



HAL
open science

Solitude, désœuvrement et conscience critique

Loïc Azoulai

► **To cite this version:**

Loïc Azoulai. Solitude, désœuvrement et conscience critique: Les ressorts d'une recombinaison des études juridiques européennes. Politique européenne, 2015, 4 (50), pp.82 - 98. 10.3917/poeu.050.0082 . hal-03585919

HAL Id: hal-03585919

<https://sciencespo.hal.science/hal-03585919>

Submitted on 23 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Solitude, désœuvrement et conscience critique

Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes

Loïc Azoulay

Sciences Po

La solitude du juriste européen

Considérons la situation d'un jeune juriste qui s'engage dans les études européennes. Que se passe-t-il sous ses yeux? Une Union en crise; un droit accusé de produire de la division, de l'inégalité et de l'exclusion; des études européennes vivement critiques vis-à-vis de leur objet. Il est difficile de ne pas éprouver ce que Daniel Thym, professeur de droit à l'Université de Constance, appelle « *la solitude du droit européen fabriqué en Europe* »¹. Le juriste européen ne peut que ressentir fortement la fragmentation de sa discipline en écoles nationales communiquant assez peu entre elles. Chez lui, il n'en a pas fini avec la critique du « *droit venu d'ailleurs...* », celle qui veut que le droit européen coloniserait des matières qu'il n'est pas censé régir et dénature les objets qu'il touche². Si, toutefois, il décide de se réfugier dans le cercle étroit de la communauté des juristes transnationaux, qui fut pour des générations de juristes européens un abri confortable et stimulant, il ne trouvera que maigre consolation. Il lui faudra admettre que les événements récents dont le processus d'intégration a été le théâtre ont démenti la manière dont sa discipline l'a défini: comme un processus naturel, rationnel et bénéfique pour le plus grand nombre. Le processus d'intégration subit sans doute actuellement sa crise la plus grave: à une crise économique et financière prolongée s'ajoutent, pour de nombreux États européens, une crise budgétaire, une crise de l'euro, une crise de la représentation politique, une crise identitaire et, dans certains pays comme la Hongrie, une crise des valeurs démocratiques. Dans ce contexte, la dévaluation du projet d'intégration et

1 <<http://www.verfassungsblog.de/en/die-einsamkeit-des-deutschsprachigen-europarechts/>>.

2 Rappelons que nous devons cette formulation à l'un des grands juristes français du xx^e siècle, Jean Carbonnier (1996).

de son droit entraîne celle des études juridiques européennes. La raison en est simple : celles-ci se sont classiquement définies par rapport à celui-là. La discipline du droit communautaire/droit européen a trouvé sa raison d'être dans une forme de soutien et de consolidation du projet d'intégration.

Sans doute la construction européenne a-t-elle connu bien d'autres crises. Il est même permis de penser qu'elle en a vécu. Ce qui frappe dans la crise actuelle, cependant, c'est une défiance générale à l'égard de la force positive du droit. La forme juridique n'est plus considérée comme le véhicule d'un nouvel esprit de pacification, de coopération et de solidarité en Europe. Elle est à présent perçue comme le véhicule des forces économiques et des appareils gouvernementaux qui sont à l'origine de processus de déstructuration des sociétés nationales. À cette conjoncture répondent chez certains auteurs l'expression d'un doute et un appel pour dépasser l'état insuffisamment réflexif des études juridiques sur l'Europe (Dickson et Eleftheriadis, 2012).

Pour comprendre comment nous en sommes arrivés là, il faut remonter aux années 1960 et 1970. Durant ces années s'élabore un dispositif complexe qui vise à soutenir le processus d'intégration par le droit. Il repose sur deux éléments. D'abord, il y a eu l'effort pour déplacer sur le terrain du droit les débats politiques, les résistances administratives et les luttes sociales qui accompagnent le développement du processus d'intégration. Ce déplacement est le fait d'un groupe de juristes qui sont porteurs d'un programme pour l'Europe et qui circulent entre institutions nationales et européennes. C'est ce réseau structuré d'individus engagés, compétents et mobiles qu'Antoine Vauchez désigne comme le socle de « *l'Union par le droit* » (Vauchez, 2013). Ces « juristes-intermédiaires » ne se contentent pas de jouer le rôle de « courtier » entre les institutions européennes, les gouvernements des États membres et les acteurs des sociétés civiles nationales ; ils façonnent les doctrines, ils colonisent les conférences et les revues spécialisées, ils prennent le contrôle de la pensée juridique et, par là, en fait, ils engagent l'ensemble des acteurs concernés à adopter un point de vue interne au processus d'intégration. Ils font du droit une véritable force d'intégration³.

3 L'une des meilleures illustrations en est donnée par le juriste et ancien président de la Commission européenne, Walter Hallstein. Il écrit ainsi : « La Communauté européenne est un phénomène juridique remarquable. C'est une création du droit ; c'est une source de droit ; et c'est un système juridique. » (Hallstein, 1972, 30).

Ensuite, il y a eu le développement d'une forme de pensée, d'un style propre aux études juridiques européennes. Légitimer la construction européenne par le droit a consisté à inventer une nouvelle forme d'exposition du droit. On ne pouvait se contenter de puiser dans la réserve de notions juridiques abstraites constituant le patrimoine des juristes occidentaux. Il fallait produire un savoir nouveau mais surtout une forme nouvelle de savoir façonnant l'ensemble des aspects relatifs à l'intégration. C'est là par exemple qu'il faut chercher l'origine de cette catégorie si particulière et si importante dans les études européennes, celle des « principes structurels » du droit de l'Union. Les principes de primauté, de l'effet utile, de non-discrimination, de proportionnalité, de coopération loyale, d'équilibre institutionnels sont des exemples de ces concepts ajustés à la pratique de l'intégration, utiles pour introduire de nouvelles méthodes concrètes d'action et d'interprétation, capables en même temps de fournir une base cohérente et solide à toute la construction. Ils sont le reflet d'une forme de « perfectionnisme » typique de la production du savoir juridique européen (Bomhoff, 2013). Au fond, les juristes européens ont eu pour ambition essentielle d'enfermer l'ensemble des rapports politiques, économiques et sociaux qui composent le processus d'intégration dans un réseau de principes et de formules simples, favorables à la poursuite du processus. Il s'est agi d'instaurer une couche conceptuelle stable et résistante entre la construction institutionnelle européenne, perçue comme essentiellement précaire, et les périls constants auxquels celle-ci est exposée : la désintégration politique, la fragmentation juridique et la désaffection sociale⁴. La pensée du droit se donne pour objet de donner au fragile processus d'intégration une forme de résilience face aux crises qui sont récurrentes.

Penser les structures

Si l'on cherche une figure pour incarner la réunion de ces deux éléments, on la trouvera chez Pierre Pescatore, dont le parcours est indissociable d'une grande partie de l'histoire de la construction européenne. Professeur

4 Cette conjecture rappelle celle décrite par Aldo Schiavone dans son ouvrage fascinant sur la création et le développement du droit romain (Schiavone, 2009). Il faudrait mener sérieusement ce travail de comparaison à large échelle temporelle et sans méconnaître le fossé culturel qui sépare ces deux mondes. Une analyse de type structuraliste pourrait aider à explorer la « vocation romaine » du droit de l'Union.

de droit et diplomate luxembourgeois, il fit partie de l'équipe de négociation des traités de Rome avant d'être nommé juge à la Cour de Justice de l'Union européenne dans laquelle il officia de 1967 à 1984. Il y prit une place prééminente. Nombre des « grands arrêts » de la Cour de Justice portent sa marque⁵. Il est, en outre, celui qui a su le mieux exposer les bases intellectuelles de l'intégration. Il le fit dans d'innombrables articles et dans un petit livre publié en 1972, intitulé *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes* (Pescatore, 2005, 2008).

À quel problème répond ce livre ? D'abord à la nécessité de soutenir une organisation, les Communautés européennes, dont le destin paraît encore fragile. Les Communautés sortent d'une période marquée par la crise de la chaise vide. À cette époque, la supranationalité comme mode d'organisation institutionnelle est encore loin de s'imposer comme une évidence. Pierre Pescatore se donne dès lors pour tâche de penser l'entreprise de l'intégration hors des événements conjoncturels qu'elle traverse en vue de lui donner une forme rationnelle, de la consolider. Il est en effet bien conscient du fait que cette entreprise, essentiellement précaire, repose sur une série de contradictions. Quelles sont-elles ? Nommons-en quelques-unes : l'intégration européenne entend transformer les structures économiques, politiques, administratives et sociales des États membres mais elle dépend largement de ces structures pour assurer sa réalisation ; elle institue un pouvoir supranational puissant, indépendant et étendu mais les compétences des organes supranationaux sont formellement limités et ils sont en fait dépourvus des moyens de la contrainte et de la coercition : Pescatore l'appelle pour cette raison une « intégration partielle » ; les organes européens confèrent à leurs actes juridiques une autorité immédiate et uniforme sur le territoire des États membres mais l'effectivité de cette autorité dépend largement des juridictions nationales à l'égard desquelles l'Union ne dispose pas de pouvoir hiérarchique ; l'Union propose un modèle d'« union sans cesse plus étroite des peuples européens » mais elle ne dispose d'aucun des ressorts traditionnels de légitimité qui fondent une communauté politique. Dès lors, tout l'effort consistera non à dévoiler ces contradictions mais au contraire à les dissimuler et à les surmonter. Comment y parvenir ? En pensant les structures qui sont à l'origine de ces contradictions.

5 Pour une recension de ces grands arrêts, voir Poiaras Maduro et Azoulai (2010).

Penser les structures, cela renvoie, en premier lieu, à ce que Pescatore appelle l'émergence de « *nouvelles constellations structurelles* ». Par là il désigne les différents éléments d'un système institutionnel inédit qui ne peut être comparé à ceux d'une organisation internationale classique. Sa nouveauté vient de ce qu'il repose sur de « nouveaux principes de représentativité », c'est-à-dire une série de doctrines qui justifient un transfert inconditionnel de loyauté vers un nouveau centre de pouvoir, les institutions européennes⁶. Le système européen s'éloigne ainsi de la conception fonctionnaliste classique qui a dominé l'étude des organisations internationales depuis leur création⁷. De fait, le fonctionnalisme caractéristique du droit européen sera désentravé, libéré du sens des limites prescrites à la nouvelle organisation supranationale, un fonctionnalisme dit de « l'effet utile ».

Mais il y a plus. Cet ensemble d'institutions et son droit « forment un système, c'est-à-dire un tout structuré, organisé, finalisé » (Pescatore, 2005, 43). Cette notion est fondamentale. Pierre Pescatore ne s'en tient pas à la conception processualiste, purement phénoménale de l'intégration. L'Europe est un système qui transcende ce que Pescatore imagine comme le monde chaotique des relations intersubjectives entre États. Cette notion rapproche l'intégration européenne d'une expérience de type fédéral, du moins dans la version holiste du fédéralisme américain qui domine le discours du juge Marshall dans la célèbre décision de la Cour suprême des États-Unis datant de 1819, *McCulloch v. Maryland*, laquelle justifia l'extension des pouvoirs de l'État fédéral au détriment des États fédérés. Pour Pescatore de même que pour Marshall, l'Union et son droit constituent un système global, un « tout » dont les États et leurs droits composent les parties. L'Union est plus qu'un ensemble fonctionnel, organisé de moyens en vue d'atteindre des objectifs fixés en commun : c'est une « idée d'ordre à laquelle les participants sont disposés à subordonner leurs intérêts nationaux et leur hiérarchie nationale des valeurs ».

Au nom de quoi peut-on ainsi se prévaloir d'une « idée d'ordre », d'un « tout » ? La réponse de Marshall est connue : au nom du « *peuple des États-Unis* », autorité constituante. Celle de Pescatore paraît moins aisée. Il n'y a pas de communauté politique naturelle à laquelle imputer l'autorité du

6 Pour un rappel de ces doctrines institutionnelles, voir Azoulai (2015).

7 Voir Klabbers (2014). Pour cet auteur, le fonctionnalisme pose en principe que les organisations internationales sont des entités établies pour accomplir certaines tâches strictement définies et en vue de servir le bien commun de l'humanité.

droit européen. Il faut donc chercher une autre référence. Pierre Pescatore la trouve dans une forme ancienne. Il y a, à la base de toute la construction, ce qu'il appelle « une idée d'œuvre commune » (*Ibid.*, 41). Remarquable expression, qu'il emprunte à Maurice Hauriou, l'un des maîtres du droit public français du début du XX^e siècle⁸. Transposée au contexte de l'intégration européenne, « l'idée d'œuvre » devient polysémique. Elle évoque d'abord un patrimoine à protéger, le résultat d'une action menée en commun que le langage institutionnel appellera plus tard, dans le contexte de l'élargissement de l'Union européenne, « l'acquis ». Mais c'est aussi l'idée d'une énergie auto-productrice, d'un mouvement créateur qui se donne sa propre fin. La notion se substitue dans la phraséologie de l'intégration à la notion de « plan », laquelle renvoie à des réalisations qui sont déjà entièrement dans un acte et des termes posés initialement. L'Europe institutionnelle elle-même est née d'un plan, le plan Schuman. Or, elle persévère et se développe comme une « œuvre ». Enfin, l'œuvre commune évoque, par métaphore, la forme et la force des liens qui attachent les États membres entre eux et leur impose une responsabilité commune pour l'intégration.

Pierre Pescatore fait de cette idée non seulement le fondement de la construction institutionnelle mais également le principe qui doit guider l'interprétation de son droit. Pour lui, les normes juridiques ne prennent sens que sur le fond du cadre objectif et institutionnel qui a déterminé leur production. En 2013, il livrait ce témoignage sur la méthode qui doit prévaloir dans la confection et l'interprétation du droit européen : « [En 1956, Riphagen] m'a appris l'importance de ce qu'on appelle les principes de structure dans le droit. Avant qu'on puisse parler du contenu des normes juridiques, de leur substance, il faut voir quelle est la structure dans laquelle ces normes sont insérées⁹. » Ici apparaît une troisième référence à l'idée de structure : la structure comme catégorie juridique primordiale et comme méthode d'analyse des normes produites par les institutions européennes, qui s'impose à tous les organes d'application du droit européen dans les États membres.

Ainsi, il y a en fait trois notions de structure dans ce livre : la structure comme cadre institutionnel unique, la structure comme fondement quasi-

8 L'intérêt de Pescatore pour l'œuvre d'Hauriou est attesté dans Pescatore (2009).

9 Cet entretien a été retranscrit sous l'adresse suivante : <<http://www.cvce.eu/histoire-orale/>>. Comme Pescatore le rappelle, cette méthode a été mise au point par Josef Esser, juriste allemand qui publia en 1956 *Principes et normes dans le développement du droit privé allemand* (Pescatore, 2009).

transcendantal de l'intégration et de son droit et la structure comme principe d'interprétation. Il est évident que cette conception seule n'aurait pas suffi à soutenir le projet d'intégration. Dans l'histoire de la construction européenne, elle fut indissociable des formes de mobilisation politique et sociale, de la formation et de la diffusion d'une culture commune de l'intégration dans un groupe d'individus appartenant à différents contextes institutionnels¹⁰.

Le désœuvrement

Cette conception a fait long feu. Elle a épuisé depuis longtemps ses effets politiques et sociaux. Les signes de cet épuisement sont nombreux. D'une part, l'idée du « tout » ou de l'« œuvre commune » ne résiste pas à la montée en puissance d'acteurs résolus à rejeter la conception englobante de l'intégration. L'histoire de la Cour constitutionnelle allemande depuis sa décision du 12 octobre 1993 sur la loi d'approbation du traité de Maastricht est celle d'un acteur qui, tout en adhérant au principe de l'intégration, refuse de se représenter comme faisant partie d'un tout organique ou d'un processus englobant¹¹. D'autre part, l'axiome d'un cadre institutionnel unique et exclusif est démenti par le développement d'un espace parallèle de relations entre États membres, hors du cadre de l'Union. Certes, la pratique consistant pour la collectivité des États membres ou certains d'entre eux à agir en dehors des traités en vue d'établir un système de coopération, le cas échéant en utilisant les institutions de l'Union, n'est pas nouvelle. Elle a d'ailleurs été approuvée par la Cour de Justice dans deux arrêts importants¹². Cependant, avec les derniers traités conclus pour faire face à la crise de l'euro (notamment, le traité établissant

10 Sur ce point, le travail des « nouveaux historiens » et sociologues de l'intégration s'avère précieux. Voir Egan (2013).

11 Cet arrêt est connu pour avoir établi le modèle de la résistance à une intégration de type fédéral. Il subordonne tout transfert de compétences à l'Union européenne à la garantie que les droits fondamentaux et le principe de démocratie, tels que définis par la Loi fondamentale allemande et tels qu'exclusivement interprétés par la Cour constitutionnelle elle-même, soient préservés. L'Union y est décrite comme une simple association d'États dont la base essentielle de légitimité reside dans le pouvoir de validation de chaque parlement national. Cette conception est celle maintenue jusqu'à ce jour par la Cour de Karlsruhe et elle a inspiré de nombreuses cours constitutionnelles en Europe.

12 CJCE, 30 juin 1993, Parlement c/Conseil et Parlement c/Commission, aff. jointes C-181/91 et C-248/91; CJCE, 2 mars 1994, Parlement c/ Conseil, aff. C-316/91.

le mécanisme européen de stabilité, le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance et le traité portant sur le fonds de résolution unique des banques), c'est une toute nouvelle configuration qui apparaît. Ces traités ont pour but, à en croire la Cour elle-même, de « préserver la stabilité de la zone euro dans son ensemble », c'est-à-dire le cœur de l'intégration¹³. Enfin, la communauté humaine transnationale véhiculant avec succès une culture de l'intégration a éclaté depuis que les opinions publiques ont été invitées à prendre part aux débats européens, à travers notamment les référendums de ratification des traités européens et les élections européennes. Il faut aussi compter avec l'extension des participants au processus d'intégration depuis les derniers élargissements. Il en est résulté une hétérogénéité, une exposition et une contestation croissantes du processus d'intégration. Plus profondément, ce sont les ressources spirituelles du projet collectif d'intégration, celles qui provoquent l'adhésion et la confiance, qui semblent épuisées. Les finalités de l'intégration ne convainquent plus. À beaucoup elles paraissent même perverses, associées à des processus de désocialisation et de paupérisation.

Aux yeux des juristes européens, le droit a longtemps structuré et canalisé les volontés, les modes de pensée et les forces nécessaires pour créer l'Union. Cependant, il semble que, après avoir été créée à Maastricht, l'Union a provoqué une baisse de tension généralisée – un désœuvrement. L'Union n'a pas perdu son droit mais elle semble avoir perdu le droit comme facteur structurant, vecteur de dynamisme et de cohésion. Dès lors que l'idée d'un « tout structuré » auquel toutes les parties prenantes adhèrent est perdue, que reste-t-il de l'intégration ? Peut-on penser le droit européen dans un contexte structuré par l'inégalité et la fragmentation ? Et comment le penser en période de contestation ?

Il y a en théorie deux voies possibles. La première est de renoncer à penser le droit pour chercher ailleurs les médiums susceptibles de relancer l'Union : dans la protestation sociale ou la mobilisation politique. La seconde consiste à penser que le modèle de l'intégration par le droit et les « principes structurels » est capable de résister même en temps de crise : c'est ce que s'efforce par exemple de faire dans ses travaux Koen Lenaerts, juge à la Cour de Justice et professeur, digne héritier de Pescatore, modèle de l'auteur/acteur/interprète du droit européen (Voir par ex. Lenaerts, 2014). Le risque est que, dans un contexte où les ressorts spirituels, intellectuels et sociaux de l'intégration font défaut, un tel travail s'apparente à une défense purement

13 CJUE, 27 novembre 2012, Pringle, aff. C-370/12.

formelle des élaborations casuistiques audacieuses de la Cour de Justice. Les contradictions qui structurent l'intégration disparaissent alors non plus par effet de transcendance et d'adhésion collective mais par un pur effet rhétorique¹⁴. Dans ces conditions, prendre au sérieux le projet de penser le droit européen dans le contexte d'une « Communauté désœuvrée », c'est peut-être entreprendre sa critique¹⁵.

Le tournant critique

La faillite du modèle d'intégration par le droit que l'Europe s'est donnée à elle-même est annoncée depuis fort longtemps par une critique traditionnelle, logée au cœur des doctrines nationales et sans cesse renouvelée. Cette critique s'intéresse à la souveraineté du droit national, son « intégrité » et sa « cohérence », et considère que les changements apportés par le droit européen mettent en périls des éléments « essentiels » de l'identité nationale. La critique dont nous parlons soulève une interrogation d'un autre type : comment éviter qu'un droit façonné pour favoriser la cohésion et l'émancipation à l'échelle du continent ne finisse par produire de la division et de l'aliénation ? Elle se présente comme une critique « interne » au projet d'intégration.

La naissance de ce courant est tardive dans l'histoire de l'intégration. Hjalte Rasmussen en est sans doute le précurseur. Son ouvrage intitulé *On Law and Policy in the European Court of Justice*, publié en 1986, fut le premier à pointer clairement les signes d'un activisme de la Cour de Justice de l'Union, facteur de délégitimation du projet européen. Cela lui valut la reconnaissance de ses pairs mais aussi une forme de bannissement. La portée de cette critique demeurait pourtant limitée puisqu'il se contentait d'en appeler au respect des textes dans l'interprétation du droit par la Cour de Justice. Mais, au temps où elle fut formulée, cette critique allait à contre-courant. Le mode dynamique d'interprétation du droit de la Cour de Justice reflétait, de fait, un engagement des gouvernements européens en faveur de l'intégration. Dès lors qu'ils pouvaient attendre de la création du marché unique des bénéfices à long terme pour leurs économies et leurs ressortissants, ils acceptaient de bonne grâce que les interprétations de Cour pussent entrer en conflit, dans

14 Voir la critique sévère de Joseph Weiler dans Weiler (2014).

15 L'expression est empruntée au titre de Jean-Luc Nancy, *La communauté désœuvrée*.

certains cas, avec leurs intérêts particuliers. Cette dialectique a maintenant cessé de prospérer. Dans le contexte d'une intégration élargie à des domaines non-marchands (la citoyenneté européenne en est le meilleur exemple), dans une Union de plus en plus hétérogène et plongée dans la crise, la téléologie de l'intégration ne fait plus consensus. Cela explique que la critique rasmus-séenne resurgisse, mais en passant de l'Université aux discours politiques : elle nourrit à présent la rhétorique de nombreux acteurs, notamment celle de l'ancien président de la République fédérale allemande, Roman Herzog, accusant dans la grande presse la Cour de Justice d'ignorer systématiquement les principes fondamentaux de l'interprétation du droit dégagés par la tradition occidentale¹⁶.

La critique qui se développe aujourd'hui sous la plume d'auteurs tels que Gareth Davies, Agustín Menéndez, Christian Joerges, Alexander Somek, Floris de Witte ou Michelle Everson, pour ne citer que quelques noms, ne se réduit pas à une attaque contre les interprétations de la Cour de Justice. Elle revêt une portée autrement profonde. Elle s'inquiète des conséquences du droit de l'intégration sur la cohésion des sociétés nationales et sur la structuration des individus peuplant l'Union. Dans cette littérature foisonnante, deux grands courants se dessinent¹⁷. Le message du premier est que le droit de l'Union s'avère incapable d'être à la hauteur des idéaux (prospérité, justice, liberté) qu'il s'est donné à lui-même. Cette critique repose sur une affirmation de la légitimité du projet d'intégration et de son droit. Elle admet que le droit de l'Union a vocation à servir des intérêts légitimes, constructions de nouvelles solidarités collectives et désirs d'émancipation individuelle. Le problème est que ces intérêts ne sont pas correctement satisfaits par le droit de l'Union tel qu'il a été développé et mis en œuvre. Au lieu de favoriser l'épanouissement des individus, il produit des « citoyens de marché désocialisés » (Everson et Joerges, 2012, 658). Il en est ainsi pour des raisons politiques et institutionnelles mais aussi pour une raison plus profonde. Ce qui fait défaut à cette construction, on peut le dire d'un mot : c'est une *théorie de la justice* (Williams, 2010 ; Kochenov, de Búrca et Williams, 2015). Il est bien évident que les organes européens ont eu l'occasion de développer des arguments sur la justice des objectifs des traités européens et sur les conséquences de leur interprétation. Mais, pour cette critique, il s'agit d'arguments théoriquement incomplets ; la Cour et le législateur européen doivent élaborer des critères de justice plus clairs et plus solides pour régler l'interprétation des normes

16 Frankfurter Allgemeine Zeitung (8 septembre 2008).

17 Comparez les deux formes de critique selon Honneth (2006).

européennes. Andrew Williams l'exprime ainsi : « *la philosophie actuelle du droit de l'Union repose sur une théorie de l'interprétation au détriment d'une théorie de la justice* » (Williams, 2009, 552). En d'autres termes, il convient de passer des méthodes téléologiques d'interprétation reposant sur des objectifs vagues, aveugles et sur des principes autonomes et abstraits à l'élaboration de principes de justice ajustés aux différents contextes concrets dans lesquels le droit européen intervient (de Witte, 2012 ; Sangiovanni, 2013).

L'autre courant critique va bien plus loin. Pour lui, le problème n'est pas seulement que la manière d'opérer du droit de l'Union génère certaines injustices. Il réside dans la nature même des revendications que suscite ce droit, dans les forces qu'il favorise et dans l'éthos qui le soutient. Ainsi, par exemple, le problème n'est pas qu'il ne satisfait pas pleinement le désir d'émancipation qu'il susciterait à juste titre ; c'est que ce désir lui-même doit être considéré comme un faux-semblant. Selon Alexander Somek, ce que le droit européen appelle « émancipation », il vaudrait mieux l'appeler « potentialisation » (*empowerment*) car ce n'est rien d'autre qu'une forme d'aliénation de l'individu aux critères de performance de l'économie de marché (Somek, 2013). Soumis à l'emprise du droit européen, les rapports sociaux prennent irrémédiablement une forme distordue. En imposant des « réformes structurelles », le droit de l'Union en fait déstructure les sociétés nationales (Menéndez, 2014). Plus fondamentalement, il ignore ou même détourne, selon les cas, ce qui fait la valeur d'une vie en société. Le droit de l'Union promeut des intérêts qui dénaturent ce à quoi « nous, Européens » tenons le plus, le tissu des relations sociales, la cohésion sociale. Un auteur donne l'exemple de la diversité des goûts dans chacun des peuples européens, menacée par la standardisation à l'œuvre dans le processus d'intégration juridique (Davies, 2014). Il est évident que ce courant présuppose une idée de perfection sociale. Il débouche naturellement sur un récit alternatif des conditions sociales idéales et sur un projet de réforme institutionnelle totale. Projet qui prendra la forme d'une subsidiarité repensée et approfondie, voire d'une rétrocession de pouvoirs depuis l'Union vers les États membres.

Il faut mettre au crédit de ces approches qu'elles ont pour effet de dévoiler certains des présupposés sur lesquels reposent la plupart des approches purement pragmatiques ou dogmatiques (le présupposé de l'intégration vertueuse, économiquement et socialement avantageuse ou celui du bon juge...). En outre, au creux de leur analyse, elles mettent au jour des aptitudes jusqu'à largement ignorées du droit de l'Union : l'aptitude à la fabrication ou à la préservation d'une vie collective. Cependant, en tant que méthode d'analyse,

elles nous paraissent insuffisantes. Pour rendre leur critique convaincante, ces auteurs choisissent parfois d'ignorer des pans entiers du développement du droit positif. Ou bien ils construisent des oppositions en partie artificielles : le social opposé à l'économique, le politique opposé au marché, le culturel opposé à la technocratie. Ces oppositions occultent le fait que le droit européen est, pour l'essentiel, le résultat de solutions de compromis et qu'il se construit dans la conciliation permanente de perspectives divergentes. Il en résulte que ses règles se prêtent à des analyses contradictoires, selon le contexte dans lequel elles sont prises et les présupposés qui guident l'analyse. Il y a une complexité et une ambivalence fondamentales du processus d'intégration et de son droit. Les études européennes doivent toujours partir de cette donnée. C'est la condition pour honorer la tâche qui est la leur : offrir les descriptions de l'état du droit et de son interprétation les plus fines possibles.

Pour une recomposition des études juridiques européennes

Il serait faux de croire que la position critique occupe toute la scène. Certains auteurs, conscients de la crise que traverse le modèle classique d'intégration par le droit, ont l'ambition de refonder l'intégration et de reconstruire le droit qui lui donne sa forme. Deux courants en particulier se sont développés au cours de la période qui a suivi la ratification du traité de Maastricht et l'avènement de l'Union européenne. Le premier, animé par Armin von Bogdandy, se fait appeler « constructivisme doctrinal » (*doctrinal constructivism*) (von Bogdandy, 2010). Le second, réunissant des auteurs tels que Neil MacCormick, Neil Walker ou Miguel Poiares Maduro, se range sous le label du « pluralisme constitutionnel » (*constitutional pluralism*)¹⁸.

Ces deux courants ont en commun un rapport ambivalent à l'œuvre de Pescatore. Ce rapport, sans doute l'héritent-ils de Joseph Weiler, médiateur essentiel. Dans les années 1980, Weiler anima un projet scientifique d'envergure ayant pour objet de renouveler les études juridiques européennes afin de les rendre plus réflexives et plus contextuelles. Ce projet est connu sous le nom d'*Integration Through Law* (Cappelletti, Secombe et Weiler, 1986). Ce titre n'entretenait pas par hasard un rapport chiasmique avec le « *droit de*

18 L'article inaugural est de MacCormick (1993). Pour une synthèse des développements de ce courant, voir Jaklic (2014).

l'intégration ». Il partageait avec Pescatore le souci de soutenir le processus d'intégration et de confier au droit un rôle pivot et quasi-transcendental. Cependant, là où Pescatore renvoyait à une « grande idée d'ordre », Weiler renvoyait à un « ethos » qui se trouverait au cœur du droit européen.

Les courants de la reconstruction qui se développent dans la lignée de ce projet s'écartent de la pensée de Pescatore sur deux points essentiels. D'une part, ils entendent éviter ce qu'ils perçoivent comme une confusion de deux niveaux d'analyse : le niveau de la description et celui de la justification normative. Ils s'estiment dégagés de l'idéologie naïve et pro-intégration qui animait le projet d'un droit de l'intégration. D'autre part, ils rejettent l'orientation fonctionnelle et matérialiste à laquelle Pescatore semblait encore attachée. À la téléologie du marché commun, ils substituent la création d'un ordre constitutionnel fondé sur les valeurs de la démocratie et de l'État de droit, respectueux de la diversité des acteurs parties à l'intégration. Au fond, ils entendent traduire sur le plan juridique le projet de refondation politique de l'Europe que développe parallèlement Habermas.

Cette démarche n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Certes, l'empire du droit européen n'est plus assuré sur les bases d'une supériorité qui lui serait donnée *a priori* ; l'Union doit composer avec des ordres constitutionnels étatiques capables d'affirmer leur identité mais aussi avec un ensemble foisonnant d'organisations internationales désireuses d'étendre leurs compétences. Il lui faut donc admettre que les points de vue varient et coexistent dans l'espace européen. Cependant, constructivistes aussi bien que pluralistes ne peuvent éviter de poser, comme ultime ressort de l'intégration, une idée de tout : Armin von Bogdandy fait référence à un « *overarching normative frame of reference* », construit comme un jeu de concepts juridiques structurels qui s'imposent à la communauté des acteurs juridiques, politiques et sociaux ; les pluralistes croient à l'existence d'un cadre commun qui assure une base minimale d'entente. Miguel Poiaras Maduro travaille en ce sens à l'établissement d'un « *cadre herméneutique partagé* » (Poiaras Maduro, 2007, 2012). Il désigne ainsi un ensemble d'expériences et d'exigences de pensée reposant sur un socle axiologique de valeurs : des exigences de justification, de cohérence et d'universalisation dans l'interprétation. Manière, en fait, de reposer l'idée de tout mais non plus comme un donné, plutôt comme une exigence de la raison. Cette exigence universelle cache mal cependant ses motivations particulières. La raison ici est plus qu'un moyen de construire des objets de connaissance ; c'est un moyen de construire un système de relations viables entre les acteurs de l'intégration, au profit de celle-ci.

Il semble que, au sein des études juridiques européennes, une opposition se met en place entre ceux qui cherchent à préserver le droit de l'Union, quitte à le reconstruire sur de nouvelles bases, et ceux qui, au contraire, ont en vue une critique fondamentale, voire un retrait du droit de l'Union. Cette opposition n'est pas nouvelle mais elle s'articule désormais autour d'une question fondamentale : est-il possible ou même souhaitable de donner une forme juridique à une expérience collective telle que celle de l'intégration dans un contexte où le droit est généralement perçu comme facteur de crise, de division et d'inégalité ? Ou plutôt : la forme juridique est-elle encore capable de donner un sens à cette expérience collective ? Tel est l'horizon commun des études juridiques européennes. C'est avec la conscience de l'urgence de cette interrogation qu'il faut maintenant essayer d'ouvrir de nouvelles voies. Il n'y a rien de plus excitant qu'un champ théorique et pratique en recomposition. Jeunes esprits enclins à suivre les pentes ardues et à défricher les terres inconnues bien plutôt qu'à labourer les sentiers glorieux et à cajoler les vieilles idoles, vous êtes invités à considérer le droit européen comme votre terrain de jeu.

Références bibliographiques

Azoulai Loïc (2015), « Appartenir à l'Union européenne. Liens institutionnels et relations de confiance entre États membres de l'Union », *Liber Amicorum en l'honneur de Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, p. 11-36.

Bomhoff Jacco (2012), « Perfectionism in European Law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, p. 75-100.

Cappelletti Mauro, Seccombe Monica and Weiler Joseph (1986), « Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience », in **Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiler** (eds), *Integration Through Law*, vol. 1, book 1, Berlin, Walter de Gruyter, p. 4-68.

Carbonnier Jean (1996), *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion.

Davies Gareth (2014), « Internal Market Adjudication and the Quality of Life in Europe », *EUI Working Paper*, 2014/7.

Dickson Julie and Eleftheriadis Petros (eds) (2012), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press.

Egan Michelle (2013), « Towards a New History in European Law: New Wine in Old Bottles? », *American University International Law Review*, vol. 28, n° 5, p. 1223-1255.

Everson Michelle and Joerges Christian (2012), « Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism », *European Law Journal*, vol. 18, n° 5, p. 644-666.

Hallstein Walter (1972), *Europe in the Making*, London, George Allen & Unwin Ltd.

Honneth Axel (2006), « La critique comme “mise au jour” », in **Axel Honneth**, *La société du mépris. Vers une nouvelle Théorie critique*, Paris, La Découverte.

Klabbers Jan (2014), « The Emergence of Functionalism in International Institutional Law: Colonial Inspirations », *European Journal of International Law*, vol. 25, n° 3, p. 645-675.

Jaklic Klemen (2014), *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press.

Kochenov Dimitry, de Búrca Grainne and Williams Andrew (eds) (2015), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford, Hart Publishing.

Lenaerts Koen (2014), « EMU and the EU's Constitutional Framework », *European Law Review*, vol. 38, n° 6, p. 753-769.

MacCormick Neil (1993), « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, vol. 56, n° 1, p. 1-18.

Menéndez Agustín (2014), « Which Citizenship? Whose Europe? – The Many Paradoxes of European Citizenship », *German Law Journal*, vol. 15, n° 5, p. 907-933.

Pescatore Pierre (rééd. 2005), *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant.

Pescatore Pierre (2008), *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant.

Pescatore Pierre (2009), *La philosophie du droit au tournant du millénaire. État des problèmes, essais de solution*, Bruxelles, Bruylant.

Poiares Maduro Miguel (2007), « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n° 2. <www.ejls.eu/issue/2/>.

Poiares Maduro (2012), « Three Claims of Constitutional Pluralism », in **Matej Avbelj and Jan Komarek** (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, p. 67-84.

Poiares Maduro Miguel et Azoulai Loïc (eds) (2010), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing.

Sangiovanni Andrea (2013), « Solidarity in the European Union », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, p. 1-29.

Schiavone Aldo (2011), *IUS. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin.

Somek Alexander (2013), « Europe: From Emancipation to Empowerment », *LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series*, Paper n° 60/2013.

Vaucheux Antoine (2013), *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po.

von Bogdandy Armin (2010), « Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch », *European Law Journal*, vol. 16, n° 2, p. 95-111.

Weiler Joseph (2014), « Epilogue », in **Maurice Adams, Johan Meeusen, Gert Straetmans and Henri de Waele** (eds), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, p. 235-250.

Witte de Floris (2012), « Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts in Europe », *European Law Journal*, vol. 18, n° 5, p. 694-710.

Williams Andrew (2009), « Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, n° 3, p. 549-577.

Williams Andrew (2010), *The Ethos of European Integration: Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge, Cambridge University Press.

Loïc Azoulai

Professeur à l'École de droit de Sciences Po.

Loic.Azoulai@sciencespo.fr