consciemment ou inconsciemment, « l'État de droit » c'est le droit contre l'État et l'« État de droit européen » l'Europe contre les États-nations.

L'État de droit, justement, comment le définir ?

Le terme « État de droit » est inconnu du droit français jusqu'à une époque récente. Il est emprunté à l'allemand *Rechtsstaat* qui, historiquement, ne veut rien dire d'autre que la soumission du fonctionnement de l'État à des règles de droit. Il n'a pas de contenu programmatique, philosophique ou moral précis et n'implique ni la démocratie, ni les droits de l'homme. Mais l'expression s'est prodigieusement chargée de sens depuis une cinquantaine d'années.

S'il fallait lui donner un contenu contemporain raisonnable, compatible avec la tradition juridique française, quel serait-il ?

Ce serait une architecture étatique de type démocratique dont les composantes seraient les suivantes :

- La soumission de l'État à des normes hiérarchisées entre elles (idée de Kelsen, reprise par Carré de Malberg) ;
- Le devoir de l'État de garantir la sûreté, par la force légitime comme par la justice pénale ;
- Le principe représentatif (le pouvoir politique procède du suffrage universel) ;
- Son obligation de respecter les droits et libertés, mais aussi de les faire respecter (je renvoie à Montesquieu qui définit la liberté comme « *la tranquillité d'esprit du citoyen qui provient de son opinion que le gouvernement non seulement ne l'assujettit pas, mais fait en sorte qu'il ne puisse craindre d'un autre citoyen* ») ;

- Enfin, la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire l'existence de trois pouvoirs spécialisés (législatif, exécutif et juridictionnel) interagissant pour se tempérer mutuellement, mais aussi pour coopérer et sans qu'aucun ne puisse mettre les autres sous sa coupe.

Cependant, en France comme en Europe, le terme d'État de droit est devenu un mot valise, une notion polymorphe qui a une signification tantôt technique, tantôt idéologique, voire transcendante.

Dans cette dernière acception, il devient une religion dont les droits individuels sont les dieux, l'État-Nation le diable et le juge le grand officiant.

Cette conception atteint son paroxysme dans les enceintes européennes.

Ce qui se concocte, dans des cercles comme la Commission de Venise, c'est un droit « *sans le peuple et contre l'État* », ainsi que le résume Pierre-Henri Tavoillot (Figaro du 19 septembre 2022).

L'État de droit est mentionné, mais non défini par les traités européens.

L'article 2 du TUE le place dans les « valeurs » de l'Union : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

Comme le dit Anne-Marie Le Pourhiet (ici présente) : « *Nul n'avait initialement prêté attention à ce catalogue bisounours et le Conseil constitutionnel français, lorsqu'il a examiné le projet de traité, n'a pas émis de réserves...* ».

En particulier, l'article 2 du TUE ne précise pas ce qu'il faut entendre par État de droit. On pouvait penser qu'on faisait ainsi référence, à titre reconnaissant, aux acquis de la société démocratique tels que le suffrage universel ou les libertés publiques au sens classique. C'est la lecture qu'en a fait le Conseil constitutionnel

tant pour le traité établissant une Constitution pour l'Europe que pour le traité de Lisbonne.

Mais les organes de l'Union mettent dans cette notion d'État de droit bien plus que cela, pour ne pas dire à peu près tout ce qu'ils veulent : un standard d'organisation judiciaire, l'évolution des mœurs, les prérogatives des minorités etc.

C'est ce qui leur permet de condamner la Pologne et la Hongrie pour les politiques suivies par ces pays en matière migratoire ou sociétale.

C'est ce qui les conduit aussi à regarder avec suspicion la laïcité française, beaucoup considérant, à Bruxelles et à Luxembourg, qu'elle est un obstacle à l'édification d'une « société ouverte et multiculturelle ».

Si les « règles et principes » (y compris le principe de primauté du droit de l'Union) s'imposent à tous dans les domaines régis par le droit de l'Union, la vérification du respect de « valeurs » – non circonscrites par les traités – devrait se faire avec tact et retenue, dans le souci de ménager les cultures, les Histoires et les sensibilités nationales. Sans violenter l'imaginaire des peuples.

En tout état de cause, l'article 2 du TUE, de caractère déclaratoire, ne saurait fonder une compétence propre de l'Union. Il ne saurait habiliter les organes de l'Union à connaître de toute chose au nom de l'État de droit, un État de droit – qui plus est – dont ils définiraient les contours à leur convenance.

Cet État de droit sublimé, qu'irradierait en quelque sorte le projet européen et que contiendraient en devenir ces valeurs ineffables que mentionne l'article 2 du TUE, cet État de droit européen philosophique bien plus que juridique, largue les amarres avec le droit tout court. Et s'affranchit à l'occasion du droit positif issu des traités.

En témoignent les thématiques dont délibère aujourd'hui le Parlement européen.

Un eurodéputé français (François-Xavier Bellamy pour ne pas le nommer) a demandé à son équipe parlementaire de classer les délibérations, au cours de la première année de l'actuelle mandature, selon leur rapport avec les attributions de l'Union. Résultat : seule la moitié de ces délibérations sont en lien avec les compétences de l'Union ; pour environ un tiers, les sujets donnant lieu à débat n'ont qu'un rapport lointain avec ces compétences ; le reste – soit près d'une délibération sur cinq – leur est totalement étranger.

Encore faut-il noter que les votes débordant les attributions de l'Union ne portent pas sur n'importe quel domaine. De fait, c'est tout un agenda « politiquement correct » que l'Union sort de son chapeau en opposant l'« État de droit européen » aux États membres rétifs à se plier à sa doxa. Une doxa inspirée par des ONG particulièrement actives, dans les couloirs de l'Union, en matière d'environnement, de lutte contre la corruption, de parité et de défense des minorités etc.

Les responsables de l'Union européenne adhèrent-ils intimement à ce credo ou s'y plient-ils par conformisme à l'air du temps ? Je serais tenté de pencher pour la seconde solution en voyant une Ursula von der Leyen, patricienne « *hübsche* » (nous dirions « bcbg ») de haute lignée, mère de sept enfants et démocrate chrétienne bon teint, se déclarer « horrifiée » par une loi hongroise disposant que « *la pornographie et les contenus qui représentent la sexualité ou promeuvent la déviation de l'identité de genre, le changement de sexe et l'homosexualité ne doivent pas être accessibles aux moins de 18 ans* ».

Conformisme qui n'est cependant pas de pure façade puisque, en juillet dernier, on a vu la Commission, depuis suivie par quinze États-membres (dont la France), saisir la CJUE d'un recours contre la Hongrie : celle-ci aurait méconnu les valeurs de l'Union parce que, en édictant des règles de prudence régissant les contenus adressés aux mineurs, elle aurait adopté une mesure discriminatoire à l'égard des personnes LGBT. La loi hongroise attaquée n'est pourtant pas si éloignée de la loi française de 1949 sur les publications destinées aux mineurs, dont l'article 2 prohibe les contenus pornographiques ou de nature à nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des enfants et des jeunes.... Allons-nous, nous aussi, être poursuivis des foudres de la Commission ?

Ainsi, en pleine guerre d'Ukraine, de tensions économiques et sociales, d'alertes climatiques et sécuritaires, de désordres migratoires et géopolitiques, il n'y avait apparemment – pour défendre les valeurs de l'Union – aucun péril plus urgent à combattre que la loi hongroise de protection des mineurs...

Recours d'ailleurs surréaliste : attend-on de la CJUE qu'elle interdise à un État-membre de protéger sa jeunesse selon ses canons culturels et moraux nationaux ? A l'heure où, face à tant de périls communs, les peuples d'Europe devraient serrer les rangs et s'entre-respecter pour être plus solidaires, cette Europe des priorités dévoyées et des ingérences intempestives ne peut que diviser les Européens. La CJUE aura-t-elle la lucidité de le rappeler ? Voilà la question que j'aurais aimé poser à Jean-Claude Bonichot s'il avait pu être des nôtres ce soir.

Il me paraît inadmissible que, sous couvert d'État de droit et de valeurs de l'Union, l'Union s'empare de la compétence de ses compétences contre la sensibilité nationale et les intérêts des peuples européens.

Il est vrai que, pour étendre son emprise, l'Union peut aussi s'appuyer sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Proclamée lors du conseil européen de Nice en 2000, cette Charte fait partie intégrante du droit de l'Union depuis le traité de Lisbonne, lequel lui confère la même valeur normative qu'aux traités.

Elle se présente comme un volumineux catalogue de droits et de principes.

Ces droits et principes vont des libertés publiques classiques à la bioéthique, en passant par la transparence administrative, la lutte contre les discriminations, la liberté de manifester publiquement ses croyances, l'autonomie de la personne, la défense de la planète etc.

Elle renvoie, outre aux traditions constitutionnelles des pays membres et aux traités, aux jurisprudences de la CJCE (devenue CJUE) et de la CEDH.

Même si, en principe, la Charte n'est opposable aux États-membres qu'en tant qu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, l'Union dispose avec elle d'un moyen

de contrainte inépuisable à l'égard des États, avec, à la clé, la procédure de sanction organisée par l'article 7 du TUE.

La référence aux valeurs de l'Union, à l'État de droit et à la Charte conduit à mettre chaque État membre sous la surveillance constante de l'Union, laquelle n'est plus seulement, comme au siècle dernier, dépositaire des traditions de ses membres en matière de droits fondamentaux, mais créatrice originaire et gardienne de leur respect.

Comme l'écrit Xavier Cauquil dans un ouvrage remarquable (*La nécessité européenne*, publié chez L'Harmattan) : « *En raison de la profusion des droits répertoriés dans la Charte, et du fait des contraintes engendrées par cette référence morale multiforme, qui enserme ses membres dans un écheveau de promesses hasardeuses à tenir et où la défaillance est aisée, les États sont exposés à être pris en défaut par l'Union et donc à encourir une sanction ou, à tout le moins, une réprobation. Par la Charte, l'Union s'arrogue la faculté de juger si tel ou tel membre dévie...* »

Au nom de l'État de droit et par application de l'article 7 du TUE, l'Union exerce une triple contrainte sur les États membres : morale (en adressant des admonestations), politique (en suspendant des droits de vote) et économique (en suspendant le versement de fonds européens, comme avec la Pologne et la Hongrie).

Même en matière de sécurité et de défense, les excès de pouvoir commis par les organes de l'Union se multiplient, et toujours dans le sens d'une restriction des fonctions régaliennes.

En matière de sécurité et de défense, les organes de l'Union devraient s'interdire tout excès de pouvoir (*ultra vires*) puisque les traités (c'est-à-dire les peuples souverains) indiquent clairement que « *La sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État-membre* » (article 4, paragraphe 2, du TUE).

Cela n'empêche pas la CJUE de se prononcer en la matière. Ainsi, en 2021, la CJUE juge que la directive de 2003 relative au temps de travail s'applique aux membres des forces armées. Du point de vue de l'Union, un militaire devrait donc

être regardé, sauf exception, comme un travailleur ordinaire, ce qui contrevient à l'exigence française de disponibilité permanente de ses soldats.

Il est vrai que celle-ci avait été déjà malmenée par la décision de la CEDH Matelly de 2014, imposant à la France d'introduire le syndicalisme dans ses armées.

Cette décision sur le temps de travail des militaires a suscité une émotion considérable en France, y compris chez les personnalités les plus europhiles. Le Président de la République lui-même a indiqué ne pas comprendre. Fait remarquable et inédit : devant le Conseil d'État, le gouvernement a plaidé contre l'arrêt de la CJUE.

Domaine non moins crucial pour notre sécurité collective : la conservation et l'utilisation des données de trafic et de localisation des communications électroniques, aux fins de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée ou de contre-espionnage. Dans ce domaine, l'arrêt de la CJUE du 8 avril 2014 « Digital Rights », suivi des arrêts Quadrature du Net et Privacy International du 6 octobre 2020, puis Spacenet AG du 20 septembre 2022, imposent des conditions restrictives incapacitantes pour la sécurité des États.

Selon la CJUE, seule une menace grave et actuelle pour la sécurité nationale permet aux législations nationales de prévoir une conservation généralisée de ces données. C'est nier l'importance des signaux faibles et celle des filets dérivants.

Autre illustration de cette ingérence, de la part de la Commission cette fois : en 2020, elle s'immisce dans une procédure législative nationale en tançant la France à propos du fameux article 24 de la proposition de loi « sécurité globale » dont l'objectif, ô combien légitime, était de punir la diffusion du visage ou d'autres éléments d'identification d'un policier ou d'un gendarme en opération « *dans le but manifeste qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique ou psychique* ». La Commission s'émeut publiquement de cet article 24, estimant qu'il « *menace la liberté de la presse* ». Elle intervient là sans base légale, dans un rôle auto-conféré de directeur de conscience droits-de-l'homme...

Sur les politiques migratoires, les organes de l'Union ne se bornent pas à condamner les pays du groupe de Visegrad, la Grèce et (hier encore) l'Italie. Ainsi, la Commission a dénoncé comme contraire aux règles de l'Union, et plus particulièrement aux orientations du « Pacte européen sur la migration et l'asile », la loi danoise tendant à externaliser le traitement des demandes d'asile, loi largement votée par le *Folketing* à l'initiative du gouvernement social-démocrate de Mette Frederiksen.

En entravant l'État régalien, l'Union porte atteinte, dans chaque État membre, à des garanties essentielles de son ordre constitutionnel telles que la souveraineté nationale, la défense du territoire ou la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique.

Elle met en panne l'Europe elle-même car comment sortir de conflits aussi inexpiables entre États et organes de l'Union ?

Attend-on des Danois, par exemple, qu'ils abrogent une loi qui, quoiqu'on en pense (j'ai personnellement des réserves sur son dispositif), est chez eux consensuelle ?

Attend-on des Polonais qu'ils dissolvent leur cour constitutionnelle ?

Comme personne ne mangera son chapeau, le blocage est sans remède.

Se manifeste à nouveau ce « fédéralisme clandestin » que pratiquait déjà il y a un demi-siècle la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), avec les fameux arrêts *Handelsgesellschaft* (1970) et *Simmenthal* (1978).

C'était alors au nom de la concurrence libre et non faussée dans un marché unifié. C'est désormais au travers du prisme des « valeurs de l'Union ».

L'idée sous-jacente est qu'il faut dépasser les nations, ces reliques barbares. Idée pourtant réfutée par cette double évidence que les nations sont les briques de l'Europe et que les peuples y restent viscéralement attachés.

Il en résulte une crise systémique. Celle-ci ne peut être dénouée que si, comme la Cour de Karlsruhe, les autorités nationales savent dire « pouce ».

Le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas jugé il y a une quinzaine d'années que l'application d'un acte de droit européen dérivé devait être écartée si cet acte portait atteinte à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Mais les cours suprêmes françaises se sont refusées, à ce jour, à siffler la faute.

Ainsi, dans l'affaire de la conservation et de l'utilisation des données des communications électroniques à des fins pénales ou de renseignement, le Conseil d'État s'est interdit par avance d'opposer à la CJUE en matière de sécurité un veto analogue à celui émis par la Cour de Karlsruhe en mai 2020 en matière monétaire.

C'est même à une capitulation sans condition que procède son arrêt *French Data Network* du 21 avril 2021 : « *Contrairement à ce que soutient le Premier ministre, il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres* ».

De même, s'agissant de la directive « temps de travail », le Conseil d'État a jugé le 17 décembre 2021 que le principe constitutionnel de « *nécessaire libre disposition de la force armée* » ne faisait pas globalement obstacle à l'application de cette directive aux militaires français (Assemblée, 17 décembre 2021).

Il n'est pas sans intérêt de « zoomer » sur cette emblématique affaire. Saisie par un garde-frontière slovène à propos d'un décompte d'heures supplémentaires, la CJUE lui avait donné raison et rejeté, le 15 juillet 2021, les conclusions de la France, de l'Espagne et de la Slovénie, selon lesquelles, en vertu des traités européens, le statut des militaires échappe intégralement au champ de la directive de 2003 sur l'aménagement du temps de travail.

Pour la CJUE, la directive de 2003 est applicable, sauf exception, aux militaires. Quelles exceptions ? Celles liées aux opérations du champ de bataille, aux entraînements opérationnels, aux missions des unités spéciales ou à des « contraintes insurmontables ». Inversement, seraient soumis aux dispositions de

la directive les services liés à « l'administration, l'entretien, la réparation, la santé », ou au « maintien de l'ordre » et à « la poursuite des infractions ». Les services de soutien aux armées et la gendarmerie sont donc fortement impactés.

Née des réclamations d'un garde-frontière slovène, la revendication tendant à ce que les militaires bénéficient de la directive de 2003 aurait pu ne pas toucher la France tant elle est étrangère à la conception que nos militaires se font de leur engagement.

Mais tout corps comprend ses personnalités atypiques.

Un sous-officier de gendarmerie français a demandé à sa hiérarchie de plafonner la durée hebdomadaire de travail au maximum fixé par la directive de 2003. Mécontent de la réponse qui lui été apportée par le directeur de la gendarmerie nationale (selon lequel, à supposer la directive applicable, la gendarmerie satisfait déjà à celles de ses dispositions qu'invoque l'intéressé), notre gendarme l'a déférée au Conseil d'État.

Dans leurs observations en défense, les ministres de la défense et de l'intérieur demandaient au Conseil d'État de déclarer la directive de 2003 totalement inapplicable aux membres des forces armées.

Deux argumentations étaient a priori possibles pour étayer cette demande.

La première consistait à inviter le Conseil d'État à juger que, en étendant l'applicabilité d'un acte européen de droit dérivé (la directive de 2003) au-delà du domaine de compétence de l'Union (tel que délimité notamment par l'article 4 du TUE), la CJUE a méconnu la règle selon laquelle l'Union n'a pas « la compétence de ses compétences », celle-ci restant l'apanage des peuples souverains. C'est la position du Tribunal constitutionnel allemand.

Mais cette première argumentation, comme il a été dit ci-dessus, était vouée à l'échec en raison de la position de principe adoptée par le Conseil d'État dans l'affaire de la conservation et de l'utilisation des données des communications électroniques à des fins pénales ou de renseignement (French Data Network). Le Conseil d'État y a brûlé ses vaisseaux en s'interdisant par avance d'opposer à la

CJUE, en matière de défense, un veto analogue à celui émis par la Cour de Karlsruhe en matière monétaire.

Une seconde argumentation aurait cependant pu suffire au Conseil d'État pour écarter intégralement l'applicabilité aux militaires de la directive de 2003. Le Conseil constitutionnel a estimé que le droit européen dérivé ne peut recevoir application s'il est contraire à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (27 juillet 2006).

Or, s'agissant du temps de travail des militaires, un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (c'est-à-dire un principe constitutionnel sans équivalent en droit de l'Union) s'oppose à l'applicabilité de la directive de 2003 : c'est celui de la « nécessaire libre disposition de la force armée ». Le Conseil constitutionnel a consacré ce principe dans des décisions du 28 novembre 2014 et du 27 février 2015.

Pourtant, par sa décision d'assemblée du 17 décembre 2021, le Conseil d'État a considéré que la directive de 2003 était applicable, sauf exception, aux militaires. Il a *grosso modo* retenu les mêmes exceptions que la CJUE et estimé que, moyennant ces exceptions, le principe de nécessaire libre disposition de la force armée était sauf.

Si les prétentions du gendarme ont été rejetées, c'est parce que, en l'espèce, les règles nationales en vigueur sur le temps de travail des gendarmes (compte tenu notamment de la nature particulière des astreintes à domicile pratiquées dans la gendarmerie et des conditions de logement des gendarmes) satisfont d'ores et déjà aux objectifs de la directive invoquées par le requérant.

Mais la solution d'espèce importe évidemment beaucoup moins que la portée générale de l'arrêt : la directive de 2003 est, sauf exception, applicable aux militaires, ce qui porte atteinte à des fonctions de souveraineté pourtant protégées par le TUE (art 4) et ouvre la voie à diverses contestations.

La solution adoptée par le Conseil d'État dans cette affaire de temps de travail des militaires s'inscrit dans une logique que je qualifierai de « conciliation à tout prix » avec la Cour de justice.

Pourquoi ce conformisme ? Est-ce par crainte d'ébranler le fragile et complexe édifice du droit européen ? Pour ne pas être rangé dans le camp des cours nationales frondeuses conspirant, à l'instar du tribunal constitutionnel polonais, contre l'État de droit ?

Ces explications ne sont que partielles.

Le suivisme a une raison plus profonde : le juge national trouve dans le droit européen le moyen historique de s'extraire de l'État national et de dominer celui-ci.

La primauté du droit de l'Union permet au pouvoir juridictionnel de ne plus être seulement un pouvoir jouant sa partie dans le jeu démocratique national de la séparation des pouvoirs.

Elle lui permet de se poser et de se penser, du haut du surplomb européen, comme un pouvoir au-dessus des autres pouvoirs, une instance supra-démocratique.

Et cela cause un grand trouble pour des esprits qui, comme le mien, sommes encore attachés à la notion de souveraineté, dans ses dimensions tant nationale que populaire.

Dans une démocratie, l'État agit sous la supervision du peuple. Il importe donc au peuple que l'État soit le plus indépendant possible d'autres puissances, intérieures ou extérieures.

Pas de souveraineté populaire sans État souverain. Comme disait Jaurès, la souveraineté nationale, l'État souverain sont le bien ultime du peuple.

Cette souveraineté de l'État implique qu'il n'abdique ni le pouvoir de fixer la norme et de l'abroger, ni celui d'édicter des règles d'exception, ni ses attributions régaliennes essentielles, notamment le pouvoir de contrainte et le « privilège du préalable » du droit administratif et moins encore la compétence de sa compétence et le pouvoir constituant.

Le peuple cesse d'être le Souverain si la souveraineté de l'État de désagrège, c'est-à-dire si l'État transfère une part substantielle de sa puissance à des entités tierces, qu'elles soient nationales (juridictions, autorités administratives indépendantes, experts, organismes professionnels), supranationales ou transnationales.

*

L'emploi obsessionnel de la notion d'État de droit par l'Union prolonge une carence structurelle de l'Europe telle que nous l'avons construite : sa répugnance à assurer la protection des peuples et à assumer, pour ce faire, les moyens de la puissance.

En évoquant cette répugnance de l'Union européenne pour la puissance, je crois que nous ne nous écartons pas vraiment de notre sujet du jour, qui est la fixation de l'Union sur l'État de droit.

Deux exemples pour illustrer ce que je veux dire par là.

Premier exemple : les velléités de l'agence Frontex d'assurer sa mission de garde-frontière, en ne se bornant plus au sauvetage en mer, ont fait se crispier la commissaire aux affaires intérieures, la suédoise social-démocrate Ylva Johanson, et se rebiffer les eurodéputés bien-pensants.

La dotation de Frontex a donc été réduite et les navires de Frontex invités à embarquer des observateurs d'ONG.

Il y a encore deux ans, Frontex se demandait si, quand et comment elle pouvait refouler. Il s'est découvert qu'elle ne le peut pas du tout puisque l'Office européen de lutte contre les fraudes (Olaf), dont on se demande en quoi une telle investigation relevait de ses compétences, a reproché au directeur de Frontex alors en fonction, le Français Fabrice Leggeri, d'avoir cautionné plusieurs refoulements (*pushbacks*), pratique condamnée par la jurisprudence de la CEDH et donc, selon l'Olaf, contraire au droit de l'Union.

Fabrice Leggeri a donc démissionné.

Où est l'Europe puissance chère au Chef de l'État dans cette affaire ? Et qu'en a dit la présidence française ? Silence tonitruant...

Second exemple : la Commission et le Parlement européens se sont refusés à aider financièrement la Pologne à protéger sa frontière avec le Belarus (qui est pourtant une frontière extérieure de l'Union) pour le motif ainsi exposé par Ursula von der Leyen lors du sommet européen d'octobre 2021 consacré à la pression migratoire : « *Il y a une position commune de longue date de la Commission et du Parlement européen sur le fait qu'il n'y aurait pas de financement de barbelés et de murs* ».

Congénitalement, juges, commissaires et, pour beaucoup d'entre eux, parlementaires européens refusent l'Europe puissance autant qu'ils tiennent pour suspectes les souverainetés nationales.

Cette allergie au régalién est dans l'ADN d'une Union qui s'est fondée contre l'idée même de puissance.

L'Union bride les souverainetés nationales, sans exprimer pour autant une « volonté souveraine européenne » (notion moins illusoire et moins trompeuse que celle de « souveraineté européenne »).

En devenant toujours plus une « nomocratie », en se bureaucratisant toujours davantage, en se laissant instrumentaliser par les activistes, en s'éloignant des peuples et en se fâchant avec les États, l'Union bride les souverainetés nationales, sans avoir pour autant ni la capacité, ni l'intention d'exercer, à son niveau, une volonté souveraine. Et même en se l'interdisant.

Ce manque de réflexe de souveraineté, nous le voyons aussi se manifester avec les diverses directives « *reporting* » qui tirent une balle dans le pied des entreprises européennes en multipliant les exigences en toutes matières pour le plus grand bonheur des ONG et le plus grand profit de la concurrence extra européenne.

C'est ainsi que la directive « durabilité » du 14 décembre 2022 impose au rapport de gestion de comporter une multitude d'attestations : bilan carbone, suivi

détaillé des émissions de gaz à effet de serre, indicateurs précis de diversité et d'inclusion, données sur la protection des populations autochtones.

Un peu plus tôt, le 14 septembre 2022, la Commission avait déposé une proposition de directive pour interdire la circulation sur le marché européen des produits issus du travail forcé. Les entreprises ne doivent jamais avoir recours à ces produits, non seulement en leur sein et au sein de leurs filiales, ce qui est normal, mais encore dans le périmètre de leurs partenaires, fournisseurs et sous-traitants, ce qui est irréaliste.

Il est en effet impossible aux petites et moyennes entreprises, et très difficile aux grandes, d'identifier l'origine des produits qu'elles importent des quatre coins du monde.

Inutile d'ajouter que cette proposition de directive prévoit des mécanismes de mise en cause intrusifs (recours aux « lanceurs d'alerte ») et de lourdes sanctions (allant jusqu'à l'incarcération des dirigeants).

Obligation éthique après obligation éthique, l'entreprise européenne se voit progressivement chargée d'une mission d'intérêt général planétaire. Parallèlement, le coût de la « *compliance* » et de la « *due diligence* » (conformité et justifications), ainsi que l'insécurité juridique générée par ces dispositifs, peuvent être exorbitants.

Bien entendu, ce coût et cette insécurité pèsent sur les entreprises européennes et non sur leurs concurrentes

Que faire ?

Qu'il s'agisse de sauvegarder les souverainetés nationales ou de donner un commencement de consistance à une « volonté souveraine européenne » partagée entre nations volontaires, il y a tant de pain sur la planche que le mieux est sans doute de changer de boulangerie.

Je ne vois d'autre issue, si vertigineuse soit-elle, que dans la renégociation des traités.

La renégociation des traités européens n'est pas une perspective illusoire. Nous devons y penser et la favoriser lorsque s'en présentera l'occasion.

Mais que faire en attendant ?

Voici quelques orientations, par ordre croissant d'audace :

- Privilégions la voie intergouvernementale toutes les fois que c'est possible, car c'est par elle, plutôt que par la voie institutionnelle, que l'Europe puissance a le plus de chances de se construire ;

- S'agissant du droit européen dérivé en formation (règlements et directives), invitons le Parlement français, auquel les traités confient cette fonction, à appliquer beaucoup plus sérieusement qu'aujourd'hui le contrôle de subsidiarité ;

- Ne négocions plus à l'aveuglette les actes de droit dérivé. Dans le passé la position de la France a trop souvent été inspirée, plutôt que par la défense réaliste de ses intérêts, par le vain souci de paraître la plus zélée dans la promotion de droits et de principes ;

- Demandons la renégociation des directives et règlements qui, selon nous, doivent l'être ;

- Osons suspendre l'application des actes du droit de l'Union contraires à nos intérêts nationaux supérieurs ou pris en dehors du domaine de compétences de l'Union. C'est une question de volonté politique. Ne nous sommes-nous pas soustraits pendant des années à nos obligations européennes dans une affaire beaucoup moins cruciale pour nos intérêts vitaux : le contrôle technique des deux roues (directive 2014/45/UE du 3 avril 2014) ?

- Habilitons le Parlement, selon une procédure à la majorité qualifiée organisée par la Constitution, à « passer outre » aux jurisprudences incapacitantes des cours suprêmes supranationales comme à celles du Conseil constitutionnel.

L'Europe des coopérations concrètes entre nations souveraines et du substrat civilisationnel commun doit remplacer l'Europe des institutions hors sol et des principes désincarnés.

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Merci infiniment, Jean-Éric, même si on ne peut pas dire que vous ayez distillé un optimisme hors du commun. Du moins nous avez-vous mis devant des réalités absolument incontournables.

Le système tel que vous l'avez déplié, ce système de primauté du juge européen, mais aussi de primauté du juge national en tant qu'il prend le relais, appelle, me semble-t-il, deux questions :

Quelle est l'architecture institutionnelle qui permet cela ?

Nous avons aujourd'hui une Commission, je le disais en introduisant ce séminaire, qui est un appareil d'État sans État et ne cesse de s'attribuer des prérogatives, notamment par le fait de sa présidente, qui s'arroge au jour le jour des pouvoirs que nul ne lui a conférés. Dans les négociations internationales, notamment, elle prend un certain nombre de décisions sans que personne ne contrôle sa compétence. Se pose donc la question de l'architecture institutionnelle qui pourrait être rectifiée si un jour nous pouvions aboutir à une Commission qui serait mise à jour de ses prérogatives – dont je rappelle qu'elles sont très largement incontrôlées, y compris dans ses rapports avec les *lobbies* – et si nous pouvions peut-être aussi avoir un Parlement qui soit un véritable organe de contrôle. Quelle architecture institutionnelle revue et corrigée permettrait cela ? C'est la question de base.

Quant à ce qui, dans ce système en pleine auto-alimentation, permet au juge européen de prendre une telle place, c'est au fond un certain vide, disait Jean-Éric Schoettl. Ce qui est sûr est que, en ajoutant la prise de pouvoir permanente par la Commission et la prise de contrôle en plein essor qui est le fait du juge nous sommes dans une fuite en avant vers un inconnu qui répugne à la

compétence de la compétence des États telle qu'elle aurait dû être préservée (comme les Constitutions et les Traités successifs l'avaient théoriquement prévu).

Alors pourquoi y a-t-il un tel suivisme en matière de déploiement des « droits à », des « droits de », des droits de différenciation, des droits des groupes, des droits des catégories, des droits de l'individu et jamais des droits des États ? Quelle est l'opinion dominante en cette matière ? Qu'est-ce qui explique ce consentement ? Je n'ai pas la réponse à la question.

Jean-Éric Schoettl a bien montré que l'assomption du juge européen a sa contrepartie, et même son pendant, dans l'assomption du juge interne. Cela signifie-t-il que les démocraties sont désarmées par rapport au projet qu'elles pourraient fournir aux individus ? Y a-t-il jamais eu de démocratie qui n'eût pas de projet ? Ne sommes-nous pas arrivés à une démocratie qui tourne sur elle-même, pour elle-même, en se donnant pour modèle au monde entier, nous le voyons tous les jours, sans pour autant avoir un projet ? Ce que notre République appelait la citoyenneté c'est-à-dire le ciment permettant la réalisation d'un projet commun, n'est-ce pas précisément ce qui manque ? Et quelle est la racine de tout cela ? Doit-on voir dans les excès de la consommation, très bien analysés par des sociologues américains – je pense notamment à Christopher Lasch –, ce qui conduit le citoyen à se vautrer dans les « droits de » et dans un individualisme narcissique sans fin ? Car même si la Commission et les cours de justice violentent un peu les opinions et violentent clairement les peuples, il faut bien qu'il y ait au moins dans une part de la classe moyenne un consensus assez large pour que ces valeurs supposées tiennent ainsi le haut du pavé.

Dernière chose, j'étais prête à critiquer votre notion d'État de droit que je ne partage pas. Je crois qu'il n'y a pas de notion française de l'État de droit. Il y a un jeu de mot. Tous les dictionnaires définissent l'état de droit (avec un « é » minuscule) comme une situation juridique dans laquelle les droits de l'individu, quel que soit le régime, plutôt démocratique en principe, sont garantis. Mais l'État de droit (avec un « É » majuscule), l'État de droit de Kelsen, celui de la Constitution autrichienne qui en fut la première traduction, puis celui que l'on a retrouvé dans toutes les constitutions des États sortant de régimes totalitaires ou autoritaires (Espagne, Italie, Grèce, Allemagne), ont en commun que leur Constitution commence par un affichage de droits fondamentaux. Il me semble important de souligner que l'introduction puis le triomphe de l'« État de droit »

est passée par cette phase d'affirmation des « droits fondamentaux ». Cela signifie en clair que le Parlement est privé de la définition de ces droits fondamentaux, ce qui est radicalement contraire aux traditions anglaise et française dans lesquelles au contraire le peuple souverain remet au législateur le soin de définir ce que l'on appelait les libertés publiques. Le passage entre les deux s'est fait au moment où en France on a commencé à parler de droits fondamentaux. Ce n'était pas le cas avant les années 1990.

Mais peut-être Anne-Marie Le Pourhiet nous éclairera-t-elle sur ce point davantage que je ne viens de le faire.

ANNE-MARIE LE POURHIET

La notion d'État de droit : du Rechtsstaat à l'auberge espagnole ...

Entièrement d'accord avec Jean-Éric Schoettl, je vais simplement compléter son exposé par quelques réflexions théoriques sur la définition de l'État de droit (I) et son instrumentalisation contemporaine (II).

I. Un concept doctrinal indéfini

Jean-Éric Schoettl nous a dit que dans la tradition juridique française « l'expression État de droit » renvoie à une architecture à 3 composantes : la hiérarchie des normes, la souveraineté nationale et populaire et l'existence de trois pouvoirs spécialisés et il a ajouté, plus loin, que lorsque l'article 2 du TUE relatif aux valeurs de l'Union mentionne l'État de droit « On pourrait penser qu'il fait référence, à titre reconnaissant, aux acquis de la société démocratique tels que le suffrage universel ou la liberté d'expression ». À vrai dire, ce n'est pas cela non plus et on tombe encore là dans le travers consistant à définir l'État de droit avec des notions qui en sont distinctes et indépendantes.

La vérité est qu'il n'y a aucune définition normative universelle de l'État de droit c'est un concept, une idée purement intellectuelle très « localisée » dans la doctrine allemande et qui se résume finalement à une simple et seule évidence : la hiérarchie des normes, et donc le respect par toute décision publique de la norme supérieure.

Il faut bien insister sur ce point : l'État de droit est une notion discursive, intellectuelle, elle n'est pas prescriptive, normative. Le mot n'est prononcé dans aucune constitution française même pas dans les révisions récentes de la Constitution de 1958 et il n'apparaît dans aucune jurisprudence, ni constitutionnelle, ni administrative ni judiciaire. Les discours de nos chefs de cours, lors des rentrées solennelles ou de la réception des nouveaux magistrats ou promotions de l'ENM, regorgent de références emphatiques à l'État de droit qui n'existe pourtant pas dans nos textes. Précisons qu'il n'est même pas inscrit dans la loi fondamentale allemande qui dit seulement, dans son article 20 : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

Ce terme n'existe donc « juridiquement » que dans le traité sur l'Union européenne où il figure à l'article 2 relatif aux valeurs et, depuis 2020, dans le règlement 2020/2092 relatif à la conditionnalité pour la protection du budget de l'Union.

La notion d'État de droit (*staatsrecht*) est apparue dans la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle qui l'opposait à l'État dit « de police ». C'est un concept a-politique désignant une simple architecture, une structure normative hiérarchisée tendant à rationaliser l'administration et à prévenir l'arbitraire des décideurs (y compris des juges) en les obligeant à se déterminer sur la base de lois générales, préétablies, connues de tous et égales pour tous. Les fonctionnaires et les juges doivent donc décider en fonction de la loi et non selon leur bon plaisir ou à la tête du client : c'est une garantie de sécurité juridique, de prévisibilité et de cohérences de l'ordre juridique. L'idée est davantage d'assurer l'ordre que de garantir la liberté, même s'il est évident que chacun profite de la sécurité juridique et de la prévention de l'arbitraire. Certains juristes allemands ont cependant défendu une conception plus substantielle de l'État de droit incluant le respect des droits individuels mais c'est la conception formelle, purement hiérarchique, qui l'a emporté.

Lorsque la doctrine publiciste française importa la notion sous la III^e République, les deux conceptions, substantielle et formelle furent également défendues, mais c'est aussi l'architecture normative et rationnelle qui l'a emporté sous l'influence de Carré de Malberg.

Au départ l'État de droit vise donc essentiellement l'administration de telle sorte que, chez nous, l'expression consacrée sera plutôt celle du « principe de légalité » de l'action administrative. Toutefois, l'on sait très bien qu'à partir de

l'arrêt Blanco, en 1873, c'est le Conseil d'État lui-même et non pas le législateur qui va fabriquer le droit spécifique à l'administration dans sa jurisprudence de telle sorte que le principe de légalité vise en réalité la soumission de l'administration au juge administratif. Déjà donc, bien avant aujourd'hui, le concept a d'abord servi à affirmer le pouvoir des juges. Dans sa thèse intitulée « De l'État légal à l'État de droit – 1879-1914 » Marie-Joëlle Redor a bien montré que l'anti-parlementarisme de la doctrine de la III^e République l'avait déjà conduite à approuver le transfert de compétence des assemblées législatives vers l'administration et son juge. Dans la préface de la thèse, Jean Combacau conclut : « Voilà ce à quoi aboutit la réalisation systématique d'une doctrine qui, pour avoir voulu tenir en respect le maître de la loi, s'est condamnée à chercher un maître du droit et l'a trouvé dans les juges ».

Puis l'idée d'État de droit a fini par viser le contrôle juridictionnel des lois elles-mêmes, notamment sous l'influence du juriste autrichien Hans Kelsen, dans une conception pyramidale de la hiérarchie des normes dominée cette fois par la constitution de l'État et donc, le juge constitutionnel. D'où le renouveau du concept dans la doctrine publiciste française, chez les constitutionnalistes cette fois, à partir de la décision post-gaullienne du Conseil constitutionnel en 1971 puis surtout ensuite après la ratification de la CESDH et la succession de traités européens.

Le commun dénominateur de ces acceptions, le seul point de consensus se résume dans la hiérarchie des normes et l'obligation, pour chaque niveau de décision publique de respecter les normes établies à l'échelon supérieur, afin de garantir, théoriquement, la sécurité juridique. Mais la notion d'État de droit reste, en soi, indépendante de toute autre « valeur ». Elle n'implique ni la démocratie (un régime aristocratique ou autocratique peut être un État de droit), ni un quelconque respect de droits naturels ou de principes métaphysiques (une loi « barbare » ou simplement restrictive des droits-libertés ou peu généreuse en droits-sociaux, n'est pas de ce seul fait contraire à l'État de droit si elle a été adoptée selon des règles supérieures qui ne formulent aucune exigence de fond). Michel Troper a bien montré que si la démocratie implique une hiérarchie des normes, l'inverse n'est pas vrai².

Mais dans un régime où le suffrage universel est la source du pouvoir, la norme la plus élevée sera forcément la Constitution voulue et approuvée par le peuple

² Michel Troper, *Le concept d'État de droit*, in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Léviathan, PUF, 2001, p. 276

qui consacre elle-même le principe démocratique. Puis vient en-dessous la loi votée par les représentants du peuple et le traité dont la ratification est autorisée par une loi, puis les règlements, etc.

La démocratie comme la séparation des pouvoirs sont donc des notions distinctes et indépendantes de l'État de droit. Il y a mille et une façons d'agencer les pouvoirs dans une constitution, il n'y en a pas deux qui aient exactement le même système. L'idée même d'un « pouvoir » judiciaire, par exemple, a toujours été formellement refusée en France et même par Montesquieu lui-même qui faisait des juges les « bouches de la loi » et considérait que la puissance de juger devait être « nulle ». Quant aux Britanniques ils ont toujours posé la souveraineté absolue de leur parlement qui « peut tout faire sauf changer un homme en femme » et sans le moindre contrôle de constitutionnalité sanctionné... et pour cause.

Or l'instrumentalisation contemporaine de la notion consiste à faire de l'État de droit une auberge espagnole dans laquelle chacun met ce qu'il souhaite, et notamment les institutions européennes qui se font elles-mêmes les relais de minorités militantes.

II. L'instrumentalisation contemporaine

- **Sur le plan organique**, la notion sert d'abord à fabriquer le droit hors-les-murs des institutions démocratiques, notamment dans les juridictions mais aussi chez les « experts » réunis dans la technostructure européenne, les AAI, et les *lobbies* déguisés en « société civile ». La « soumission de l'État au droit » ne désigne plus la soumission de l'État à son propre droit, celui dont il a théoriquement le monopole, mais à lui imposer des normes venues d'en haut ou d'en bas.

La vérité contemporaine est que l'État de droit est devenu le totem³ et l'argument d'autorité dont se prévalent des castes politiques, économiques et sociétales pour contrecarrer systématiquement la règle majoritaire inhérente au suffrage universel et donc pour contrarier le verdict des urnes⁴. L'État de droit n'est plus un principe d'organisation hiérarchique des normes fondé sur la légitimité de leur auteur, mais le masque d'une confiscation aristocratique du pouvoir par des oligarchies en réseaux.

³ Ghislain Benhessa, *Le totem de l'État de droit*, L'Artilleur, 2021

⁴ Bertrand Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, LGDJ-Lextenso, 2017

Dirigé contre l'État-nation réputé despotique et dominant par nature, l'État de droit devient le mantra de la promotion du « droit sans l'État » sur le modèle américain de l'auto-régulation de la société civile par les juges et les *lawyers*⁵. Détaché de son armature démocratique, il devient essentiellement un instrument de répression et de contournement du pouvoir politique, comme en témoigne le titre de certains ouvrages apologétiques célébrant « La politique saisie par le droit » ou encore « Le droit contre les démons de la politique », illustrés par l'image de Saint-Georges terrassant le dragon⁶. Le bien juridique contre le mal politique, telle est l'image pieuse désormais offerte aux communiant⁷.

La pierre angulaire de ce droit sans l'État consiste donc d'abord à inverser précisément la hiérarchie des normes traditionnelles des démocraties en décrétant la primauté du droit européen, y compris dérivé, sur les droits nationaux, y compris constitutionnels. Dès lors que la fameuse hiérarchie des normes consiste, à Bruxelles et Luxembourg, à placer le droit européen au sommet de la pyramide, toute violation du droit européen y compris par les constitutions nationales devient une atteinte à l'État de droit. CQFD. Il en résulte que les décisions des juridictions nationales, notamment constitutionnelles, qui osent affirmer que la Constitution reste au sommet de l'ordre juridique, exposent leurs États, non seulement aux procédures en manquement classiques, mais désormais, à une lourde sanction financière voire à une procédure d'exclusion du droit de vote pour atteinte à l'État de droit.

- **Sur le fond**, ces nouvelles usines juridiques non étatiques tendent évidemment à imposer des volontés et des intérêts minoritaires érigés en « valeurs ». Le règlement européen sur la conditionnalité est ainsi un modèle de gloubi-boulga conceptuel. Il comporte d'abord cinq pages d'exposé des motifs sous forme de logorrhée brouillonne et fourre-tout expliquant que l'État de droit c'est tout : les valeurs, la bonne gestion financière, la procédure législative transparente et responsable, l'indépendance des juges, la démocratie, les droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs, etc. Tout y passe. Pui viennent les 10 articles du règlement lui-même et là, on reprend la définition dans l'article 2 :

⁵ Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985 ; *La métamorphose de la démocratie - De l'État jacobin à l'État de droit*, Gallimard, 1993

⁶ Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988 ; François Saint-Pierre, *Le Droit contre les démons de la politique*, Odile Jacob, 2019

⁷ Anne-Marie Le Pourhiet, « L'État postmoderne et la soumission du politique », *Revue des deux mondes*, septembre 2020, p. 116

« Aux fins du présent règlement, on entend par « État de droit » la valeur de l'Union consacrée à l'article 2 du traité sur l'Union européenne. Il recouvre le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, ainsi que les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, *« également en ce qui concerne les droits fondamentaux, de séparation des pouvoirs, de non-discrimination et d'égalité devant la loi. L'État de droit s'entend eu égard aux autres valeurs et principes de l'Union consacrés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne ; »*.

Les républiques de Pologne et de Hongrie ont fait un bon recours contre ce règlement devant la CJUE en expliquant que par sa rédaction ambiguë et incompréhensible il est précisément contraire à la sécurité et à la prévisibilité juridique qu'implique l'État de droit ! La Cour a bien sûr considéré, dans sa décision du 16 février 2022 (65 pages !), que tout cela était parfait en insistant simplement sur le fait qu'il faudrait quand même veiller à ce qu'il y ait un lien direct entre la violation invoquée de l'État de droit et la gestion financière de l'Union.

Et comme il ne faut surtout pas s'arrêter en si bon chemin, le projet de révision des traités de Guy Verhofstadt, qui a déjà été approuvé en interne au parlement européen, prévoit de rajouter à l'article 7 du traité qu'en cas de « risque évident de violation grave des valeurs de l'article 2 » par un État le Conseil peut, à la majorité qualifiée, prendre les mesures budgétaires appropriées, y compris une suspension des engagements et paiements sur le budget de l'Union ». Donc ce n'est même plus limité à l'État de droit c'est étendu ouvertement à toutes les « valeurs » de l'Union y compris donc les droits des minorités, notion pourtant contraire à la Constitution française.

Donc c'est clair : l'État de droit c'est simplement le nom donné à l'ensemble de « l'Empire du bien » sans frontières, progressiste et multiculturel qui prime sur nos constitutions, nos identités et surtout nos souverainetés nationales. Le concept d'État de droit tel que l'avaient conçu les juristes allemands du XIX^e s'est mué en un fourre-tout arbitraire aux antipodes de sa définition originelle.

Je vous remercie.

Merci beaucoup, pour cette démonstration éblouissante, partant de la théorie pour arriver à ce qu'il y a de plus concret, c'est-à-dire l'organisation d'une sorte de marché des valeurs permettant de s'abstraire de la décision politique en tant que politique. La chose qu'il fallait enrober au maximum, ce que j'appelais tout à l'heure une forme plastique, c'est la décision politique qui naturellement revient aux États. Je voudrais remarquer quand même que tout cela crée une certaine pagaille dans la défense des intérêts nationaux car si la décision politique n'est plus au sommet de ce que l'Europe permet de faire, il reste quand même la défense plus ou moins souterraine des intérêts nationaux. On l'a très bien vu avec les affaires de taxonomie par exemple. On le voit aussi dans l'affaire polonaise parce qu'il me semble, en apportant un tempérament à ce que vous avez dit tous les deux, que si la censure contre la Pologne est toujours en cours, les sanctions semblent plutôt au point mort. Du fait qu'elle vend des armes et se montre très marchante dans l'affaire ukrainienne, la Pologne serait redevenue vertueuse à certains égards. Par conséquent, ai-je cru comprendre, on a quand même un peu ralenti la procédure de sanctions contre la Pologne⁸. Ce qui prouve encore une fois que les intérêts nationaux des pays sont parfois pris en compte, et pas forcément pour les meilleures raisons. Mais ils ne peuvent plus s'exprimer que dans le désordre et l'arbitraire. Et la conception cartésienne de la France est mise à mal faute d'institutions dans lesquelles elle puisse se reconnaître, agir et négocier.

⁸ Postérieurement à la date à laquelle s'est tenu le présent séminaire, la Cour de justice de l'UE a condamné le 5 juin la réforme de la justice polonaise en relevant que les États membres sont tenus au nom de l'État de droit à des obligations « juridiquement contraignantes » dont ils ne peuvent s'affranchir même en invoquant leur Constitution. Si cet arrêt, rendu sur saisine de la Commission, va plus loin que la Cour n'avait jamais été, il reste que la Commission garde la main sur les sanctions financières en puisant à volonté sur les fonds de cohésion du budget européen. Où cela mènera-t-il ? Le contexte politique pèsera-t-il ? Ce processus est en tout cas le plus abouti à ce jour en matière de contraintes liées à l'évocation de l'État de droit.

JEAN-ÉRIC SCHOETTL

Certes, comme l'a dit Anne-Marie Le Pourhiet, le *Rechtsstaat* n'a pas de contenu substantiel et, historiquement, n'implique rien, ni en termes de droits de l'homme ni en termes de démocratie. Mais maintenant que la notion est présente, non seulement dans le droit de l'Union mais aussi dans le débat public – où elle est ressassée, instrumentalisée, mobilisée à tout instant – il faut bien lui donner, ne serait-ce qu'à titre défensif, un contenu aussi raisonnable que possible. Et ce contenu aussi raisonnable que possible c'est celui que j'ai proposé. Mais il est bien évident que les organes de l'Union européenne et tous les activistes qui gravitent autour d'eux lui donnent un sens beaucoup plus large. Et, avec eux, toute la bien-pensance française. L'État de droit c'est l'empire du bien.

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

C'est le passage par les droits fondamentaux, comme je le disais tout à l'heure, qui a fait l'articulation entre la forme et le contenu. Théoriquement, l'État de droit est ce que dit Anne-Marie Le Pourhiet, il se réduit en somme à l'affirmation que l'État dans la conduite de son action est soumis à la règle de droit. Mais nous ne vivons pas dans la théorie, nous vivons dans l'idéologie. Et c'est pourquoi on a vu depuis une trentaine d'années maintenant, apparaître sous l'invocation à l'« État de droit », la référence de plus en plus nourrie aux « droits fondamentaux », portés d'abord par le CEDH avant de l'être par la CJUE en raison de l'articulation des deux faites au nom de la « Charte européenne des droits fondamentaux ». Tout cela est en contradiction totale avec la prédominance des libertés publiques caractéristique de la tradition française et britannique.

BERTRAND MATHIEU

Je souhaite réagir aux deux brillants exposés que nous venons d'entendre. Mon intervention ne porte pas sur les constats, qui ont été clairement définis, mais sur les solutions qui pourraient être apportées aux problèmes posés. Je le ferai sous forme de trois questions

Première question : comment résoudre les conflits, conflits de compétences ou conflits substantiels entre les États et l'Union européenne ?

À ce niveau deux problèmes peuvent être soulevés.

Le premier est relatif à la résolution des conflits entre les juridictions. Faut-il, par exemple, envisager à cette fin la création d'une sorte de tribunal des conflits, organe permanent ou ad'hoc, qui serait composé de représentants des États, ou d'un État concerné, et de l'Union européenne ?

Le second problème consiste à trouver un mécanisme qui permette de faire en sorte que la résolution des conflits ne soit pas confiée exclusivement aux juges. En effet, comme Jean-Éric Schoettl l'a bien exposé, le droit européen est aussi un moyen pour les juges d'étendre globalement leurs compétences. Et confier la solution des conflits à un organe qui serait, par exemple, composé de membres de la Cour de cassation et de membres de juridictions européennes ne permettrait pas de freiner cette dérive. Ne faudrait-il pas alors introduire dans les constitutions nationales un certain nombre de sujets qui relèvent de l'identité nationale ? Tout ne peut pas relever de l'identité nationale et on ne peut pas non plus laisser au seul juge national le soin de définir ce qui relève de l'identité, faute de quoi les compétences de l'Union européenne pourraient être vidées de leur substance au gré des décisions nationales. Le juge européen ne peut pas non plus définir en dernier ressort le champ des questions identitaires, sauf à priver les États de toute souveraineté. La plus grande difficulté est là. On ne peut pas dire que le juge national est le seul répartiteur des compétences. Pas plus qu'on ne peut attribuer cette fonction exclusivement au juge européen. Dans un cas comme dans l'autre on ne peut pas être juge et partie. Il y a là une difficulté qu'il faut essayer de résoudre. Pour mesurer la complexité de la question et rendre effectives les solutions, il convient aussi d'intégrer à ce raisonnement la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) parce que si l'on ne résout que les conflits avec l'Union européenne on n'aura résolu qu'une partie du problème. Et cela complique encore grandement les choses.

Deuxième question : comment réintroduire le rôle éminent des responsables politiques au sein de l'Union européenne ?

De ce point de vue, il faut sûrement redonner au Conseil les compétences qui ont été confisquées par la Commission. Mais ne faut-il pas aussi réfléchir à un autre type de parlement européen dont les membres représenteraient aussi – mais pas seulement – les parlements nationaux ?

Troisième question : comment faire de l'Europe une puissance ?

C'est un problème fondamental. Si on admet que l'on est dans un système de reconstitution des empires quelle est la place de l'Europe dans ce système ? De ce point de vue, la construction européenne doit jouer un rôle majeur, mais les institutions actuelles sont probablement peu aptes à le jouer.

Ces trois questions me semblent très importantes.

On ne peut pas en rester à un diagnostic des dérives et des méfaits du fonctionnement des institutions européennes et de la manière dont l'Europe se construit en dehors d'un véritable contrôle démocratique. Concrètement, sur un certain nombre de questions, il faut réfléchir aux solutions possibles, c'est à cette tâche qu'il faut s'atteler. Le diagnostic est clair, les thérapies le sont moins. Si l'on se borne à la simple dénonciation des dérives on finira par réunir un petit groupe de personnalités lucides mais impuissantes, le décalage se creusera entre la réalité et les termes de l'analyse.

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Je vous remercie.

Vous répondez à la question que je posais à la fin de mon introduction. Comment réintroduire de la politique dans tout cela ? Une piste me paraît personnellement très intéressante, c'est la réforme du Parlement européen, qui consisterait en fait à revenir à l'ancien système, celui qui prévalait avant 1989. On sait que le Parlement européen ne représente pas un peuple souverain. S'il représente, au second degré, les peuples nationaux, c'est déjà un progrès. C'est le système que nous avions auparavant. Si les députés européens ont l'obligation de revenir auprès de leurs électeurs, de leur expliquer leurs choix et de les entendre ce n'est pas la même chose que s'ils se trouvent hors sol. Je crois tout à fait à cette voie, de même que je crois à la voie qui consiste à rénover, à faire vivre vraiment l'article 88-4 de la Constitution⁹ qui oblige le Gouvernement à soumettre au

⁹ Titre XV : *De l'Union européenne*. Article 88-4. Version en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2009

Parlement tous les projets de résolution venant de l'Union européenne, le Parlement pouvant même s'auto-saisir.

Le problème c'est que la Commission des affaires européennes au Parlement, par laquelle passe toute la procédure, est une véritable instance disciplinaire. Si vous prononcez devant elle un mot qui pourrait sembler non conforme à la vulgate européenne, la discussion est close (je parle d'expérience). On est dans le catéchisme pur. C'est vrai aussi au Sénat. Si nous avions des députés moins catéchisants dans la Commission des affaires européennes, peut-être le Parlement pourrait-il alerter assez tôt quand un projet d'acte de résolution n'est pas conforme aux compétences de l'Union. Et le gouvernement serait mis devant une responsabilité de nature politique.

ALAIN DEJAMMET

Je crois qu'à l'heure actuelle il y a deux « totems » (mot très à la mode), d'un côté l'État de droit et de l'autre le respect dû aux grands textes institutionnels : Pacte de la Société des Nations, Charte des Nations unies, Déclaration universelle des droits de l'homme. Ces trois grands textes fondamentaux ne font nulle mention d'État de droit, pas plus que la plupart des textes constitutionnels. Vous avez raison de mentionner qu'il a été inscrit dans l'article 2 du traité de Maastricht, du traité de l'Union européenne. Je crois qu'il figurait aussi dans la Charte de Paris de 1990, un an auparavant, et peut-être dans le traité d'Helsinki (CSCE). Mais j'ai le sentiment que les gens mentionnaient cette formule d'une manière parfaitement anecdotique, la grande affaire étant l'économie, le sort du mark allemand, les institutions politiques, le rôle du comité politique vis-à-vis du Comité des représentants permanents (COREPER) à Bruxelles, et surtout la

Le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets d'actes législatifs européens et les autres projets ou propositions d'actes de l'Union européenne.

Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions européennes peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets ou propositions mentionnés au premier alinéa, ainsi que sur tout document émanant d'une institution de l'Union européenne.

Au sein de chaque assemblée parlementaire est instituée une commission chargée des affaires européennes.

défense. Il s'agissait d'évoquer éventuellement la défense européenne mais en la noyant dans une référence à l'OTAN. Mais l'État de droit, absolument pas !

Il se trouve que j'étais à Maastricht mais je n'ai pas du tout le sentiment que dans leurs conversations, le président Mitterrand, Helmut Kohl ou John Major aient véritablement pris conscience de l'importance qu'il fallait attacher à cette notion d'État de droit. J'ai l'impression que dans l'esprit de la plupart des participants qui ont avalisé cela sans aucune difficulté, alors qu'il y avait de sérieuses discussions à Maastricht sur les aspects de défense, l'expression État de droit était une traduction de *Rule of law*, la règle du droit, la règle de la loi. Et la loi appartient aux parlements dont on peut tout accepter parce que les parlements font ce qu'ils veulent. Effectivement si vous demandez à l'excellent ambassadeur de la Hongrie à Paris, un descendant de Otto de Habsbourg, ce que l'on entend par État de droit en Hongrie, il répondra : « ce que les lois hongroises définissent », Mais il est certain qu'à Maastricht, on n'avait pas du tout le sentiment d'un basculement vers l'univers que vous nous avez décrit.

ANNE-MARIE LE POURHIET

En réalité c'est une notion typiquement allemande, conçue à l'allemande, une notion totalement organique, une hiérarchie des normes, et cela ne signifie pas autre chose. La préoccupation de sécurité juridique est sans doute d'inspiration un peu libérale puisqu'il s'agit d'empêcher que le fonctionnaire ou le juge ne prenne des décisions en fonction de leur bon plaisir et de s'assurer qu'ils décident en fonction de règles préétablies, égales pour tous, mais c'est essentiellement un principe structurel, d'organisation, de prise de décision. Il n'y a pas de règle de fond là-dedans.

ALAIN DEJAMMET

J'ai le sentiment qu'à Maastricht les négociateurs, nos grands dirigeants, ne pensaient pas du tout à l'importance de ce mot, redondant, ajouté à la fin d'une phrase assez longue et s'intéressaient beaucoup plus à la défense et au sort du mark.

ANNE-MARIE LE POURHIET

En effet, l'État de droit, simple hiérarchie des normes, est une idée assez plate et classique. Mais on s'est mis à y intégrer des principes de fond et à placer l'État de droit parmi les « valeurs de l'Union ». Comme une poule qui court sans tête cette notion a quitté son sens initial pour devenir un attrape-tout au service de l'impérialisme technocratique et de la primauté inconditionnelle du droit européen.

ALAIN DEJAMMET

... par le biais de la constitution d'un univers sur lequel on fondera le retour aux sanctions. S'il y a un aspect dominant actuellement c'est bien cette manie de recourir systématiquement aux sanctions, sans doute en référence à l'autre totem qu'est l'État de droit. Ce sont les deux jambes sur lesquelles avance irrésistiblement l'Union européenne.

ANNE-MARIE LE POURHIET

Je vous renvoie à ce sujet au livre de Ghislain Benhessa que j'évoquais tout à l'heure : *Le Totem de l'État de droit, concept flou, conséquences claires*, publié chez L'Artilleur en 2021. Il y décrit ce totem qu'est devenu l'État de droit qui a complètement quitté sa conception allemande ou autrichienne d'origine pour devenir un instrument de répression de la démocratie.

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Pour avoir suivi de très près les débats de Maastricht je confirme absolument ce que dit Alain Dejammet. À Maastricht il n'était pas question une seconde d'État de droit. La question qui a été posée et a beaucoup orienté les débats ainsi d'ailleurs que l'adhésion de certains parlementaires est celle de la compétence de

la compétence. Elle a d'ailleurs donné lieu à l'amendement Lamassoure¹⁰, depuis lors un peu retravaillé. Elle a surtout été l'objet de négociations politiques entre les centristes et le parti supposé gaulliste (qui était alors en train d'abandonner son gaullisme). En réalité, l'État de droit est quelque chose qu'on n'aurait même pas compris à l'époque de Maastricht. La question était : on transfère des compétences avec des actes qui sont derrière. Il est vrai qu'un brouillage imputable à l'Acte unique avait été préalablement soulevé par le doyen Goguel. L'Acte unique a introduit des « mesures », avait-il écrit dans un article. Avec les mesures on n'est plus dans la loi mais dans le règlement directif et finalement l'Europe peut tout faire. C'est d'ailleurs ce qui a conduit les autorités européennes à prendre un certain nombre d'actes pratiquement innommés dont seul le juge européen peut décider de la pertinence. Tout cela fait un ensemble mais il est vrai qu'à Maastricht il n'était pas du tout question de cela. C'est au moment où on a rédigé la Constitution européenne qu'on a voulu exhausser les choses : il fallait un sublime fronton pour dominer tout cela, on l'a appelé l'État de droit.

JEAN-ÉRIC SCHOETTL

Je suis d'accord. Je situe la bascule à Nice en 2000, avec la Charte européenne des droits fondamentaux. En effet, voulant donner une « âme » à la constitution européenne, on a trouvé la Charte des droits fondamentaux. Mais il fallait une notion qui rassemble, qui regroupe, qui remembre des droits fondamentaux très disparates. D'où l'idée de l'État de droit qui recouvre quelque chose de très différent de l'acception initiale de l'expression *Rechtsstaat*.

C'est aussi caractéristique d'une tendance observée à l'intérieur même des États. C'est l'idée que dans nos constitutions il n'y a plus que des droits fondamentaux. Tout l'aspect régalien disparaît et l'État-nation lui-même devient l'ennemi, le diable. Il n'y a plus que des droits. Le principal danger pour les droits, c'est l'État ! Les droits contre l'État, tel est le mot d'ordre. Et l'État de droit rassemble cette idée : il faut se méfier surtout de l'État, donc proclamer des droits, l'État n'étant appelé en renfort que pour honorer des droits-créances. Mais plus question que

¹⁰ Art 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne, constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

l'État limite si peu que ce soit les droits individuels ou collectifs, fût-ce au nom de l'intérêt général. C'est pourquoi je crois que la bascule c'est 2000 et la Constitution européenne bien sûr.

STÉPHANE ROZÈS

Il a été justement dit pourquoi l'Union européenne contrevenait à la souveraineté des peuples.

Ne faudrait-il pas rajouter que les institutions de l'Union européenne sont l'inverse du génie européen ? En effet, depuis *Mare nostrum* ; l'imaginaire européen vise à faire coexister dans un espace géographique restreint une myriade de peuples qui pour ne pas sans cesse guerroyer ont dû faire de la diversité du commun mais sans fusionner des peuples.

L'universalisme français et l'ordolibéralisme allemand ont convergé autour de Maastricht dans le but, à terme, de fusionner les peuples au travers de politiques uniques.

C'est ce qui explique le déclin économique et géopolitique de l'Europe et au travers de la guerre en Ukraine, la sortie de l'Europe de l'histoire (ce n'est plus elle qui décide) et qu'à ce point l'Europe se soit effondrée explique la nécessaire adaptation des institutions aux imaginaires des civilisations et peuples et non l'inverse. Voilà un angle mort en général incompris et pourtant vital.

Je voudrais vous soumettre deux interrogations.

Il a été dit qu'il faudrait politiser les institutions européennes en redonnant du pouvoir au Conseil européen, le Parlement intégrant dans sa constitution-même les légitimités de dimension nationale. Ne pourrait-on en faire un argument en faveur de la majorité simple ? Les Français l'ont proposé et les Allemands semblent se rallier à la majorité simple pour une autre raison que je voudrais également vous soumettre.

Selon moi, la guerre en Ukraine met à bas la forme politico-économique prise par l'imaginaire allemand disciplinaire et procédurier depuis la Seconde guerre mondiale.

Après 1945 cet imaginaire pour tenir ensemble les Allemands par la discipline et, par l'entremise de la France, réinsérer l'Allemagne dans le concert des nations, la forme prise par l'imaginaire allemand, pourrait se résumer à la formule :

ordolibéralisme + juridicisme de la Cour de Karlsruhe + patriotisme constitutionnel d'Habermas : de l'Allemagne à l'UE.

Or la guerre en Ukraine met à bas ces supports de l'imaginaire allemand après le nazisme en ce que l'agression russe en Ukraine, le gel des relations économiques germano-russes, l'explosion du gazoduc Nordstream, tout cela fait que les Allemands ne peuvent plus se reposer sur l'idée que l'économie les autodiscipline et construit le cours des choses en Europe.

Et à mon avis l'Europe est trop faible pour que dorénavant les Allemands s'y adossent. Il me semble que, de peur du retour du passé – ce qui explique le texte d'Habermas appelant aux négociations immédiates avec Poutine –, cela va conduire à une vassalisation renforcée de l'Allemagne aux États-Unis. Et s'il y a empire en Europe, ce sera un sous-empire de l'empire américain sous conduite allemande. Le vote à majorité simple en sera l'outil dans un déport à l'Est de l'Union européenne en confrontation avec la Russie et la Chine.

JEAN-MICHEL QUATREPOINT

Les Français n'ont rien fait pour éviter les dérives, notamment les représentations françaises à Bruxelles (ou plutôt l'absence de représentations françaises à Bruxelles) et nos dirigeants politiques de quelque parti que ce soit. On a laissé faire. Je dirai même qu'une partie des Français sont complices et approuvent largement ces dérives, notamment la défense des minorités quelles qu'elles soient.

On a beaucoup parlé de l'Allemagne. Mais le modèle de l'Union européenne est un modèle néolibéral. Or dans ce modèle néolibéral, né dans les pays anglo-saxons et notamment aux États-Unis avec Reagan au début des années 1980, l'ennemi c'est l'État. Il faut casser l'État, les syndicats et les *Big Corporations*!

C'est exactement ce que fait l'Union européenne. Elle casse l'État, les représentations de l'État, y compris les administrations. Pour ce faire elle démolit les services publics à la française à coups de directives au nom de l'intérêt du consommateur et de la concurrence libre et non faussée. Ensuite on met en place des organisations indépendantes qui se substituent aux politiques et aux administrations. Et ces organisations indépendantes disent le droit, font les

normes et sanctionnent ! J'attire votre attention sur le fait qu'il serait possible (par une loi) de liquider un certain nombre de ces organisations indépendantes qui agissent contre les intérêts des citoyens alors qu'elles sont au service des citoyens. En effet, la hiérarchie des normes est inversée, le peuple n'a plus de pouvoir et ce sont ces organisations indépendantes, qu'elles soient françaises ou européennes qui disent le droit et sont censées défendre les citoyens alors qu'en fait elles ne défendent que des minorités et éventuellement le consommateur. Ce modèle néolibéral n'a rien à voir avec le modèle français. Nous adoptons le système américain sans en avoir les avantages ! En effet dans le système américain un certain nombre de juges sont élus alors qu'au niveau européen les juges ne sont pas élus. Pas plus que ne sont élues les autorités indépendantes qui prolifèrent, disent le droit à la place du législateur et appliquent le droit à la place des administrations.

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Merci d'avoir rappelé ce fait ... qui n'a d'ailleurs pas empêché le Brexit. C'est au moment où triomphe le modèle néolibéral en Europe que le Royaume-Uni se retire. Preuve qu'il y a quand même quelque chose dans les dérives de l'État de droit qui déborde la simple mise en place du marché néolibéral. Mais je suis tout à fait d'accord avec ce que vous avez dit.

FRANCK DEDIEU

Vous avez décrit un système où l'État de droit est supérieur à l'État-nation.

Il se trouve qu'il y a quinze jours il s'est passé un événement que je qualifierai de fondamental et j'aimerais savoir comment vous l'interprétez.

L'Union européenne, soucieuse de se montrer bienveillante à l'égard de l'Ukraine, a décidé de lever les barrières douanières sur le blé ukrainien. Il devait y avoir une sorte de répartition en quotes-parts entre les pays destinataires mais, pour des raisons que je ne saurais vous expliquer, le blé ukrainien a déferlé dans trois pays, déstabilisant les paysans polonais, hongrois et slovaques. Et de façon unilatérale ces trois pays ont décidé, contre l'avis de l'Union européenne et à rebours du droit européen, de rétablir les frontières, de dresser un embargo sur le

blé ukrainien à la demande des paysans. Tout le monde, en particulier le haut-clergé médiatique, économique et juridique, s'attendait à ce que des sanctions soient prises contre la Pologne, la Slovaquie et la Hongrie. Non seulement il n'y a pas eu de sanctions mais il y a eu des négociations. Et cela s'est traduit par des subventions décidées par la Commission à hauteur de 160 millions d'euros au bénéfice des paysans polonais, hongrois et slovaques. Et les exportations de blé ukrainien ont été réparties sur l'ensemble des pays.

Peut-on en déduire que quelque chose est en train de changer ? Pour la première fois l'intimidation juridique et économique n'a pas fonctionné et la décision unilatérale a payé, économiquement et politiquement.

Cet épisode ne dit-il pas quelque chose de plus fondamental sur le déséquilibre entre droit et politique ?

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

En Europe, il y a toujours des intérêts nationaux qui essaient de se faufiler, de se faire jour. Le problème c'est qu'ils sont désordonnés, sous-jacents, et jouent souvent les uns contre les autres : on peut penser à la politique de défense allemande *versus* la politique française. Le fait patent est que les États soutiennent leurs intérêts nationaux dans la négociation. Le reste est peut-être le manteau de Noé jeté sur l'âpreté des négociations des États entre eux lorsque certain point particulier lié à leur subsistance, en tout cas à leur identité, est en train d'être négocié. Et quant à l'instrumentalisation du droit au service d'une idéologie elle apparaît comme le registre public dans lequel les sociétés européennes sont priées de se reconnaître. Une partie des classes moyennes européennes adhèrent probablement à ce magma que vous avez l'un et l'autre décrit. Si les peuples n'y adhèrent pas dans leur ensemble, l'acquiescement de la classe moyenne consommatrice pèse lourd. Sinon on ne s'expliquerait pas la survie de ce système absurde.

Je suis persuadée que le premier pas consiste en une attitude politique.

Je prends un autre exemple : la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné l'Italie au motif de la présence de crucifix dans ses écoles publiques. Nous n'avons évidemment pas la même culture en France mais les Italiens y tiennent beaucoup. La décision a provoqué un branle-bas de combat dans la péninsule et le gouvernement italien a fait appel à la Grande chambre. L'Espagne est intervenue à ses côtés car elle a aussi des crucifix dans ses écoles publiques, c'est la tradition latine. C'est donc le tollé général, le président du Conseil parle d'une décision « inacceptable » et le maire d'une commune – pourtant plutôt rouge – d'Émilie-Romagne commande dix crucifix supplémentaires pour défier la Cour. Finalement, devant une telle campagne, une telle rébellion du *bel paese*, la Grande chambre a rétrogradé à l'unanimité.

Voilà ce qui se passe quand on résiste !

Le problème est que nous, les Français nous couchons sans résister. On a l'impression que la France n'ose pas défendre ses intérêts et son identité.

Avant le Brexit les Britanniques avaient négocié un statut européen particulier sur quatre points. Les Danois échappent très largement aux normes migratoires parce qu'ils ont négocié une large dérogation au traité d'Amsterdam. Les Polonais et les Britanniques ont négocié un protocole spécial au traité de Lisbonne les exonérant de la justiciabilité de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Je trouve étonnant que la France ne se défende pas mieux. Elle veut toujours jouer, avec l'Allemagne, la première de la classe.

Nous pourrions exiger que soient changés les traités qui ont instauré un fédéralisme à l'allemande pour revenir à un fédéralisme souple du type américain. Mais avant de revoir ces traités, il faut d'abord nous défaire de notre attitude de soumission. Nous n'avons même pas été capables de faire appel de la décision Matelly c. France sur les syndicats dans l'armée !

De Gaulle n'avait pas hésité à pratiquer la « chaise vide » pour obtenir le compromis de Luxembourg. Mais désormais non seulement nous ne résistons pas mais nous nous revendiquons d'être le « moteur » de cette machine post-démocratique.

Nous terminerons donc ce séminaire en rappelant la nécessité absolue de la volonté politique.

On a parlé de révision du Parlement européen. On a parlé d'un changement d'attitude du Conseil constitutionnel en France qui pourrait peut-être aller un peu plus loin dans la défense de notre identité. Des pistes existent. Le Conseil d'État, lui aussi, pourrait mieux jouer sa partie. On pourrait imaginer le voir revenir sur un certain nombre de décisions qu'il a prises notamment depuis l'arrêt Nicolo. C'est un ensemble.

Je persiste à penser quand même que la France doit défendre ses intérêts nationaux de la manière appropriée, plus subtile lorsque c'est nécessaire et sans cet excès d'affichage qui souvent irrite sans nous mener à des résultats positifs. Sur le nucléaire, par exemple, elle ne peut apparaître trop en avant sur la scène européenne car elle y est dénigrée tant par un certain nombre de pays qui sont un peu plus bas qu'elle dans la hiérarchie que par les pays qui sont « au-dessus d'elle » dans la conduite de leur économie, on pense aux austéritaires bien entendu (Allemagne, Pays-Bas). La France est dans l'entre-deux et cela rend sa position moins confortable.

Cela signifie-t-il qu'elle ne défend pas, par certaines voies, ses intérêts nationaux ? Je n'en jurerais pas quand même.

Mais ce qui est certain c'est que la défense des intérêts nationaux reste la voie face au magma, au gloubi-boulga, à tout ce mélange de valeurs qui finalement nous emporte dans un devenir dont nul ne sait où il pourrait nous mener.

Merci à tous.

PUBLICATIONS RÉCENTES

L'AVENIR DE LA FILIÈRE NUCLÉAIRE FRANÇAISE

Séminaire du mercredi 29 mars 2023

OÙ VA L'ITALIE ?

Séminaire du mardi 21 mars 2023

QUEL AVENIR POUR LA DÉFENSE FRANÇAISE ?

Colloque du lundi 13 mars 2023

LE DÉFI DU REDRESSEMENT ÉCONOMIQUE DE LA FRANCE

Colloque du mardi 13 janvier 2023

LA RÉPUBLIQUE ET SES RÉGIONS

Colloque du mardi 6 décembre 2022

L'AVENIR DE LA LANGUE FRANÇAISE

Colloque du mardi 15 novembre 2022

TABLE RONDE AUTOUR DES IDÉES DE FRANCIS FUKUYAMA ET DE SAMUEL HUNTINGTON

Séminaire du mardi 25 octobre 2022

LA GUERRE D'UKRAINE ET L'ORDRE DU MONDE

Colloque du mardi 27 septembre 2022

LA RÉPUBLIQUE FACE À LA DÉCONSTRUCTION

Colloque du mardi 8 mars 2022

FRANCE-ALLEMAGNE : CONVERGENCES ET DIVERGENCES DES INTÉRÊTS FONDAMENTAUX À LONG TERME

Colloque du mardi 15 février 2022

LA DETTE

Séminaire du jeudi 20 janvier 2022

**LA POLITIQUE ÉTRANGÈRE DE LA FRANCE DANS LES DEUX
DERNIÈRES DÉCENNIES : BILAN ET PERSPECTIVES**

Colloque du mardi 7 décembre 2021

ÉCOLOGIE ET PROGRÈS

Colloque du mercredi 24 novembre 2021

LA SOUVERAINETÉ ALIMENTAIRE, UN ENJEU POUR DEMAIN

Colloque du jeudi 21 octobre 2021

QUELLES INSTITUTIONS POUR DEMAIN ?

Colloque du mercredi 22 septembre 2021

**LA FORMATION DES PROFESSEURS DES ÉCOLES, UN ENJEU MAJEUR
POUR LE XXI^E SIÈCLE**

Colloque du mercredi 19 mai 2021

**COMMENT PENSER LA RECONQUÊTE DE NOTRE INDÉPENDANCE
INDUSTRIELLE ET TECHNOLOGIQUE ?**

Colloque du mardi 13 avril 2021

**ÉTATS-UNIS : CRISE DE LA DÉMOCRATIE ET AVENIR DU
« LEADERSHIP » AMÉRICAIN**

Colloque du mardi 9 mars 2021

L'ALLEMAGNE ET LA CONSTRUCTION DE LA STABILITÉ EUROPÉENNE

Colloque du mercredi 10 février 2021

ENSEIGNER LA RÉPUBLIQUE

Séminaire du mercredi 20 janvier 2021

LA POLITIQUE DE RECHERCHE, ENJEU POUR L'AVENIR

Colloque du jeudi 26 novembre 2020

LA CHINE DANS LE MONDE

Colloque du mardi 17 novembre 2020

LE RETOUR DE L'ÉTAT, POURQUOI FAIRE ?

Séminaire du mardi 6 octobre 2020

**DE L'ARRÊT DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL DE KARLSRUHE DU
5 MAI 2020 À LA RELANCE BUDGÉTAIRE ET MONÉTAIRE : LES CHEMINS
D'UN LEADERSHIP EUROPÉEN ?**

Séminaire du mardi 22 septembre 2020

**L'AVENIR DE L'INDE, ENTRE INTÉRÊT NATIONAL ET ASPIRATIONS
RÉGIONALES ET MONDIALES**

Séminaire du mercredi 9 septembre 2020

**ISLAMISME (ISLAM POLITIQUE) ET DÉMOCRATIE DANS LE MONDE
MUSULMAN : QUELLE(S) GRILLE(S) DE LECTURE ?**

Colloque du mercredi 4 mars 2020

**IRAN, ÉTATS-UNIS, OÙ LA CRISE AU MOYEN-ORIENT NOUS
CONDUIT-ELLE ?**

Colloque du mercredi 5 février 2020

QUELLE RECOMPOSITION POLITIQUE POUR LA FRANCE ?

Colloque du mardi 3 décembre 2019

QUELLE RECOMPOSITION GÉOPOLITIQUE DU CAPITALISME ?

Colloque du mardi 5 novembre 2019

**L'IMPACT DES TECHNOLOGIES NUMÉRIQUES SUR LE TRAVAIL ET
L'EMPLOI**

Colloque du mardi 24 septembre 2019

**IMMIGRATION ET INTÉGRATION – TABLE RONDE AUTOUR DE
PIERRE BROCHAND**

Séminaire du mardi 2 juillet 2019

DÉFIS ÉNERGÉTIQUES ET POLITIQUE EUROPÉENNE

Colloque du mardi 18 juin 2019

NOTES, ÉTUDES ET ENTRETIENS :

Parues récemment :

- **Philippe Guittet**, ancien secrétaire général de SNPDEN-UNSA (2002-2009), « **Ré-instituer l'école de la République** », revue *Direction*, n°285, juillet 2023.
- Conversation entre **Marie-Françoise Bechtel et Stéphane Rozès**, à partir de son dernier ouvrage *Chaos. Essai sur l'imaginaire des peuples* (Le Cerfs, 2022), « **Réparer les imaginaires nationaux** », mai 2023.
- **Benjamin Morel**, président du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, « **Enquête sur le rapport des Français à l'Histoire, à l'Armée et à l'Europe** », enquête du laboratoire d'études de l'opinion « Cluster 17 » réalisée en partenariat avec la Fondation Res Publica, novembre 2022.
- **Matthieu Lahaye**, spécialiste des questions éducatives et membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, « **Remettre l'École au cœur de la République** », mars 2022.
- **Alexey Rutkevich**, professeur de philosophie, directeur scientifique de la faculté des sciences humaines à l'École des hautes études en sciences humaines (HSE) de Moscou, « **Déconstruction, *cancel culture*, wokisme : entretien sur l'expansion géographique et civilisationnelle de la « *French Theory* »** », mars 2022.
- **Jean-Éric Schoettl**, conseiller d'État (h), secrétaire général du Conseil constitutionnel de 1997 à 2000, membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, « **La notion européenne d'État de droit et les souverainetés nationales** », février 2022.
- **Sylvain Hercberg**, ancien cadre d'EDF, membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, auteur de *Sur le système électrique en France* (l'Harmattan, 2019), « **Le programme de la nouvelle coalition allemande en matière énergétique : enjeux et perspectives** », janvier 2022.
- **Marie-Françoise Bechtel**, présidente de la Fondation Res Publica, et **Benjamin Morel**, président du Conseil scientifique, « **Une V^e République rénovée – Les propositions de la Fondation Res Publica** », janvier 2022.
- **Joachim Sarfati**, « **L'Europe de l'armement, vecteur de puissance ou braderie des moyens de notre indépendance** », septembre 2021.

NOTES DE LECTURE :

Parues récemment :

- « **Jean-Pierre Chevènement, du défi au pari** », note de lecture de l'ouvrage de Jean-Pierre Chevènement, *Refaire la France* (Bouquins, 2023), par Marie Françoise Bechtel, présidente de la Fondation Res Publica.
- « **Défense et illustration des valeurs de la République : deux contributions précieuses** », note de lecture croisée sur les ouvrages de Jean-Érich Schoettl, *La démocratie au péril des prétoires : de l'État de droit au gouvernement des juges* (Gallimard, le Débat, 2022) et de Benjamin Morel, *La France en miettes : Régionalismes, l'autre séparatisme* (Le Cerf, 2022), par Marie-Françoise Bechtel.
- « **L'imaginaire des peuples, du déni au chaos ?** », note de lecture de l'ouvrage de Stéphane Rozès, *Chaos. Essai sur l'imaginaire des peuples* (Le Cerf, 2022), par Marie-Françoise Bechtel.
- « **Vendre la guerre : Le complexe militaro-intellectuel** », note de lecture de l'ouvrage de Pierre Conesa, *Vendre la guerre : Le complexe militaro-intellectuel* (L'Aube, 2022), par Erwan le Brasidéc.
- « **La désindustrialisation de la France** », note de lecture de l'ouvrage de Nicolas Dufourcq, *La désindustrialisation de la France* (Odile Jacob, 2022), par Alexandre Benoit.
- « **Climat, énergie, décarbonation : Quel plan de transformation de l'économie française ?** », note de lecture de l'ouvrage du *Shift Project (avant-propos de Jean-Marc Jancovici) Climat, crises : Le Plan de transformation de l'économie française* (Odile Jacob, 2022), par Erwan Le Brasidéc.
- « **L'autonomie des établissements scolaires, un remède à la crise de notre système éducatif ?** », note de lecture de l'ouvrage de Monique Canto-Sperber *Une école qui peut mieux faire* (Albin Michel, 2022), par Souâd Ayada, correspondante de l'Académie des sciences morales et politiques, ancienne présidente du Conseil supérieur des programmes.
- « **Laïcité, un principe** », note de lecture de l'ouvrage d'Éric Anceau *Laïcité un principe* (Passés composés, 2022, par Jules Vidal).

SOUTENEZ LA FONDATION RES PUBLICA !

Pour nourrir sa réflexion et conduire sa mission d'irrigation du débat intellectuel et d'aide à la décision publique, la Fondation Res Publica a besoin du soutien des entreprises et des particuliers. Leur aide est particulièrement précieuse dans un contexte de réduction de l'aide que la Fondation perçoit de l'État, en raison de restrictions budgétaires de plus en plus fortes.

La Fondation étant reconnue d'utilité publique par décret du 30 décembre 2005, les versements que vous lui accorderez-vous feront bénéficier d'un avantage fiscal conséquent.

Pour les particuliers :

Impôt sur le revenu (IR) : la loi de finances permet **une déduction de l'impôt sur le revenu de 66 % du montant de vos dons** dans la limite de 20 % du revenu imposable.

Dans le cas d'un don de 1000 euros, vous pouvez déduire 660 euros de votre impôt sur le revenu.

Pour les entreprises, les organismes et les associations :

Impôt sur les sociétés (IS) : la loi de finances permet une déduction de vos dons de l'impôt sur les sociétés (ou IR pour les sociétés de personne), **à hauteur de 60 %**, dans la limite de 0,5 % du chiffre d'affaires HT (report possible durant 5 ans).

Dans le cas d'un don de 10 000 euros, vous pourrez déduire 6 000 euros d'impôt. Votre contribution aura réellement coûté 4 000 euros à votre entreprise.

Un don supérieur ou égal à 200 euros vous permettra par ailleurs de recevoir à votre adresse les « Cahiers » de la Fondation Res Publica.

Avec tous mes remerciements,

Jean-Pierre Chevènement

Contact : +33 (0)1 45 50 39 50 ; fondationrespublica@gmail.com.

FONDATION RES PUBLICA

52, rue de Bourgogne

75 007 Paris

☎ 01.45.50.39.50

fondationrespublica@gmail.com

Achévé
d'imprimer
en octobre 2023