

Sous la direction de  
Céline JOUIN



LA CONSTITUTION  
MATÉRIELLE  
DE  
L'EUROPE

EDITIONS A. PEDONE

EUROPE

## PRÉFACE

Céline JOUIN

*maîtresse de conférences en philosophie à l'Université de Caen*

Ce recueil est le fruit d'un colloque qui s'est tenu en octobre 2017 à l'Université et au Mémorial de Caen. Organisé par une philosophe et son équipe (l'EA « Identité et subjectivité »), il a réuni des juristes, des économistes et des philosophes. L'objectif de ce colloque était double. Il s'agissait en premier lieu de *décrire le régime réel* de l'Union européenne. L'hypothèse de départ était que celui-ci se caractérise par un ensemble de glissements institutionnels inscrits et non-inscrits dans les traités et par une division des pouvoirs dont certains ont la propriété remarquable d'être en partie seulement visibles et institutionnellement légitimés. On parlait de l'idée que le régime effectif de l'Europe excède largement son cadre formel.

Que la structure de l'UE ne brille pas par sa clarté et que sa description soit difficile à faire est un problème théorique, qui donne du fil à retordre aux spécialistes. Mais c'est également un problème politique, puisque le citoyen a besoin de comprendre le pouvoir qu'il contribue à former. Dans cette perspective, la notion de « constitution matérielle » était d'abord une manière de pointer l'écart, propre à tout régime politique, entre « pouvoir de fait » et « pouvoir légitime ». La tâche que l'on se donnait consistait dans un premier temps à décrire le diagramme de leurs rapports au sein de l'Union européenne. Mais l'objectif du colloque était aussi d'*éclairer le concept de constitution matérielle* et de se demander s'il est pertinent de l'appliquer à l'Europe actuelle. La question est posée par certains spécialistes du droit européen<sup>1</sup>. Sur un mode différent, certains philosophes contemporains recourent eux aussi à la notion de constitution matérielle et affirment sa fécondité pour penser l'Europe actuelle<sup>2</sup>.

Ces deux objectifs, descriptif et doctrinal, n'étaient nullement séparés l'un de l'autre. Le projet était de faire dialoguer les spécialistes du droit européen et

---

<sup>1</sup> Voir les contributions de C. Möllers, H. Brunkhorst et A.J. Menéndez dans E.O. Eriksen, J.E. Fossum, A. J. Menéndez (éd.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres et New York, Routledge, 2004.

<sup>2</sup> Voir G. Marramao, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Turin, Bollati Boringhieri, 2000 ; A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità*, Rome, Donzelli, 2002 ; E. Balibar, *La Proposition de l'égaliberté*, Paris, PUF, 2010 ; *id.*, *Europe, crise et fin ?*, Paris, Le Bord de l'eau, 2016.

les non spécialistes (ou les spécialistes d'autres disciplines). Le lecteur remarquera que certaines contributions du présent recueil ne s'attardent pas à définir le concept de constitution matérielle. Elles s'inscrivent néanmoins dans le projet d'ensemble lorsqu'elles enquêtent sur le fonctionnement économique de l'Europe, s'il est vrai, comme l'écrit Robert Salais, que « l'absolue priorité donnée au marché par l'Union européenne en fait une sorte de trou noir au cœur de la constitution (...) qui en absorbe peu à peu la matière et la met à son service<sup>3</sup> ».

---

<sup>3</sup> R. Salais, *infra*, p. 120.

FROM STRUCTURE TO INTEGRATION:  
THE TRAJECTORY OF THE MATERIAL CONSTITUTION

Marco GOLDONI

*senior lecturer in Legal Theory at the University of Glasgow*

**Abstract**

This chapter reconstructs the way in which the proponents of two schools, namely theoretical socialism and legal institutionalism, approached the notion of the material constitution before the concept was formalized by Costantino Mortati. The key argument made in the chapter is that there is more to learn on the material constitution from these two streams of thought than from the works of Schmitt and Kelsen. Nonetheless, the chapter also shows the limits of these two versions of the material constitution and this is why Mortati's theory remains the most accomplished reflection on the topic.

Keywords: Lassalle, Constitutional reductionism; Legal institutionalism; Constitution as integration

**Résumé**

Le but de cette étude est de reconstruire la façon dont les auteurs du socialisme théorique du XIX<sup>e</sup> siècle et les théoriciens de l'institutionnalisme juridique (notamment Smend et Heller) ont reconstruit la notion de constitution matérielle avant sa formalisation par Costantino Mortati. L'étude confronte ces doctrines à celles de Schmitt et de Kelsen et souligne la perspicacité de leurs interprétations par rapport à celles de ces deux juristes. Néanmoins, ces doctrines contiennent des limites dont l'analyse donne à penser que la théorie de Mortati reste la plus complète et la plus accomplie sur ce sujet.

Mots-clés : Lassalle, réductionnisme constitutionnel, institutionnalisme juridique, constitution comme intégration

# L'ACTUALITÉ DE LA PENSÉE DE COSTANTINO MORTATI ET LA CONSTITUTION MATÉRIELLE DE L'UNION EUROPÉENNE

Giacinto BISOGNI

*juge à la Cour de cassation italienne, Rome*

## Résumé

Costantino Mortati est considéré comme le père du concept de constitution matérielle. S'appuyant sur une méthode novatrice et interdisciplinaire inspirée de l'école réaliste, il déconstruit notamment les concepts d'ordre juridique et de souveraineté. Le droit n'existe pas dans la nature et ne s'identifie pas avec l'Etat. La source de l'organisation sociale est bien plutôt la politique, entendue comme la recomposition de forces et d'intérêts antagonistes. Celle-ci est le cœur de la constitution matérielle, mais elle est aussi la source de la constitution formelle et de la vie étatique. La pensée de Mortati est particulièrement stimulante lorsqu'elle met au jour la dialectique nécessaire et perpétuelle entre constitution matérielle et constitution formelle, laquelle permet d'anticiper l'avenir de la société. Cette construction théorique a été profondément influencée par l'entrée des masses et des partis sur la scène politique au XX<sup>e</sup> siècle. Néanmoins la théorie de Mortati ne défend pas une forme précise d'Etat ni une idéologie politique en particulier. Au terme de cette étude, on se demande si elle est applicable à la situation actuelle et si l'on peut dire qu'un changement de la constitution matérielle est en train de se produire au sein de l'UE. L'émergence d'une nouvelle constitution matérielle pourrait prendre la forme d'un projet de fédération fondé sur les valeurs de la démocratie, de la liberté, de la justice sociale et de la solidarité capable de mettre en échec les mouvements populistes et nationalistes.

Mots-clés : constitution matérielle, constitution formelle, Mortati, souveraineté, hégémonie, fascisme, théorie du droit, Europe

## Abstract

Costantino Mortati is considered the father of the concept of material constitution. Relying on an innovative and interdisciplinary method inspired by the realist school, he deconstructs the concepts of legal order and sovereignty. The law does not exist in nature and does not identify with the state. The source of social organization is rather politics, understood as the recomposition of antagonistic forces and interests. This is the heart of the material constitution, but it is also the source of the formal constitution

## LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

and state life. Mortati's thought is particularly stimulating when it brings to light the necessary and perpetual dialectic between material constitution and formal constitution, which makes it possible to anticipate the future of society. This theoretical construction was profoundly influenced by the entry of the masses and parties on the political scene in the twentieth century. Nevertheless, Mortati's theory does not defend a particular form of state or political ideology in particular. At the end of this essay, we wonder if it is applicable to the current situation and if we can say that a change in the material constitution is happening in the EU. The emergence of a new material constitution could take the form of a federation project based on the values of democracy, freedom, social justice and solidarity that can defeat populist and nationalist movements.

-----  
: Keywords: Material constitution; Formal constitution; Mortati, Sovereignty;  
: Hegemony; Fascism; Legal theory; Europe  
:-----

## LE CONCEPT DE CONSTITUTION MATÉRIELLE EST-IL PERTINENT POUR L'UNION EUROPÉENNE ?

Nicolas LEVRAT

*professeur de droit international et européen à l'Université de Genève*

### Résumé

L'UE a renoncé en 2007 à se doter d'une Constitution formelle. Dans ce contexte, le concept de constitution matérielle au sens de Mortati (CSM) ne lui est pas utile. De plus, ce concept n'est pas pertinent pour le type de communauté politique que constitue l'UE.

Nous nous interrogeons alors sur l'insistance des dirigeants européens et de la majorité de la communauté académique à vouloir doter l'UE d'un cadre constitutionnel. Nous proposons trois hypothèses. Premièrement, le triomphe du modèle de la démocratie libérale « post-1989 » explique pour partie la prolifération constitutionnaliste – au niveau des Etats européens et son débordement sur l'UE. Nous explorons ensuite l'hypothèse d'une tentation (française) de reproduction au niveau de l'UE du modèle de la communauté nationale. Enfin nous esquissons une réflexion sur un transfert par défaut d'une aspiration à une CSM des élites allemandes, que le passé nazi empêche de réaliser au niveau de la nation allemande (comme l'a rappelé dans les années 1980 la querelle des historiens), et les pousse donc à projeter sur l'UE.

Mots-clés : constitution formelle, constitutionnalisation, Etat de droit, peuple, pluralisme, Traité établissant une Constitution pour l'Europe

### Abstract

EU renounced adopting a formal Constitution in 2007. In that context, the concept of material constitution according to Mortati (MCM) makes no sense. Further, it would not apply to the type of polity that the EU currently is.

We nevertheless reflect on the insistence of European elites and the vast majority of the Academic community on providing EU with a constitutional framework. We propose three explanatory factors. First, the post-1989 triumph of the liberal model led to constitutional proliferation, among European States (Eastern Europe) followed by a spil-over on the EU. Second exists a temptation (especially among French elites) to reproduce at the EU level the national build-up scheme. Third we reflect on the German specific situation which may lead German elites to transfer their desire for a MCM to the EU level, its realisation within a German nation being impossible following Germany's Nazi past, as was shown through the historian's quarrel (*Historikerstreit*) of the 1980's.

Keywords: Formal constitution ; Constitutionalisation ; Rule of law ; People ; Pluralism, Treaty establishing a Constitution for Europe

## LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE RECONNAÎT-ELLE UNE CONSTITUTION MATÉRIELLE AU SENS DE MORTATI ?

Marie ROTA

*maîtresse de conférences en droit public à l'Université de Lorraine*

### Résumé

Cet article tente de déceler dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne la présence d'une Constitution entendue dans son sens matériel par Mortati. Deux éléments la caractérisant sont à ce titre analysés. Il s'agit tout d'abord de l'existence d'un système de valeur déterminé en fonction duquel le juge lit la Constitution entendue en son sens formel – cette expression étant, par postulat et dans un premier temps, comprise comme renvoyant au droit primaire de l'UE. Il s'agit ensuite de la possibilité, pour le juge, d'écarter la Constitution entendue dans son sens formel si à un moment précis, au regard de circonstances politiques particulières, elle va à son encontre.

Si certes ces deux caractéristiques semblent remplies, il ne saurait cependant en découler l'existence d'une Constitution entendue dans son sens matériel. Une telle démonstration est en effet fondée sur un postulat erroné, car qualifier le droit primaire de Constitution entendue cette fois-ci dans son sens formel, par opposition de laquelle le concept de Constitution matérielle a été forgé, revient à en oublier son caractère essentiellement démocratique.

-----  
Mots-clés : jurisprudence de la CJUE, interprétation téléologique, valeurs,  
Mécanisme européen de stabilité, démocratie, Etat de droit  
-----

### Abstract

The aim of this article is to detect in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union the presence of a Constitution understood in its material sense by Mortati. Two characterizing elements are analysed. First, the existence of a particular value system according to which the judge reads the Constitution in its formal sense - this expression being initially understood as referring to the primary law of EU. Then, the possibility for the judge to dismiss the Constitution heard in its formal sense when it is opposed to the Constitution in its material sense, regarding particular political circumstances will be analysed. Thus, these two characteristics seem to be fulfilled. Nevertheless, we cannot conclude

LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

on the existence of a Constitution understood in its material sense. Indeed, such a demonstration would be based on a postulate that seems to be wrong, as primary law cannot be qualified of Constitution in its formal sense. If so, its democratic character would be forgotten.

Keywords: Jurisprudence of the CJEU; Teleological interpretation; Values; European Stability Mechanism; Democracy; Rule of law

LES « MATIÈRES » DE LA CONSTITUTION EUROPÉENNE,  
UN EXEMPLE DE CLOISONNEMENT ILLUSOIRE

Mathilde UNGER

*maîtresse de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg*

Résumé

Cloisonner les différentes « matières » saisies par la constitution européenne présente certains attraits, à commencer par celui de rendre intelligible l'ordre juridique de l'Union européenne. Nous exposons diverses approches procédant à une telle séparation entre les sphères (économique, sociale, politique etc.), et en particulier les théories de la constitution économique, qui se signalent par la supériorité qu'elles accordent aux dispositions des traités relatives à la libre circulation et à la libre concurrence. L'article s'emploie à montrer que malgré ses vertus heuristiques, une hiérarchisation par domaine occulte l'inévitable solidarité entre les sphères saisies par le droit. Notre réflexion sur la nature de la constitution européenne sera ainsi l'occasion d'éclairer les limites d'une analyse découplée des principes fondamentaux organisant la vie sociale. Pour ce faire, le détour par la philosophie de John Rawls servira à révéler la transversalité des principes engagés dans l'interprétation des libertés et des droits qui font le marché intérieur. L'hésitation entre une compréhension d'inspiration smithienne ou libérale de concepts clés comme l'accès au marché ou l'égalité de traitement entre les opérateurs dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union permet d'illustrer que s'y joue toujours aussi une discussion sur ce qui constitue une juste répartition des ressources et des droits, qui ne peut prétendre se borner à la sphère économique.

Mots-clés : constitution économique, Union européenne, marché intérieur, principes de justice

Abstract

Compartmentalizing the “substance” of the European constitution may at first seem appealing, as it offers an account of the legal order of the EU. This chapter presents various approaches to the EU constitution based on a separation between the economic, the social and the political matters. More particularly, it focuses on theories of the economic constitution, which give legal superiority to the provisions relating to free movement and free competition. In spite of the heuristic appeal of these theories, the

## LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

article suggests that classifying the legal provisions according to the field to which they belong is problematic, because it tends to ignore the relations between the different spheres. Discussing the nature of the EU constitution thus uncovers the limits of a compartmentalized analysis of the main principles organizing our social life. In this regard, this paper makes use of John Rawls' theory of justice, in order to uncover the crosscutting nature of the principles at stake in the internal market. The article then refers to an oscillation in the ECJ case law between a Smithian or a liberal interpretation of key concepts (like market access or equal treatment between operators) to suggest that the judges necessarily pronounce on questions not confined to the economic sphere.

Keywords: Economic constitution; European Union; Common market; Principles of justice

## L'EUROPE OU L'IMPOSSIBLE CONSTITUTION ?

Robert SALAIS  
*IDHES, Paris*

### Résumé

Ce chapitre s'interroge sur les raisons pour lesquelles l'émergence d'une constitution pour l'Europe s'avère impossible jusqu'à maintenant. Elle rappelle d'abord les origines du déclin du projet politique européen et les opportunités manquées aux lendemains de la seconde guerre mondiale de poursuivre une voie universaliste. Elle place au cœur de cette impossibilité l'enfermement de l'Europe dans une planification du marché parfait. L'absolue priorité donnée au marché par l'Union Européenne en fait une sorte de trou noir au cœur de la constitution. Elle en absorbe peu à peu la matière qui lui est a priori étrangère et la met à son service. L'Europe avait peut-être, quoiqu'en en faisant une fausse lecture, trouvé une voie de sortie avec la philosophie politique de la subsidiarité. Ne serait-il pas temps de la découvrir enfin ?

Mots-clés : projet politique européen, constitution, voie universaliste, conférences de l'après-guerre, marché, libération, libéralisation, subsidiarité, droits fondamentaux

### Abstract

This chapter questions the reasons why no constitution could have emerged for Europe until now. It recalls the origins of the decline of the political project for Europe and the missed opportunities to engage Europe into an universalist path at the end of the second world war. The lock-in of the European project in the planning of the perfect market appears as one of the main reasons. The absolute priority given to the market by the European Union has transformed it into a black hole at the heart of the constitution. Such black hole absorbs piece by piece all the substance that seems a priori foreign to the market and puts it at its service. Maybe, while misinterpreting it, Europe had found a way out from its crisis thanks to the philosophy of subsidiarity. Would it not be the right time to discover such a philosophy for political action?

Keywords: European political project; Constitution; Universalist path; Post-war conferences; Market; Liberation; Liberalization; Subsidiarity; Fundamental rights

A EUROPEAN UNION FOUNDED ON CAPITAL?  
THE FUNDAMENTAL NORMS ORGANISING PUBLIC POWER  
IN THE EUROPEAN UNION

Agustín José MENÉNDEZ  
*lecturer in Legal Theory and Political Philosophy  
at the Universidad Autónoma de Madrid*

**Abstract**

This chapter reconstructs the content of the key norms and practices constituting and disciplining public power in the European Union (and in particular, within the Eurozone). The central thesis made in it is that the organisation of public power in Europe is characterised by the primacy assigned to private property, entrepreneurial freedom and sound money, and by the limitation, both substantive and procedural, of democratic decision-making. The abstract and concrete weight assigned to economic freedoms, the multiplication of decision-making procedures alternative to representative decision-making, and the entrenchment of structural biases in favour of private property and entrepreneurial freedom have largely « taken the risk out of democracy » by fragmenting, enervating and pulverising public power.

Keywords : Constitutional law; Monetary policy; Sound money; Right to private property; Entrepreneurial freedom; Democratic legitimacy; Democratic deficit

**Résumé**

Cette étude reconstruit le contenu des normes et des pratiques clés qui constituent et qui disciplinent le pouvoir public dans l'Union européenne (et en particulier dans la zone euro). La thèse centrale qui y est défendue est que l'organisation du pouvoir public en Europe se caractérise par la primauté accordée à la propriété privée, à la liberté entrepreneuriale et à une monnaie saine, et par des limites à la fois substantielles et procédurales apportées au processus décisionnel démocratique. Le poids abstrait et concret attribué aux libertés économiques, la multiplication des procédures décisionnelles non représentatives et la fixation de préjugés structurels en faveur de la propriété privée et de la liberté entrepreneuriale ont largement « écarté le risque de la démocratie » à force de fragmenter et de pulvériser le pouvoir public.

Mots-clés : droit constitutionnel, politique monétaire, monnaie saine, droit à la propriété privée, liberté d'entreprise, légitimité démocratique, déficit démocratique

## ENTRE TECHNOCRATIE ET INNOVATION DÉMOCRATIQUE : LE MONTAGE CONSTITUTIONNEL DE L'UNION EUROPÉENNE\*

Christian JOERGES

*professeur émérite, titulaire de la chaire « Droit et société »  
à la Hertie School of Governance de Berlin*

### Résumé

L'espoir que la monnaie commune favoriserait la convergence économique et contraindrait l'Europe à une intégration politique plus poussée ne s'est jamais concrétisé. Suite à la crise financière, les divergences socio-économiques entre les pays membres de la zone euro se sont considérablement accrues. La politique de crise européenne a consisté à imposer la convergence par le biais de contraintes budgétaires et de mesures d'austérité. Cette étude ne se contente pas d'élever certaines objections normatives à cette politique. S'appuyant sur la sociologie économique de Karl Polanyi et sur l'examen des différentes variétés du capitalisme, elle suggère que ces efforts ont peu de chance d'atteindre leur but. La question suivante est de savoir si l'Europe serait mieux avisée de remplacer son mantra unique par des politiques tolérant la diversité et favorisant la résolution des problèmes par la coopération. Il est difficile de dire dans quelle mesure un tel retour à la devise du Traité constitutionnel de 2004 « unie dans la diversité » serait économiquement bénéfique.

Mots-clés : politique de crise, divergences socio-économiques, théorème de Böckenförde, ancrage social, variétés de capitalisme, « unie dans la diversité »

### Abstract

The expectation that the common currency would foster economic convergence and even force Europe into deeper political integration was once widespread. It never materialized. Under the impact of the financial crisis socio-economic divergence even among the members of the Eurozone deepened dramatically. European crisis politics therefore thought to impose convergence through budgetary prescriptions and austerity measures. The essay does not only raise normative objections; based on the economic sociology of Karl Polanyi and insights of the varieties of capitalism studies it submits that these efforts are bound to generate serious resistance. The follow-up query is whether Europe would be better advised to replace its one-size-fits-all mantra by policies

---

\* Traduit de l'anglais par Claire Moulin-Doos, docteure à l'Université de Cassel.

LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

tolerating diversity and fostering cooperative problem-solving. To what degree such a return to the “united in diversity” motto of the Constitutional Treaty of 2004 would be economically beneficial is unpredictable. It seems highly likely, however, that it could help to overcome the increasing aversion against the European integration project.

Keywords: Crisis politics; Socio-economic divergence; Böckenförde's theorem; Social embeddedness; Varieties of capitalism; “United in diversity”

# CRISE DE L'EURO ET DIVERGENCES ÉCONOMIQUES : LES CONSÉQUENCES DU MARCHÉ UNIQUE POUR L'UNITÉ EUROPÉENNE

David CAYLA

*maître de conférences en économie à l'université d'Angers*

## Résumé

Les causes de la crise de l'euro (2010-2013) ne font toujours pas consensus. Pour les autorités européennes, la crise serait essentiellement due à l'imperfection des institutions nationales des pays touchés. Les politiques engagées dans ces pays pour y répondre ont donc consisté à corriger ces imperfections en réformant profondément leurs institutions nationales dans une marche vers l'équilibre budgétaire et l'amélioration de la compétitivité. Dans cet article, nous soutenons à l'inverse que les origines de la crise sont à trouver dans le fonctionnement même du marché unique. En organisant l'économie européenne autour des principes d'une libre concurrence et en favorisant la circulation des facteurs de productions mobiles, le marché unique a renforcé les mécanismes d'agglomération, entraînant une polarisation industrielle au bénéfice des pays du cœur de l'Europe, avec pour conséquence l'accélération de la désindustrialisation des économies périphériques. Les politiques menées depuis 2010 dans les pays en crise n'ont de fait pas permis de corriger les déséquilibres économiques de la zone euro. Il apparaît donc que seule une remise en cause profonde des règles qui organisent le fonctionnement du marché unique européen serait susceptible d'enrayer la dynamique de divergence actuelle des économies européennes.

Mots-clés : économie européenne, marché unique, euro, réformes de la zone euro, zone monétaire optimale, crise de l'euro, crise financière, effet d'agglomération, cluster, polarisation industrielle, divergence économique

## Abstract

The real causes of the euro crisis (2010-2013) are still questioned. For the European authorities, it is mainly due to the imperfection of the national institutions of the affected countries. In response, the policies implemented in these countries were to correct these imperfections by reforming deeply their national institutions in a move towards a balanced budget and improved competitiveness. In this article, it is argued that the origins of the crisis lie in the very functioning of the Single Market. By organizing the European economy according to the principles of free competition and by promoting the circulation of mobile production factors, the Single Market has strengthened the agglomeration mechanisms, which has led to a

## LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

European industrial polarization. Although this dynamic has been beneficial for the core European countries, it accelerated the deindustrialization of peripheral economies. Moreover, the policies pursued since 2010 in the countries affected by the euro crisis have failed to correct the economic imbalances. It then appears that only a profound reconsideration of the rules that organize the functioning of the European Single Market would be likely to stop the current divergence dynamics of European economies.

Keywords : European economy; Single market; Euro; Euro zone reforms; Optimum currency area; Euro crisis; Financial crisis; Agglomeration effect; Cluster; Industrial polarization; Economic divergence

## UNE SUCCESSION DE TRAITÉS PEUT-ELLE TENIR LIEU DE CONSTITUTION ?

Julien BARROCHE

*maître de conférences en droit public à l'INALCO*

### Résumé

Si le rôle joué par la Cour de justice dans la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union est bien connu, on ne mesure peut-être pas assez combien cette constitutionnalisation jurisprudentielle a accompagné une transformation profonde de l'idée moderne de constitution. L'enjeu n'est pas tant celui la déliaison entre constitution et État que la tendance à découpler la notion de constitution de toute idée de communauté politique consciente d'elle-même. La question se pose de savoir si, dans ce mouvement, ce n'est pas le concept de constitution en tant que tel qui perd tout son sens. L'analyse du cas européen peut légitimement conduire à le penser : à endosser le seul volet libéral et individualiste du programme constitutionnaliste pour mieux en occulter la dimension collective et les exigences démocratiques, l'Union alimente une hémiplegie qui lui est tout simplement fatale. Ce sous-dimensionnement démocratique n'a d'égal que la sur-constitutionnalisation des normes économiques – avec le double effet que l'on sait : la réduction drastique du champ de la décision politique et l'érection du marché en seconde nature de la politique européenne. Où la constitution retrouve, pour ainsi dire, son sens prémoderne, à rebours de tout volontarisme : un état de fait auquel on est soumis sans en avoir conscience. Il va sans dire que réintroduire un sens fort – moderne – de la constitution supposerait d'identifier un pouvoir constituant digne de ce nom, un sujet politique capable de volonté propre.

Mots-clés : Constitutionnalisme, libéralisme, pouvoir constituant, constitutionnalisation, Cour de justice de l'Union européenne, intégration négative, marché, volonté politique

### Abstract

Although it is well known how great a role the Court of Justice has played in bringing a constitutional legitimacy to the European Union's legal framework, what is less widely noted is the degree to which this constitutionalising of the EU's body of case law has been accompanied by a profound transformation of the modern notion of constitution. The issue here is not so much the divorce of constitution from State but, rather, the tendency to decouple the notion of constitution from any concept of self-

## LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

aware political community. We can then ask whether, as a result, it might be the notion of constitution itself that loses all meaning. The European example might legitimately lead us to believe this to be the case, for in adopting only the individualistic and classically liberal dimension of the constitutional project at the expense of its collective aspect and democratic imperatives, the EU has fostered a paralysis that, quite simply, is proving fatal to it. While democratic development has atrophied, economic constitutionalism has run rampant, with the dual effect of which we are all aware, namely the drastic reduction of the breadth of political decision-making and the enthronement of the market as the essence of the European political project. The constitution thus reverts to its pre-modern meaning, divorced from all political will or initiative, a state of affairs to which one unthinkingly submits. Naturally, reclaiming the full modern sense of the constitution will require identifying a constituent power worthy of the name – a political subject, in other words, endowed with a will of its own.

Keywords: Constitutionalism; Classical liberalism; Constituent power; Constitutionalisation; European Union Court of Justice; Negative integration; Market; Political will

## LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE : UNE SIMPLE QUESTION DE « DROITS » ?

Catherine COLLIOT-THÉLÈNE  
*professeure de philosophie émérite, Université de Rennes 1*

### Résumé

Le manque de consistance de la citoyenneté européenne, l'incapacité de l'UE à figurer pour ses citoyens une véritable communauté politique, sont des constats aujourd'hui largement partagés. Les analyses à ce sujet se divisent entre deux positions antagoniques, selon le jugement porté sur la manière dont a été construite la citoyenneté européenne. Pour les uns, ce mode de construction, qui est passé essentiellement par la voie des droits individuels, rend impossible, à l'échelle européenne, la formation d'une conscience civique, qui est le propre de la citoyenneté au sens classique du terme. Pour les autres, la citoyenneté européenne inaugure au contraire une conception inédite de la citoyenneté, centrée sur l'« universel du droit », virtuellement cosmopolitique. Cet article propose de sortir de ce dilemme en revenant sur l'histoire moderne de la citoyenneté démocratique en Europe. Cette histoire détermine les attentes qui sont aujourd'hui celles des citoyens européens à l'égard d'une communauté politique. Au regard de l'Etat démocratique et social des décennies de l'après Seconde guerre mondiale, l'Union européenne souffre d'un double déficit. Un déficit démocratique, du fait de l'absence d'un espace public conflictuel permettant la confrontation de projets de société suffisamment différents pour représenter des alternatives aux yeux des citoyens-électeurs. Un déficit social ensuite, en raison de l'érosion des institutions de de l'Etat-Providence, qui compensaient dans une certaine mesure les inégalités des richesses et des pouvoirs qui résultent de l'économie capitaliste.

-----  
: Mots clés : citoyenneté, communauté politique, droits, Europe, Etat-nation, :  
: nationalisme :  
-----

### Abstract

The lack of consistency of European citizenship and the inability of the EU to represent a true political community for its citizens are realities that are now widely accepted. Analyses of this situation fall into two opposing camps, reflecting diverging judgements on how European citizenship was

## LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

constructed. For some, the mode of construction of European citizenship, which passed essentially through individual rights, makes it impossible to form, on a European scale, a civic conscience, which is the very essence of citizenship in the traditional sense of the term. For others, European citizenship, on the contrary, inaugurates a new conception of citizenship, centred on an almost cosmopolitan "universal law". This essay proposes to escape this dilemma by looking back at the modern history of democratic citizenship in Europe, which has determined what European citizens today expect from a political community. Compared with the democratic and social state of the decades after the Second World War, the European Union suffers from a double deficit: first, a democratic deficit, due to the absence of a conflictual public space allowing for the confrontation of social projects which are sufficiently different to represent alternatives in the eyes of the citizen-electors; second, a social deficit due to the erosion of the institutions of the welfare state, which to some extent compensated for the inequalities in wealth and power that result from the capitalist economy.

Keywords: Citizenship; Political community; Rights; Europe; Nation-State; Nationalism

## L'EUROPE, UNE CHANCE POUR LES CLASSES POPULAIRES ?

### UNE CHANCE POUR LA PAIX ?

### ONZE THÈSES SUR L'EUROPE

Xavier Francaire RENOÜ

*professeur honoraire en philosophie en CPGE, Lycée Henri IV*

#### Résumé

L'Europe est menacée à la fois de déchirements internes et d'impuissance sur la scène mondiale. On défend ici l'idée que la raison fondamentale de cette double situation critique est le clivage qui depuis des décennies sépare les classes populaires et les forces dominantes en Europe. Et pourtant l'Europe est depuis longtemps la seule chance qui reste à ces classes populaires pour se faire entendre et participer à la souveraineté politique face à un capitalisme mondialisé et financiarisé. Réciproquement les classes populaires sont la seule chance qui reste à l'Europe de surmonter le retour de ses vieux démons nationalistes et identitaires et de devenir une puissance de paix sur la scène mondiale. Mais pour surmonter le clivage social fondamental qui la mine, il faut remplacer le récit convenu de la belle naissance de l'Europe par sa véritable histoire, où apparaissent à la fois d'âpres luttes de classes et la lente et contradictoire émergence d'un espace de droit et de coopérations. Ainsi peuvent être dégagées les conditions et les formes d'une participation active et critique des classes populaires à une Europe de droit, dotée d'une constitution démocratique et apte à trouver la voie de son unité et de son rayonnement mondial.

Mots-clés : les crises de l'Europe, replis nationalistes et identitaires, capitalisme, luttes de classes, montée du droit, constitution démocratique, unité, puissance de paix

#### Abstract

Europe is threatened at the same time by internal ruptures and by impotence on the world stage. In this essay we defend the idea that the fundamental reason for this doubly critical situation is the cleavage which has for decades separated the working classes and the dominant forces in Europe. In fact, Europe has long been the only chance the working classes still have to be heard and to take part in the sovereign political process in the face of globalized and financialized capitalism. Reciprocally, the working classes are the only chance which is left to Europe to dispel

## LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

the shadow of its old nationalist and identitary demons and to become a force for peace on the world stage. But for Europe to overcome the fundamental social cleavage which undermines it, it is necessary to replace the conventional story of the beautiful birth of Europe with the true story of fierce class struggles and the slow and contradictory emergence of a space of law and cooperation. Only in this way might emerge the conditions and forms of an active and critical participation of the working classes in a Europe of law, with a democratic constitution capable of finding the path to internal unity and world influence.

Keywords: European crisis; Nationalist and identitarian closures;  
Capitalism; Class struggles; Law enhancement; Democratic constitution;  
Unity; Force for peace

## TABLE DES MATIÈRES

Notices biographiques .....	3
Préface	
Céline JOUIN.....	7

### PREMIÈRE PARTIE LE CONCEPT DE CONSTITUTION MATÉRIELLE ET SON APPLICATION À L'UNION EUROPÉENNE

From Structure to Integration: The Trajectory of the Material Constitution Marco GOLDONI .....	29
L'actualité de la pensée de Costantino Mortati et la constitution matérielle de l'Union européenne Giacinto BISOGNI .....	49
Le concept de Constitution matérielle est-il pertinent pour l'Union européenne ? Nicolas LEVRAT .....	61
La Cour de Justice de l'Union européenne reconnaît-elle une Constitution matérielle au sens de Mortati ? Marie ROTA.....	77
Les « matières » de la constitution européenne, un exemple de cloisonnement illusoire Mathilde UNGER.....	95

### DEUXIÈME PARTIE L'ÉCONOMIE AU CŒUR DE LA CONSTITUTION MATÉRIELLE DE L'UNION EUROPÉENNE

L'Europe ou l'impossible constitution ? Robert SALAIS .....	119
A European Union founded on capital? The fundamental norms organising public power in the European Union Agustín José MENÉNDEZ .....	147
Entre technocratie et innovation démocratique : le montage constitutionnel de l'Union européenne Christian JOERGES .....	167

LA CONSTITUTION MATÉRIELLE L'EUROPE

Crise de l'euro et divergences économiques :  
les conséquences du marché unique pour l'unité européenne  
David CAYLA ..... 183

TROISIÈME PARTIE  
CONSTITUTION MATÉRIELLE ET CITOYENNETÉ

Une succession de traités peut-elle tenir lieu de constitution ?  
Julien BARROCHE ..... 211

La citoyenneté européenne : une simple question de « droits » ?  
Catherine COLLIOT-THÉLÈNE ..... 231

L'Europe, une chance pour les classes populaires ? Une chance pour la paix ?  
Onze thèses sur l'Europe  
Xavier Francaire RENOUE ..... 253

**A**près le « non » français et néerlandais aux référendums de 2005, l'échec du traité constitutionnel a laissé l'Union européenne sans constitution formelle. Mais le régime effectif de l'Europe excède largement son cadre formel. Il se caractérise par un ensemble de glissements institutionnels inscrits et non-inscrits dans les traités et par une division des pouvoirs, dont certains ont la propriété remarquable d'être en partie seulement visibles et institutionnellement légitimés.

Comment définir les rapports entre pouvoir de fait et pouvoir légitime au sein de l'Union Européenne ? Le concept de « constitution au sens matériel » forgé par le constitutionnaliste italien Costantino Mortati en 1940 est-il pertinent pour penser l'Europe ?

Les textes des juristes, des économistes et des philosophes réunis dans ce volume proposent une généalogie du concept de constitution matérielle, une réflexion sur ses usages ainsi qu'une enquête sur l'équilibre réel des pouvoirs en Europe et en particulier sur le rapport entre droit et économie.

Ont contribué à ce volume : Julien BARROCHE, Giacinto BISOGNI, David CAYLA, Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, Marco GOLDONI, Christian JOERGES, Céline JOUIN, Nicolas LEVRAT, Agustín JOSÉ MENÉNDEZ, Xavier-Francaire RENO, Marie ROTA, Robert SALAIS, Mathilde UNGER.



ISBN 978-2-233-00913-5

36 €

**Céline JOUIN - LA CONSTITUTION MATÉRIELLE DE L'EUROPE**

Commande soit aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, soit par télécopie: + 33 (0)1.46.34.07.60 ou sur [editions-pedone@orange.fr](mailto:editions-pedone@orange.fr) - 36 € l'ouvrage - **Nous consulter pour un envoi par la poste.**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

ISBN 978-2-233-00913-5

Carte Visa

N°...../...../...../.....

Cryptogramme.....

Date de validité.....

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....