



HAL
open science

Le concept de "constitution économique": une analyse critique

Lionel Zevounou

► **To cite this version:**

Lionel Zevounou. Le concept de "constitution économique": une analyse critique. Jus Politicum : Revue de droit politique, 2018, 20-21, pp.445-482. hal-01824839

HAL Id: hal-01824839

<https://hal.science/hal-01824839v1>

Submitted on 5 Sep 2018

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.

Jus Politicum

Revue de droit politique

*La jurisprudence du Conseil constitutionnel
et les différentes branches du droit*



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

Directeurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

Directeur de la publication

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

Fondateurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

Conseil de rédaction

Manon Altwegg-Boussac (Université du Littoral),
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Cécile Guérin-Bargues (Université Paris Nanterre),
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),
Thibault Guilluy (Université Panthéon-Assas),
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),
Adam Tomkins (University of Glasgow)

Conseil scientifique

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveaux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

Secrétaire de rédaction

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

Assistant d'édition

Martin Hullebroeck (Université Panthéon-Sorbonne et Université Libre de Bruxelles)

Lionel Zevounou

Le concept de « constitution économique » Une analyse critique*

Depuis peu, l'expression « constitution économique » refait florès dans les champs académiques français et européen¹. Une thèse récente lui a

* Ce texte n'aurait pas vu le jour sans l'encouragement et les corrections patientes de plusieurs collègues et amis, qu'ils en soient remerciés. Je remercie également les relecteurs anonymes de cette revue. Les erreurs et maladroites éventuelles me sont totalement imputables.

¹ Par exemple, pour ce qui concerne la France, voir J. MARTINEZ, « Droit constitutionnel et normativité économique : de la "norme économique" au "pouvoir de l'économie" », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2017/4, n° 57, p. 129-141 ; J-B. AUBY, P. IDOUX (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; M. CARON, « Réflexion sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP*, n° 2, 2016, p. 557-595 ; M-L. DUSSART, *Constitution et économie*, vol. 144, Paris, Dalloz, 2015 ; P. DELVOLVÉ et J. PEYRELEVADE, « Sur la Constitution et l'économie », *Commentaires*, 2014/2, n° 146, p. 343-348 ; F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *RJC*, n° 6, 2014 ; C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n° 4-2011, p. 70-78 ; L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », *RIDE*, n° 4/2011, p. 543-557 ; J. DREXL, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, n° 4/2011, p. 419-454 ; J-J. SUEUR, « La Constitution économique comme constitution du droit », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Rainaud*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 397-423 ; O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne (2^e Rencontre du GIEPI 12 et 13 mai 2006)*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; H. RABAULT, « La constitution économique de la France », *RFDC*, n° 44, 2000, p. 707-745 ; J-B. AUBY, « Quelques observations sur la "Constitution économique" », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 5-7 ; P. MBONGO, « "La neutralité économique de la Constitution" à l'ère de l'intégration économique européenne et de la globalisation », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 79-81. Pour ce qui concerne l'Union européenne voir, par exemple, S. WILKS, « The Impact of Recession Competition Policy : Amending Economic Constitution ? », *International Journal of the Economics of Business*, vol. 16, n° 3, p. 269-288 ; H. HOFMAN, K. PANTAZATOU, « The Transformation of European Economic Constitution », University of Luxembourg, *Law Working Papers Series*, 10 févr. 2015.

été consacrée², ainsi que plusieurs colloques, articles, études³ ou monographies⁴. Le terme de « gouvernance économique » s'entend usuellement d'une manière plus large que celui de constitution économique. La principale différence tient à la nature des modalités d'intervention. Le droit constitue le moyen par excellence de définir les rapports économiques déterminés par la constitution économique ; la gouvernance, elle, fait du droit l'un des modes possibles d'intervention économique⁵. Cet engouement prend racine, entre autres, dans la crise de 2008 et les multiples débats sur la nouvelle gouvernance économique qu'elle a charriés en Europe⁶. Parmi eux, la question de l'encadrement juridique des compétences de la Banque Centrale européenne (ci-après BCE) au miroir de la question du « déficit démocratique » européen. Plusieurs prises de position ont été exprimées à cet égard⁷. D'aucuns ont audacieusement tenté d'identifier, sur ce point, les fondements d'un « fédéralisme économique » en marche. Autant de points de vue qui alimentent le débat sur la « constitution ou le constitutionnalisme économique⁸ ».

² M-L. DUSSART, *Constitution et économie*, préf. J-Y. CHÉROT, vol. 144, Paris, Dalloz, 2015.

³ Par exemple, E. DUBOUT, S. DE LA ROSA et F. MARTUCCI (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique : discours et réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2015 ou la livraison de la *Revue Internationale de droit économique* consacré à *La Constitution économique européenne revisitée*, n° 4, 2011 ; P. TERNEYRE, « La constitutionnalisation du droit économique », in B. MATTHIEU (dir.), *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 427-436.

⁴ J. PEYRELEVADE, *Histoire d'une névrose, la France et son économie*, Paris, Albin Michel, 2014, spéc. le chapitre intitulé : « La Constitution contre l'entreprise », p. 35-38.

⁵ Sur cette distinction, voir C. JOERGES, « The European Economic Constitution and Its Transformation Through the Financial Crisis », *ZenTra Working Papers*, in *Transnational Studies*, n° 47, 2015.

⁶ Par exemple, S. NOVAK, « Le grand retour des États ? », *Pouvoirs*, n° 2, 2014, p. 19-27 ; C. DEGRYSE, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *Courier Hebdomadaire du CRISP*, vol. 23, n° 2148 et 2149, 2012, p. 5-82 ; S. FLIZOT, « Les règles constitutionnelles de limitation de l'endettement public : l'exemple allemand », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 [<http://juspoliticum.com/article/Les-regles-constitutionnelles-de-limitation-de-l-endettement-public-l-exemple-allemand-557.html>] (consulté le 23 avril 2018).

⁷ E. DUBOUT, S. DE LA ROSA et F. MARTUCCI (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique : discours et réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2015 ; S. HENNETTE, T. PICKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017.

⁸ L'importance économique du contentieux constitutionnel a été plus en retrait de ce débat. Par là, on désigne le phénomène qui, en France, depuis l'introduction de la Question prioritaire de constitutionnalité en 2008, aboutit à l'augmentation du contentieux lié, du moins devant le Conseil constitutionnel à la matière fiscale et au droit des affaires. Une sociologie de ce contentieux, de ses acteurs et de la manière dont les enjeux économiques pénètrent de plus en plus l'office du juge constitutionnel gagnerait à être entreprise. Ce point est d'ailleurs souligné par plusieurs auteurs : J-B. AUBY, « Quelques observations sur la "Constitution économique" », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 5-7 ; F. COLLY, « La question prioritaire de constitutionnalité, la liberté d'entreprendre et la concurrence », in *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon. Institutions et libertés*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 218-219 ; voir également le numéro spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques : Constitution et sciences économiques*, *RIEJ*, 2017/1, vol. 78 et *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché*, *La Revue des droits de l'homme*, 2017/11.

Cet article tente de proposer une analyse critique du concept de constitution économique et de ses multiples usages⁹. Son évocation suscite en effet plusieurs approches qu'il importe de démêler afin de clarifier un débat généralement confus tant chez les économistes que chez les juristes. D'un point de vue analytique, il convient de ranger le terme de « constitution économique » dans la catégorie des concepts propres au métalangage juridique¹⁰. Il est tout à fait possible d'aller au-delà, en proposant une analyse des conséquences de l'utilisation du concept dans d'autres discours : celui de l'élaboration des politiques publiques européennes qui se sont transformées après la crise de 2008 par exemple¹¹. On pourrait encore interroger la performativité des différentes constructions doctrinales qui se réfèrent, de près ou de loin, aux concepts de constitution économique. Si tel n'est pas la perspective retenue ici, il convient de souligner l'importance du concept dans la manière d'appréhender, d'un point de vue systémique, le droit économique européen¹².

L'analyse de la « constitution économique » a été investie par au moins deux types d'approches. La première s'inspire de l'analyse économique du droit dans sa version néoclassique¹³. Il s'agit, dans cette optique, d'examiner l'efficacité de la constitution – entendue comme l'ensemble des énoncés et des normes qui touchent à l'organisation du pouvoir –, c'est-à-dire de rechercher la meilleure manière d'organiser la constitution en vue de rendre « efficace » le fonctionnement du marché. La seconde démarche s'enracine dans la tradition sociologique au sens large. Cette

⁹ Au sens où l'entend communément la science du droit dans sa version réaliste.

¹⁰ M. TROPER, « Les concepts juridiques dans l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 255-268.

¹¹ Voir, par exemple, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et à la Banque Centrale européenne relative aux mesures à prendre pour compléter l'Union économique et monétaire », Bruxelles, 21 octobre 2015, COM (2015) 600 Final ; sur la manière dont la nouvelle gouvernance économique a transformé l'administration européenne, voir D. GEORGAKAKIS, *European Civil Service in (Times of) Crisis. A Political Sociology of the Changing Power of Eurocrats*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2017.

¹² F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015. S'agissant des libertés de circulation, voir T. KINGREEN, « Fundamental Freedoms », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European constitutional law*, 2^e éd., Oxford, München, Hart, Beck, 2009, p. 515-549 ; A. TRYFONIDOU, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2016.

¹³ R. EPSTEIN (dir.), *Economics of Constitutional Law (vol. 1 & 2)*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2009 ; R. POSNER, « The Constitution as an Economic document », *George Washington Law Review*, vol. 56, 1987, p. 4-38 ; J.M. BUCHANAN, « The Constitution of Economic Policy », *The American Economic Review*, vol. 77, 1987, p. 243-250 ; J.M. BUCHANAN et G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962. Pour une analyse en langue française de ces courants, voir R. LANNEAU, « L'analyse économique du droit constitutionnel », *RIEJ*, vol. 78, 2017/1, p. 67-97 ; sur l'influence de ces différents courants économiques au sein de la politique monétaire, on renvoie en langue française au récent article de M. CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP*, n° 2, 2016, p. 557-595.

dernière englobe autant le courant dit « institutionnaliste¹⁴ », la sociologie wébérienne que le marxisme¹⁵. Prenant le marché comme un fait social, chacun de ces trois courants de l'approche sociologique analyse la genèse institutionnelle, la rationalité située des acteurs du processus marchand, voire les rapports de forces qu'ils entretiennent. Qu'elles se réclament de la sociologie ou de l'économie du droit, ces approches parviennent à la démonstration selon laquelle le marché ne peut se développer sans un minimum d'institutions et de concepts juridiques¹⁶. Une telle observation ne signifie nullement que le concept soit étranger au discours des juristes comme on propose de le montrer dans cette étude.

L'expression de « constitution économique » apparaît fin XIX^e, début XX^e dans la doctrine allemande. L'apparition de son usage est concomitante de l'adoption de la constitution de Weimar, et de l'émergence de l'économie et la sociologie. Par la suite, le concept trouve à s'épanouir dans le discours de la doctrine de l'Union européenne. Deux éléments expliquent cet épanouissement : l'importance de l'intégration économique d'une part et la montée en puissance du constitutionnalisme supranational d'autre part.

Aussi certains juristes ont-ils développé une approche historicisée, évolutive et multidimensionnelle du constitutionnalisme économique et européen¹⁷. Kaarlo Tuori, par exemple, propose une définition de la « constitution économique » comme processus – parmi d'autres possibles – d'interaction entre la constitution (comprise en un sens matériel)¹⁸ et un certain nombre de concepts ou doctrines

¹⁴ G. HODGSON, *Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future*, Chicago, The University of Chicago Press, 2015 ; C. BESSY, « De l'institutionnalisme américain au conventionnalisme », in I. SAINSAULIEU (dir.), *Par-delà l'économisme. La querelle du primat en sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 161-176 ; L. BAZZOLI, *L'économie politique de J. R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, 1999.

¹⁵ Voir par exemple S. GILL, « New Constitutionalism, Democratisation and Global Political Economy », in R. WILKINSON (dir.), *The Global Governance Reader*, London, Routledge, 2005, p. 174-186.

¹⁶ Voir par exemple N. FLIGSTEIN, *The Architecture of Markets: An Economic Sociology of Capitalist Societies*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 3-64 ; L. FONTAINE, *Le marché. Histoire et usages d'une conquête sociale*, Paris, Gallimard, 2014.

¹⁷ K. TUORI, « La Constitution économique parmi les constitutions européennes », *RIDE*, 4/2011, p. 559-599.

¹⁸ Le terme « matériel » peut prêter à confusion : dans le langage de la théorie constitutionnelle, elle renvoie en effet aux normes non contenues nécessairement dans un document écrit qui réfèrent à la forme de l'État. Lorsqu'il est employé par les spécialistes de droit de l'Union européenne, le terme de « constitution matérielle » renvoie davantage aux dispositions du traité ou droit primaire, assimilées à une charte constitutionnelle.

économiques¹⁹. D'autres, comme T. Dainith, remettent au goût du jour la distinction entre *imperium* et *dominium*²⁰ afin de rendre compte des différents dispositifs juridiques d'intervention – contraignants ou non – utilisés par l'État dans le domaine de la politique économique²¹. La notion de Constitution économique apparaît en France sous la plume de Léontin-Jean Constantinesco²². « La Constitution économique de la République Fédérale d'Allemagne », publié dans une livraison de la *Revue économique* en 1960, constitue l'un des premiers écrits traduits en langue française sur la question. Longtemps isolée dans le champ académique français²³, la thématique de ce travail a été supplantée par celle de la « neutralité économique » de la constitution²⁴.

L'emploi relativement récent de la locution « constitution économique » dans la doctrine française suscite un certain nombre d'interrogations critiques : à quoi la doctrine allemande et européenne renvoient-elles lorsqu'elles parlent de « constitution économique » ? Aux énoncés ou normes juridiques considérés comme ayant une portée « économique » au sens d'efficience des décisions publiques, assurément²⁵. Plus largement encore, aux normes ou énoncés qui touchent de près ou de loin des questions économiques ; mais, peut-être plus précisément encore, à la possibilité d'introduire un discours à la fois descriptif et prescriptif sur la signification de ces normes économiques. En ce sens, l'expression « constitution économique » ne se résume pas à l'identification formelle de normes « économiques » fondamentales : elle s'entend aussi comme la « constitution » – au sens

¹⁹ Le point de vue de Tuori s'inscrit dans la tradition de la doctrine allemande, en particulier celle de Savigny. Selon cette perspective, la constitution européenne en général et la constitution économique en particulier se pensent comme un ensemble à la fois d'énoncés et de normes évolutives : K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 3-12 ; *id.*, « The Many Constitutions of Europe », in K. TUORI, S. SANKARI (dir.), *The Many Constitutions of Europe*, Aldershot, Ashgate, 2010, p. 3-30 ; *id.*, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes. », *RIDE*, 2011/4, p. 559-599.

²⁰ T. DAINITH, « Legal Analysis of Economic Policy », *Journal of Law and Society*, 1982, vol. 9, p. 191-224.

²¹ T. PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 1-7. Le terme « *imperium* » s'entend, pour Dainith comme un terme générique renvoyant aux dispositifs nécessitant un pouvoir de contrainte ; le terme « *dominium* » désigne des dispositifs fondés sur l'influence.

²² L-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la RFA », *La Revue économique*, vol. 11, n° 2, 1960, p. 266-290 ; L-J. Constantinesco, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 244-281.

²³ Pour une exception, voir H. RABAULT, « La constitution économique de la France », *RFDC*, n° 44, 2000, p. 707-745.

²⁴ Sans entrer dans ce débat, on renverra à R. LANNEAU, « L'analyse économique du droit constitutionnel », art. cité, p. 67-97 ; J-Y. CHÉROT, « Constitution et économie », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, Dalloz, 2012, p. 546-548 ; G. DRAGO et M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2013 ; B. GOLDMAN, « La liberté du commerce dans les pays développés », in G. FARJAT, B. REMICHE (dir.), *Libertés et droit économique*, Bruxelles, De Boeck, 1992, p. 87-110.

²⁵ Cette affirmation mérite d'être nuancée cependant. Au sein de la doctrine allemande, les ordolibéraux ne partagent pas l'idée que la norme doit nécessairement poursuivre un objectif d'efficience.

du verbe constituer – d'un système économique déterminé²⁶. La constitution économique ouvre, ce faisant, la voie à une lecture « économique » de dispositions juridiques, qu'elles émanent du droit national ou du droit primaire. Cette grille de lecture constitue bien souvent le prétexte pour proposer ou maintenir des adaptations normatives par référence à un ou plusieurs choix de politiques économiques²⁷. Dès lors, est-on encore sur un terrain « économique », si tant est que ce terrain-là se soit véritablement distancié du politique ? Le discours sur la « constitution économique » n'est-il pas alors une autre manière de parler d'économie politique dans ce qu'elle a de plus normatif, en ce qu'elle implique des jugements d'ordre axiologique ? Cette proposition générale mérite d'être affinée. S'en tenir à l'idée que les discours sur la « constitution économique » supposent l'énonciation de jugements de valeur doctrinaux ne peut suffire. Il faut encore pouvoir aller au-delà d'une simple déconstruction, souvent soupçonnée de ne pas prendre au sérieux les valeurs²⁸, en proposant une analyse compréhensive des discours qui prennent pour objet la « constitution économique ». Ce travail sur l'usage du concept de constitution économique complète à ce titre le programme de recherche développé depuis plusieurs années par la sociologie économique sur la *performation de l'activité économique*²⁹. L'étude prend par ailleurs au sérieux les travaux menés depuis bientôt vingt ans sur l'exercice spécifique du pouvoir dans l'Union européenne (*polity*)³⁰. Elle part de l'idée que l'institutionnalisation de ce pouvoir s'est réalisée

²⁶ F. MARTUCCI, « Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », in F. MARTUCCI, C. MONGOUACHON (dir.), *La Constitution économique. En hommage au professeur Guy Carcassonne*, Paris, La Mémoire du droit, 2015, p. 27-53.

²⁷ Pour un exemple, nous renvoyons à l'ouvrage de J-P. Fitoussi : J-P. FITOUSSI, *La règle et le choix. De la souveraineté économique en Europe*, Paris, Seuil, 2002, en particulier le chapitre 1 ; J. DREXL, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, t. XXV/4, 2011, p. 419-454.

²⁸ Sur cette question, voir N. HEINICH, *Des valeurs. Une approche sociologique*, Paris, Gallimard/NRF, 2017, p. 349-390. Pour ce qui concerne l'Union européenne, un travail d'ampleur a été entrepris par Christian Joerges sur la continuité entre la manière d'appréhender un certain nombre de concepts, dont celui de constitution économique, et l'héritage de Weimar : C. JOERGES, N. SING GHALEIGH, *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford, Hart Publishing, 2003. S'agissant du droit économique, voir en particulier C. JOERGES, « Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of Integration Project », in C. JOERGES, N. SING GHALEIGH, *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, op. cit., p. 167-191.

²⁹ Pour un exposé général de ce type d'approche, voir P. STEINER, *La sociologie économique*, Paris, La découverte, 2011, p. 105-108. On prendra toutefois soin de se distancier de l'approche de Callon dans sa volonté d'hyper-constructivisme, ou, pour le dire encore autrement, dans le manque de nuance qui aboutit à dire que l'économie façonne le monde social. Si l'économie et les économistes façonnent le monde social, il faut bien garder à l'esprit que la performativité du langage et des modèles économiques ne sont pas systématiques. C'est bien pour éviter ces critiques que Callon emploie le terme de « performation ». Pour une discussion critique des thèses de Callon, voir N. BRISSET, « Comment (et pourquoi) repenser la performativité des énoncés théoriques ? », *L'Homme et la société*, n° 197, 2015/3, p. 31-63.

³⁰ Voir par exemple A. COHEN et A. VAUCHEZ (coord.), « Les juristes et l'ordre politique européen », *Critique Internationale*, n° 26, 2005/1 ; A. VAUCHEZ, « Droit et politique », in C. BELOT, P. MAGNETTE et S. SARUGGER (dir.), *Science Politique de l'Union européenne*, Paris, Economica, 2008, p. 53-80.

à rebours du modèle traditionnel des États-nations et s'opère de manière « hétéronome³¹ ». Le brouillage entre le public et le privé supplante celui de la séparation courante qui s'observe dans la sphère étatique contemporaine. Un phénomène majeur résulte de ce brouillage, celui du ré-encastrement « de l'État et de la puissance publique au sein des structures économiques³² ». La pertinence de l'étude du concept de constitution économique s'explique aussi de ce point de vue, en ce qu'elle remet en cause l'autonomie réciproque des sphères politique et économique. Sauvegarde des principes constitutionnels de l'Union et garantie des principes issus du marché unique sont ainsi réunies dans la représentation que véhicule l'emploi contemporain du concept de constitution économique.

Concept né au croisement des disciplines juridiques et économiques, son usage a connu diverses fortunes, qui ne sont pas toujours liées au néolibéralisme et à l'Union européenne³³. Tout porte à croire, si l'on en juge par l'actualité, que le concept de « gouvernance économique » supplante progressivement celui de constitution économique. L'usage contemporain de ces deux locutions dans la doctrine révèle un antagonisme grandissant entre ceux qui mobilisent le concept de « constitution économique » et ceux qui se réclament désormais de la « nouvelle gouvernance économique européenne ». Convoquer la « constitution économique » suppose d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'État ou de l'Union en matière économique à l'aune des traités et des normes qui découlent de leur interprétation. Se réclamer de la « gouvernance économique » suppose au contraire l'abandon partiel de l'idée selon laquelle les traités devraient constituer la source exclusive de l'encadrement du pouvoir discrétionnaire des États ou de l'Union en matière économique ; d'autres dispositifs jugés plus « souples » nécessitent en parallèle d'être adoptés (droit souple, traités internationaux complémentaires). Bien que sommaire, cette distinction permet de prendre la mesure des enjeux démocratiques liés à ces débats : la mise en œuvre de politiques économiques nationales et européennes de plus en plus déphasées au regard des différents choix démocratiques exprimés par les peuples européens. Les discours juridiques contemporains sur la « constitution économique » apportent bien souvent une justification au dispositif technocratique plus large propre à l'Union européenne. Si l'affirmation n'a rien d'original, elle présente le mérite d'éclairer la part du discours des juristes dans la mise en œuvre de cette gouvernance technocratique alliant discours juridiques et économiques. Ce

³¹ G. SACRISTE, « L'Europe est-elle un État comme les autres ? Retour sur la distinction public/privé au sein de la Commission juridique du Parlement européen des années 1960 », *Cultures & Conflits*, n^{os} 85-86, 2012, p. 36-37.

³² *Ibid.*, p. 47.

³³ Le lien entre constitution économique et néolibéralisme a largement été sur-interprété dans le champ des sciences sociales : E. MOLLET, « Le projet de constitution européenne à la lumière de Foucault », *Labyrinthe*, n^o 22/3, p. 111-117 ; P. DARDOT et C. LAVAL, « La nature du néolibéralisme : un enjeu politique et théorique pour la gauche », *Mouvements*, vol. 50, n^o 2, 2007, p. 108-117.

dispositif combine, dans le contexte de l'Union européenne, une rationalité calculatoire³⁴ et une rationalité juridique³⁵. Pour le dire autrement, la « constitution économique » s'entend comme un « jeu de langage » conventionnel³⁶ propre à la légitimation d'une certaine idée du pouvoir juridico-économique dans l'Union. Monopolisée par une communauté d'experts³⁷ (juristes principalement), l'expression « constitution économique » ambitionne de définir les *valeurs fondamentales* d'un processus politique qui se construit depuis plusieurs années déjà autour du paradigme du marché³⁸. Le cœur de notre propos vise à interroger ce relatif consensus épistémique dans la doctrine de l'Union européenne, consensus qui semble aujourd'hui en voie de désintégration, comme l'illustrent les affaires *Pringle* et *Gauweiler* sur la légitimité de l'intervention de la BCE dans les économies de la zone euro. Ironiquement, alors que, sous Weimar, la référence à la constitution économique a principalement servi à politiser les débats sur l'orientation économique de la constitution, c'est l'exact contraire qui s'est produit avec le traité de Rome³⁹. La politisation a fait place à un contexte technocratique où certains juristes européens ont mis leur savoir au service d'une sanctuarisation des principes économiques fondamentaux garantis par le traité. L'aboutissement de ce travail dogmatique a posé les bases d'une limitation progressive de l'intervention discrétionnaire de l'Union ou des États dans l'économie européenne⁴⁰.

³⁴ Sur la rationalité calculatoire, voir F. VATIN, « L'esprit d'ingénieur : pensée calculatoire et éthique économique », *RFSE*, 1/2008, p. 131-152.

³⁵ Nous sommes conscients de la difficulté d'identifier la rationalité juridique. On admettra provisoirement qu'elle s'entend de la manière dont les acteurs orientent leurs actions selon les règles. Sur cette question et ses difficultés : E. SERVERIN, « Agir selon les règles dans la sociologie de Max Weber », in E. SERVERIN et A. BERTHOUD (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 209-235 ; P. BRUNET, « Le raisonnement juridique dans tous ses états », *Droit et Société*, 1/2013, vol. 83, p. 193-202.

³⁶ Autrement dit, une croyance partagée au sens où l'explore Nicolas Brisset : « Comment (et pourquoi) repenser la performativité des énoncés théoriques ? », *L'Homme et la société*, 2015/3, n° 197, *op. cit.*, p. 47-63. Ce qui ne veut pas dire bien sûr que cette croyance soit nécessairement unanime.

³⁷ A. COHEN, Y. DEZALAY et D. MARCHETTI, « Esprit d'État, entrepreneurs d'Europe », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 166-167, 2007, p. 5-13.

³⁸ N. FLIGSTEIN, *The Architecture of Markets: An Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Society*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 27-59.

³⁹ G. MAJONE, « The Regulatory state and its Legitimacy Problems », *West European Politics*, vol. 22/1, 1999, p. 1-24.

⁴⁰ Un indice allant dans le sens de cette affirmation se trouve dans le processus ayant conduit à l'adoption du livre blanc de la Commission européenne sur la « gouvernance » durant les années 2000. Dans leur contribution, M. EVERSON et G. MAJONE affirment clairement : « La principale raison pour laquelle toutes les démocraties arrivées à maturité choisissent de déléguer des pouvoirs à des institutions non majoritaires, comme les banques centrales indépendantes et les agences de réglementation, réside dans la nécessité de préserver la continuité de l'action publique face aux préférences changeantes de majorités parlementaires variables. À son tour, cette continuité est considérée comme une condition nécessaire à la crédibilité de l'action publique. De même, le besoin de préserver la crédibilité du processus d'intégration, en dépit de la politisation croissante de la Commission, constitue l'argument le plus fort en faveur d'un recours accru à des institutions non majoritaires pour l'élaboration des politiques au niveau communautaire. Pour toutes ces raisons, la question n'est plus de savoir si l'on a besoin d'agences européennes, mais comment il faut les concevoir pour qu'elles soient responsabilisées et que leurs

Ce point de vue critique que nous proposons permet d'expliquer le regain d'intérêt doctrinal observé ces dernières années en Europe dans l'emploi de l'expression « constitution économique ». Les causes de ce regain s'inscrivent dans une tendance commune : celle de la montée en puissance, depuis plusieurs années, de l'intérêt « économique » apporté à la constitution dans le but de *lier l'État*. L'introduction de la notion de « constitution économique » en droit français ne relève en ce sens pas du hasard. Cette étude tente de nuancer l'idée qu'il existerait une signification univoque de la constitution économique, voire un courant particulier dont elle serait tributaire : l'ordolibéralisme en l'occurrence. Se déprendre d'une telle représentation suppose de se concentrer sur l'ébauche des multiples usages du concept, encore trop méconnus en France, dans la doctrine allemande (I). Ce faisant, on mettra en relief les débats – et donc les nouveaux usages du concept – qui ont aujourd'hui cours dans le champ européen, avant d'interroger l'hypothèse conclusive d'une fragmentation, au sein de certaines élites européennes, du consensus autour des valeurs de la notion de « constitution économique » (II).

I. L'APPARITION DE L'EXPRESSION « CONSTITUTION ÉCONOMIQUE » SOUS WEIMAR

Contrairement à une idée répandue, la locution de « constitution économique » est d'abord mobilisée par des juristes de gauche à l'époque de Weimar, ainsi que le montre la conception qu'en défend Sinzheimer lors des débats relatifs à l'adoption du titre V de la Constitution. Cet usage n'est pas isolé : il est contemporain d'une tradition méthodologique issue de la querelle des méthodes et qui trouve à s'épanouir grâce aux thèses de Stammler. Cette tradition considère l'économie comme un phénomène social, qui doit être appréhendé et maîtrisé par le droit (A). Héritiers de cette filiation, ceux que l'on nomme les ordolibéraux s'en emparent à partir de l'entre-deux-guerres (B). La fin de la Seconde Guerre mondiale popularise leurs idées doctrinales, notamment l'analogie entre, d'une part, l'impossibilité de déroger aux normes fondamentales de la constitution et, d'autre part, la nécessité de se conformer aux faits économiques censés guider la politique de la nation. En dépit d'une jurisprudence contraire de la Cour fédérale, cette idée qu'il existerait des normes économiques fondamentales reposant sur un choix politique identifiable trouve un terrain d'acculturation dans le champ doctrinal européen (C).

A. Racines socialistes de la constitution économique dans la doctrine des juristes contemporains de Weimar

Il est impossible dans le cadre de cette étude de retracer avec exhaustivité la généalogie du concept de constitution économique. On voudrait simplement présenter un aperçu des significations possibles attribuées au concept par la doctrine allemande. En effet, tout porte à croire lorsqu'on se place du point de vue de la

responsabilités sectorielles puissent être coordonnées avec des préoccupations horizontales plus vastes » (O. DE SCHUTTER, N. LEBESSIS et J. PATERSON (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001, p. 139-140).

doctrine française que le concept en France a été mécaniquement associée à la pensée ordolibérale⁴¹. Böhm en particulier et les ordolibéraux en général n'ont jamais revendiqué la paternité de l'expression, déjà utilisée sous Weimar par des auteurs socialistes, comme Hugo Sinzheimer⁴². En effet, le concept de « constitution économique » tel qu'employé par Sinzheimer, renvoie à un projet social-démocrate plus vaste, visant à limiter le pouvoir du capital par la contrainte du droit⁴³. Mieux : ce projet, dans le sillage de celui de Weimar, tente de répondre à la critique marxiste selon laquelle le droit ne serait, en définitive, que le reflet des rapports de domination en lesquels consistent l'économie et les rapports de production. L'idée de « constitution économique » prônée par Sinzheimer est liée à la manière de penser juridiquement la social-démocratie sous Weimar. Il s'agit, autrement dit, d'un régime constitutionnel qui, tout en garantissant la propriété, le contrat et la liberté d'entreprendre, consacre aussi l'effectivité des droits sociaux, en particulier ceux du travailleur⁴⁴. Durant l'année 1919, Sinzheimer est membre du comité des droits fondamentaux qui présente les articles relatifs à la « vie économique ». Devant l'Assemblée constituante, il est le rapporteur de la section V du titre II de la constitution qui porte sur la vie économique⁴⁵.

Selon Sinzheimer, les normes censées garantir la représentativité des travailleurs au sein des entreprises font partie d'une « constitution économique » plus large que la constitution juridique⁴⁶. Telle que la conçoit ce dernier, la « constitution économique » prend racine dans la tradition juridique coopérative et dans la

⁴¹ Les ordolibéraux proposent de refonder le libéralisme classique sur des bases morales. De nombreux travaux de juristes ont remis au goût du jour leurs travaux. En langue française, voir C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : contexte historique, contenu dogmatique », *Concurrentes*, n° 4, 2011, p. 70-78 ; F. MARTUCCI et C. MONGOUACHON, *La Constitution économique*, Paris, La Mémoire du droit, 2015 ; H. RABAULT (dir.), *L'ordolibéralisme : aux origines de l'École de Fribourg-En-Brisau*, Paris, L'Harmattan, 2016 ; P. COMMUN, *Les ordolibéraux : histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Paris, Les Belles lettres, 2016.

⁴² Hugo Sinzheimer (1875-1945) est un juriste influent qui participe à la rédaction de la Constitution de Weimar entre 1919 et 1920. Il est l'un des pères fondateurs du droit du travail allemand. Dans la même période, et après avoir échoué à être ministre du Travail, il enseigne la sociologie du droit et le droit du travail à l'université de Francfort jusqu'en 1933, date à laquelle il est déchu de sa chaire en raison de ses origines juives. Il continue pourtant d'enseigner le droit du travail aux Pays-Bas dans les universités d'Amsterdam et de Leiden. La sociologie de Sinzheimer a été vulgarisée par Gurvitch : G. GURVITCH, *Sociology of Law*, London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1947. Elle est influencée par des auteurs comme Hans Walter Goldschmidt : H. GOLDSCHMIDT, *Das Neue zeitalter der Organisationswirtschaft*, Berlin, C. Heymann, 1931.

⁴³ K.W. NÖRR, « Economic Constitution: on the Roots of a Legal Concept », *Journal of Law and Religion*, vol. 11, 1994/1995, p. 343-354.

⁴⁴ C.M. HERRERA (dir.), *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française. Réception, métamorphoses, actualité*, Paris, Kimé, 2011, p. 29-52.

⁴⁵ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Classiques Garnier, 2015, p. 274.

⁴⁶ Pour un éclairage sur cette manière d'appréhender la constitution, on renvoie à R. DUKES, *The Labour Constitution: the Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014 ; R. DUKES, « Hugo Sinzheimer and the Constitutional function of Labour Law », in G. DAVIDOV et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 57-67.

sociologie juridique⁴⁷. La « constitution économique » a pour but de « démocratiser l'économie » en instaurant dans tous les secteurs de la vie économique une représentation paritaire entre travailleurs et propriétaires des moyens de production⁴⁸. Sinzheimer partage avec le mouvement du droit libre⁴⁹ l'idée selon laquelle la création du droit passe à la fois par le juge et par des processus non étatiques, qui, s'agissant des normes économiques, sont collaboratifs⁵⁰. La coopération entre travailleurs et propriétaires des moyens de production ne se conçoit qu'à la lumière de cet arrière-plan ; elle se fonde, à ce titre, sur les travaux de la sociologie naissante menés dans le sillage de Max Weber⁵¹. Sinzheimer perçoit en ce sens le droit du travail comme un outil qui permettrait de « démocratiser l'économie » : le droit est conçu comme outil pour rééquilibrer les rapports de force entre les propriétaires des moyens de production et les travailleurs. Puisque, dans une démocratie, le pouvoir appartient aux représentants de la Nation, Sinzheimer estime qu'il devrait en être de même dans le domaine économique : chacun devrait être reconnu comme participant, par son activité, à la création d'un bien-être commun⁵². Dans l'esprit de Sinzheimer, la « constitution économique » prend pour référence le système d'économie organisée mis en place durant les débats de l'Assemblée constituante par la création officielle d'un cartel dans le domaine stratégique de l'industrie du charbon⁵³. Ce système de cartel imposé est pensé pour ne pas être juridiquement assimilé à une nationalisation. Organisé de manière pyramidale (Article 165 de la Constitution de Weimar), allant du local au national, il rassemble de manière paritaire les représentants des travailleurs et les propriétaires des moyens de production ; les deux parties doivent librement définir les principales orientations normatives et économiques du secteur. Ainsi, lorsqu'il défend l'introduction de la Sec-

⁴⁷ U. ZACHERT, « Hugo Sinzheimer : juriste praticien et pionnier du droit moderne. Autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale », in C.M. HERRERA (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Kimé, 2002, p. 48-67 ; M. COUTU, « La naissance du contrat de travail comme concept juridique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar », *Canadian Journal of Law and Society / Revue canadienne de droit et société*, vol. 24, n° 2, 2009, p. 159-179 ; N. Le BOUËDEC, « Vers une pensée critique du droit ? Critique de l'individualisme libéral et théorie du droit social chez les juristes sociaux-démocrates weimariens », in H. BENTOUHAMI, N. GRANGÉ *e. a.*, *Le souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens & Tonka, 2010, p. 29-42.

⁴⁸ En parallèle du droit étatique, doit exister un droit autonome des organisations paritaires : U. ZACHERT, « Hugo Sinzheimer : juriste praticien et pionnier du droit moderne. Autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale », art. cité, p. 60-61.

⁴⁹ Sur le mouvement du droit libre, voir J-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes*, *op. cit.*, p. 247-259.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 247-259. Pour une description détaillée de ce système incarné dans l'institution de « conseils », voir la thèse de René Brunet traduite en anglais : R. BRUNET, *The New German Constitution*, trad. J. Collomb, New York, Alfred A. Knopf, 1922, p. 235-245.

⁵¹ M. COUTU, « La naissance du contrat de travail comme concept juridique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar », *op. cit.*, p. 173-178.

⁵² R. DUKES, « Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law », in G. DAVIDOV et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, *op. cit.*, p. 57-67.

⁵³ K.W. NÖRR, « On the Concept of "Economic Constitution" and the Importance of Franz Böhm from the Viewpoint of Legal History », art. cité, p. 347-349.

tion V du Titre II sur l'organisation de la vie économique devant l'Assemblée constituante, Sinzheimer peut-il affirmer que les articles 156 §2 et 165 « constituent le cœur de la constitution économique » consacrée dans cette section.

Le projet de Sinzheimer s'inscrit donc, à l'évidence, dans la perspective de rendre effectifs les droits économiques et sociaux consacrés par la Constitution de Weimar⁵⁴. Les contemporains de Sinzheimer en France se garderont bien de reprendre les idées développées dans la Section V du Titre II de la Constitution allemande consacrée à la vie économique. Gidel⁵⁵, dans son cours de doctorat de droit constitutionnel comparé, oppose cette nouvelle tendance qui rattache l'étude de la Constitution à des préoccupations économiques et sociales aux Constitutions plus traditionnelles qui s'en tiennent à la garantie de droits individuels⁵⁶. De « constitution économique » ou des débats qui lui sont relatifs au sein de la doctrine allemande, il n'est point question dans le cours proposé par Gidel. Ce n'est donc à proprement parler pas sous l'angle de la « constitution économique » qu'est abordée dans la doctrine française l'analyse de la Section V de la Constitution de Weimar⁵⁷.

L'usage du concept est aussi familier des économistes. Achille Loria⁵⁸, économiste italien, emploie dès la fin du XIX^e siècle le terme de « constitution écono-

⁵⁴ S'il ne s'est pas posé dans les mêmes termes, un débat similaire anime la doctrine française à la fin de la Seconde Guerre mondiale s'agissant du Préambule de 1946 : J. RIVERO, G. VEDEL, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Paris, LGDJ, 1947.

⁵⁵ Gilbert Gidel (1880-1958), professeur aux facultés de Montpellier, Grenoble et Rennes, il revient à la faculté de droit de Paris pour remplacer E. Chavegrin à la chaire de droit constitutionnel, avant de prendre la place du professeur Albert de La Pradelle en droit international. Il est nommé recteur de l'université de Paris durant l'Occupation.

⁵⁶ G. GIDEL, *Droit constitutionnel comparé. Les déclarations de droits*, Paris, 1934-1935, « Les cours de droit. Répétitions écrites et orales sur le droit constitutionnel comparé », p. 288-303 ; G. GIDEL, *Droit constitutionnel comparé. Le régime représentatif (cours de doctorat)*, Paris, 1938-1939, « Les cours de droit. Répétitions écrites et orales. Préparation à l'examen écrit », p. 11-15.

⁵⁷ Tradition que l'on peut identifier en France à travers l'œuvre d'Emmanuel Levy : C.M. HERRERA, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Levy », *Droit et Société*, 2004/1-2, n^{os} 56-57, p. 111-128. On retrouve aussi cette même préoccupation dans le mouvement critique du droit dans son versant droit économique : A. JEAMMAUD, M. JEANTIN, J. PAGES et A. PIROVANO, *Droit des faillites et restructuration du capital*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1982 ; A. JEAMMAUD, A. ROUDIL, G. LYON-CAEN *e. a.*, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980 ; voir aussi A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique (Canada, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grande-Bretagne, Italie, Mexique, Pérou, République Fédérale d'Allemagne) : essai comparatif*, Paris, Actes Sud, 1986.

⁵⁸ A. Loria (1857-1943) est un économiste et sociologue italien. Professeur ordinaire nommé aux universités de Sienne, Padoue puis Turin, il rédige une thèse en droit sur les fondements juridiques et historiques de la propriété. Une constante dans sa pensée issue de ce travail sera de rejeter l'idée de propriété en tant qu'essence au profit d'une approche qui analyse le concept de « propriété » comme le produit des contingences historiques et économiques. En 1877, Loria se spécialise dans l'étude de la science économique naissante. Il se rend à Berlin et, auprès de Wagner, s'initie à la méthode développée par l'école historique allemande. Il se rend ensuite à Londres avant de retourner en Italie influencé par la pensée marxiste dont il rejette pourtant le matérialisme historique. Il investit la scène politique lorsque l'Italie est confrontée comme d'autres pays en Europe au problème de la réforme sociale (*Riforma Sociale*). Sénateur en 1919, il se retire de la vie politique et universitaire en 1934. *Les bases économiques de la constitution*

mique » en un sens inspiré des théories marxistes. La domination du système capitaliste, explique-t-il, perdure par le biais *d'institutions connectives* : « la morale, le droit et la constitution politique⁵⁹ ». À côté des travaux de Loria, on trouve un certain nombre d'économistes proches de l'école historique allemande. Ernst Wagemann emploie par exemple l'expression « constitution économique » pour rendre compte du fonctionnement d'un système économique donné, celui du Chili en l'occurrence⁶⁰.

L'introduction de droits économiques et sociaux sous Weimar prêterait cependant le flanc à des interprétations contradictoires⁶¹. Elle favorise, à l'instar de ce qu'il en est pour Sinzheimer, le recours au concept de « constitution économique » par les juristes universitaires. En l'absence d'un interprète authentique prévu par la constitution, la doctrine propose des interprétations concurrentes de l'orientation économique de la constitution. Les uns dans un sens libéral⁶², les autres dans une direction socialiste⁶³. D'autres enfin, ont proposé la thèse d'une neutralisation des droits sociaux par les droits de nature libérale dans le cadre d'un gouvernement national-socialiste⁶⁴.

L'usage du terme « constitution économique » peut, par conséquent, se réclamer de deux filiations. La première coïncide avec l'affirmation, au début du XX^e siècle, de la sociologie et de l'économie comme disciplines ; la seconde filiation est le fait de juristes qui s'en emparent sous Weimar⁶⁵. Entre ces deux filiations, des porosités disciplinaires autant que des passerelles méthodologiques existent. Pour en saisir le nœud, il convient de dire quelques mots de la pensée de Rudolf Stammler.

Le phénomène d'industrialisation qui s'étend de 1850 à 1920⁶⁶ se traduit dans le champ académique par la naissance d'une discipline, le « droit économique », dont le droit du travail et le droit commercial constituent les branches principales.

sociale, traduit en français en 1893 et publié dans sa version originale italienne en 1896, constitue son ouvrage le plus populaire. De par sa formation de juriste, Loria a aussi écrit, en 1893, un article fondateur au *Giornale degli Economisti* sur les fondements économiques du droit (« Le basi economiche del diritto », série seconda, Anno 4, maggio 1893, p. 347-377), considéré comme pionnier du mouvement *Law & Economics*.

⁵⁹ A. LORIA, *Les bases économiques de la constitution sociale*, trad. A. Bouchard, Paris, Félix Alcan 1893, p. 9.

⁶⁰ E. WAGEMANN, *Die Wirtschaftsverfassung der Republik Chile*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.

⁶¹ Sur cette présentation, on renvoie à H. RABAULT, « Une “république sociale” : le paradoxe des droits économiques et sociaux », in S. GAMBINO (dir.), *Diritti Sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2015, p. 136.

⁶² A. HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen, Mohr, 1931.

⁶³ Par exemple en se référant aux travaux de Heller : F. NEUMANN, « Die Soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung », *Die Arbeit*, 1930, p. 569.

⁶⁴ E.R. HUBER, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, Mohr, 1931.

⁶⁵ Voir par exemple S. TSCHIRSCHKY, *Wirtschaftsverfassung*, Breslau, Ferd. Hirt, 1924.

⁶⁶ M. STOLLEIS, « La naissance de l'État interventionniste et le droit public », *Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales*, n° 21/2016, p. 129-147.

Nombre d'auteurs adoptent alors l'expression popularisée par Stammler, « Économie et droit » (*Wirtschaft und Recht*)⁶⁷ afin de tenter de donner un contenu théorique à la nouvelle discipline⁶⁸. Mais, au-delà de l'expression « Économie et droit », Stammler propose une manière originale d'appréhender les phénomènes sociaux : le monisme social. Selon la formulation de Michel Coutu :

Le monisme social signifie [...] que le droit ne peut être opposé à la société : les rapports entre le droit et l'économie doivent être pensés comme unité, en tant que forme et matière. Le monisme social signifie en outre qu'il n'est aucun phénomène social, au premier chef économique, qui ne puisse être pensé sans présupposer l'existence d'un ordre juridique : le droit est donc l'élément qui conditionne la vie sociale. En quelque sorte, Stammler réalise ici le rêve ultime des juristes, celui d'ériger le droit en science dominant toute la sphère des sciences sociales⁶⁹.

Le droit constitue selon Stammler la *forme* autant que la condition de la vie sociale, pendant que l'économie – voire les sciences sociales – en serait la *matière*. En d'autres termes, le droit conditionne le vivre-ensemble parce qu'il repose sur des principes axiologiques censés guider et maintenir la cohésion sociale. Le monisme social de Stammler, rappelle encore Coutu, oscille régulièrement entre « être » et « devoir-être », « causalité » et « téléologie »⁷⁰. Dans cette perspective, le juriste a pour tâche d'adapter les principes essentiels de la vie économique à la variété des situations normatives qui se présentent à lui. S'il existe, au-delà des significations, une tradition commune aux ordolibéraux, aux socialistes, ou plus généralement aux auteurs qui mobilisent le concept de « constitution économique » sous Weimar, c'est bien celle d'un héritage pluridisciplinaire partagé – ce qui ne veut pas dire que les ramifications auxquelles a donné naissance cet héritage aient fait l'objet d'une interprétation politique homogène – qui amalgame le droit aux autres faits sociaux, l'être au devoir-être⁷¹. Cette façon de penser la « constitution écono-

⁶⁷ R. STAMMLER, *Wirtschaft und Rechtsmacht der Materialistischen Geschichtsauffassung. Eine Sozialphilosophische Untersuchung*, Leipzig, Verlag Veit & Co, 1896. Si Stammler emprunte à une méthodologie néo-kantienne faisant la part entre « être » et « devoir-être », il soutient qu'il est possible, malgré tout, de développer une approche empirique du droit au service de valeurs plus larges. L'identification de ces valeurs s'opère selon une approche dite « téléologique ». Pour le dire encore autrement, les travaux de Stammler élaborent une approche jusnaturaliste proche à plusieurs égards du pragmatisme contemporain : selon Stammler, les valeurs ont en effet un contenu variable selon les contextes, et il appartient au juriste d'adapter l'interprétation du droit à ces différentes évolutions. Voir encore R. STAMMLER, « Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence », *Michigan Law Review*, vol. 21, 1922-1923, p. 862-903.

⁶⁸ Voir par exemple E. HEYMANN, « Recht und Wirtschaft in ihrer Bedeutung für die Ausbildung der Juristen Nationalökonomien und Techniker », in *Festgabe für Rudolf Stammler*, 1926, p. 205, repris dans l'ouvrage de K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlstein, eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen, Mohr, 1988, chap. 4.

⁶⁹ M. COUTU, « Weber, lecteur de Stammler : quels horizons pour la sociologie du droit ? », *Droit et Société*, n° 73, 3/2009, p. 671.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 672-678.

⁷¹ Ce qui en pratique aboutit si l'on se place du point de vue du matérialisme historique, à remplacer le droit par l'économie en ce que le droit serait le terrain par excellence illustrant les rapports de force au sein de la société. Pour un développement plus détaillé, voir Max Weber,

mique » aboutit à un déplacement de frontières entre État et marché. Leur fonctionnement n'est plus pensé de manière parallèle, mais bien complémentaire. Foucault a parfaitement démontré ce point lorsqu'il discerne dans la pensée ordolibérale une volonté d'appliquer le concept d'État de droit à l'ordre économique⁷². Parler de « constitution économique » au sens de principes reposant sur des « faits » économiques censés encadrer l'action législative, c'est encore admettre que le même législateur est contraint par des données, à la fois « factuelles » et normatives, auxquelles il peut difficilement déroger⁷³.

B. Une appropriation par les ordolibéraux ancrée dans l'héritage de Weimar

Plusieurs déclinaisons du terme « constitution économique » ont été influencées de près ou de loin par l'approche méthodologique de Stammler, qui considère que le droit est à la source de « l'émergence et de la cohésion de la société⁷⁴ ». Il est impossible ici d'en faire un état exhaustif. L'acception la plus connue reste sans doute celle portée par l'ordolibéralisme⁷⁵, dont les représentants, en particulier Eucken, proche de la philosophie de Husserl, emploient les termes « d'ordre » et

Rudolf Stammler et le matérialisme historique, trad. M. Coutu, D. Leydet, G. Rocher, E. Wink, Paris Sainte Foy, Québec, Éditions du Cerf, Presses de l'Université de Laval, 2001, p. 1-89, spéc. p. 7-20.

⁷² M. FOUCAULT, *Naissance de la Biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, Seuil, 2004, p. 165-184.

⁷³ Pour une approche analogue, voir H. HELLER, « Freiheit und Form in der Reichsverfassung », *Die Justiz*, 1929-1930/5, p. 672-677.

⁷⁴ Le terme ordolibéraux désignera ici à la fois le premier et le second cercle de ce courant. Le premier cercle est composé des représentants historiques du courant : F. Böhm, W. Eucken, H. Grossmann-Doerth. Ce premier cercle est rejoint à la fin des années 1930 par W. Röpke et A. Rüstow. Le second cercle se constitue après la seconde Guerre mondiale : L. Erhard et A. Müller-Armarck en sont les principaux représentants politiques, même si plusieurs universitaires rejoindront ce second cercle plus tard (E.-J. Mestmäcker, W. Möschel, par exemple). Pour une présentation générale de la réception de ce mouvement en France, voir H. CANIHAC, « Walter Eucken à Paris ? L'introduction de l'ordolibéralisme allemand dans les débats français (1945-1965) », *Revue européenne de sciences sociales*, déc. 2017, n° 55/2, p. 237-263. On retrouve aussi cette approche chez Durkheim, notamment le concept de droit qu'il développe. Sur cette question, voir C. DIDRY, « Durkheim et le droit, ouvertures et limites d'une découverte », in C. H. CUIN et P. DURAN (dir.), *Le travail sociologique, du concept à l'analyse, mélanges en l'honneur de François Chazel*, Paris, Presses Universitaires de Paris-Sorbonne, 2011, p. 49-60. Sur le rayonnement de Stammler et la réception de sa pensée, voir M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, op. cit., p. 23. Notre hypothèse s'appuie par ailleurs sur l'analyse de Mestmäcker : E.-J. MESTMÄCKER, « Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung », *Wirtschaftsordnung und Staatverfassung Festschrift für Franz Böhm Zum 80 Geburtstag*, Tübingen, Mohr, Paul Siebeck, p. 383-419, en part. p. 392.

⁷⁵ Pour une présentation de ce courant, voir S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s) : une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2015 ; P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand : aux sources de l'économie sociale de marché*, Paris, CIRAC/CICC, 2003 ; K. TRIBES, *Strategies of Economic order. German Economic discourse 1750-1950*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 ; D.J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy: the German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New Europe" », *Am. Jour. Comp. Law*, vol. 32, 1994, p. 25-84 ; R. PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft: Stationen des Neoliberalismus in Deutschland*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 2004 ; P. MANOW, « Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie », *Leviathan*, vol. 29, n° 2, 2011, p. 179-198.

de « constitution économique⁷⁶ ». Le marché constitue, dans l'esprit des ordolibéraux, le moyen de satisfaire pour tout individu un impératif de liberté. Cet impératif, posé comme catégorique, est déduit de la question suivante : quels sont les buts d'un marché libre ? La réponse qu'apportent les ordolibéraux à cette question se présente comme étant pétrie d'humanisme⁷⁷, puisque l'amélioration de la condition humaine doit, pour eux, être au centre de toute politique économique. L'égalité morale prime autant que la liberté naturelle des individus. Aussi, n'est-il plus possible de considérer que le fonctionnement du marché obéirait aux lois « naturelles ». Au contraire, les principes de fonctionnement du marché nécessitent d'être librement définis par les individus, pour les individus, ce que résume le concept de « constitution économique ». Les ordolibéraux, qui ont été témoins de l'avènement puis de la chute du régime de Weimar pensent, eux, que le « marché » et la « concurrence » ne peuvent fonctionner sans une institution qui lui soit extérieure : l'État ou le droit. C'est précisément lorsque le marché n'agit pas de concert avec les institutions qu'il s'autodétruit, et l'on assiste alors soit à la formation de cartels et de monopoles, soit à une nationalisation des moyens de production⁷⁸. L'ordolibéralisme propose alors d'instaurer un « ordre économique » dans le cadre d'un État de droit qui prévienne à la fois la concentration des pouvoirs privés et les nationalisations.

Franz Böhm, l'un des principaux juristes de ce courant de pensée, réinvestit dans une perspective libérale la notion de « constitution économique ». Pour Böhm, « l'ordre économique » garanti par la « constitution économique » est celui de l'économie de marché. Les termes « constitution économique », « ordre économique », « ordre concurrentiel », « libertés économiques », « économie sociale de marché » sont du reste étroitement associés dans sa pensée, comme dans celle des ordolibéraux en général. La thèse développée par Böhm en 1933 plaide pour une application effective de la libre concurrence par les juges. Elle ne sera popularisée qu'après la Guerre – précision d'importance pour comprendre pourquoi la thèse de Böhm s'est imposée après l'adoption de la Constitution de Bonn. Cette thèse n'est toutefois pas à l'abri de critiques. Elle fait dépendre, exactement comme la position de Stammler, le *Sein* du *Sollen* ou, pour le dire autrement, l'adaptation du contenu de la constitution économique à la forme du système économique⁷⁹. Ballerstedt, disciple de Böhm, critique dans le même sens le manque de clarification de la définition proposée par Böhm, celle qui entend la « constitution économique » comme

⁷⁶ « L'ordre » économique rend compte d'un système économique donné tandis que la « constitution économique » constitue la formalisation juridique de ce système. Hésitation double en ce que la notion de constitution économique a d'abord été formalisée par des juristes de gauche et que par la suite, elle a été assimilée à la pensée de Carl Schmitt. Cette hypothèse est avancée par K.W. NÖRR, « Economic Constitution: on the Roots of a Legal Concept », *op. cit.*, p. 350-351.

⁷⁷ C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n° 4, 2011, p. 70-78, en part. p. 74.

⁷⁸ Sur la question des cartels et la manière dont Böhm est grandement influencé par leurs effets nuisibles sur le marché, voir K.W. NÖRR, « On the Concept of "Economic Constitution" and the Importance of Franz Böhm from the Viewpoint of Legal History », art. cité, p. 349-351.

⁷⁹ L. RAISER, « Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem », in U. SCHEUNER (dir.), *Die Staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1971, p. 109, 114, 118.

une « décision globale ou d'ensemble sur la forme et la nature de la forme du système économique et social⁸⁰ ».

Contrairement à Sinzheimer, Böhm ne peut justifier un concept libéral de « constitution économique » par référence aux dispositions interventionnistes de la Section V de la Constitution de Weimar : ce dernier texte ne comporte en effet aucune disposition qui consacre expressément le principe de libre concurrence⁸¹. Ainsi, lorsque, dans son ouvrage de 1933⁸², consacré aux cartels, il parle de « constitution économique », il a en tête un certain nombre de sources de droit privé antérieures à Weimar : l'ordonnance sur le commerce de 1869 et celle sur la concurrence déloyale de 1909⁸³. En se référant à ce premier texte, Böhm renvoie tantôt à une approche substantielle de la constitution, tantôt, il n'hésite pas, d'un point de vue formel, à appréhender l'énoncé relatif à la concurrence déloyale de 1909 comme une « constitution » partielle de plusieurs autres « constitutions ». La démonstration de Böhm est en ce sens animée d'une volonté politique : rompre avec une certaine économie politique relativement tolérante à l'égard des cartels sous Weimar. « L'ordre » étant synonyme pour Böhm d'encadrement juridique, il est facile de comprendre pourquoi la signification du concept de « constitution économique » lui paraît pour ainsi dire « naturelle »⁸⁴. Böhm propose de surcroît une représentation de la politique de concurrence ancrée dans une approche décisionniste⁸⁵, d'où sa fameuse définition de la « constitution économique » comme « décision globale ou d'ensemble sur la forme et la nature de la forme du système économique et social⁸⁶ ». Cette affirmation mérite quelques développements. L'agonie du régime de Weimar et la critique qui lui est subséquente, celle d'un « État faible », conduisent des juristes comme Huber, élève de Schmitt, à proposer la mise en place d'un « État fort » dans le domaine économique⁸⁷. Au-dessus des intérêts économiques, « l'État fort » se doit d'impulser une ligne directrice au système économique. Si Huber n'emploie pas à proprement parler le terme de « constitution économique », des similitudes troublantes existent entre sa pensée et celle de Böhm, notamment dans la forme d'encadrement du système économique. Böhm conçoit cet encadrement par référence au concept de « constitution économique »

⁸⁰ K. BALLERSTEDT, « Wirtschaftsverfassungsrecht », in K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrechte*, 3. Bd., 1. Halbbd., Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 47.

⁸¹ Si la liberté du commerce et de l'industrie est consacrée dans la constitution, ce n'est que dans les limites fixées par le législateur (article 151, § 3).

⁸² F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Heymann, Berlin, 1933 (réédité en 2010 aux éditions Nomos).

⁸³ K.W. NÖRR, « Economic Constitution: on the Roots of a Legal Concept », *op. cit.*, p. 353.

⁸⁴ La manière dont Böhm se représente la « constitution économique » est illustrée par K. NÖRR, « Law and Market Organization: the Historical Experience in Germany from 1900 to the Law Against Restraints of Competition (1957) », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 1, n° 151, 1995, p. 11-13.

⁸⁵ C'est sur ce point que s'opère, semble-t-il, le rapprochement avec la pensée de Schmitt.

⁸⁶ F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Cologne, Heymann, 1933, p. 107.

⁸⁷ E.R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, Tübingen, 1932. Sur le parcours de Huber et sa conversion au nazisme, voir O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 101-112.

là où Huber met l'accent sur le rôle corporatiste de l'État⁸⁸. La recherche d'une finalité du système économique et, d'une certaine manière, le concept « d'État fort »⁸⁹ demeure toutefois un point commun entre les deux auteurs⁹⁰.

Cet aperçu permet de saisir la variation des usages du concept de « constitution économique », mais aussi sa filiation méthodologique. Si l'on s'en tient à Böhm, l'évolution de sa pensée emprunte autant à l'héritage de Stammler (en particulier son usage du principe du *teleos* et le concept de monisme social⁹¹ pour attribuer un objectif au système économique) qu'au décisionnisme propre à la pensée de Schmitt. Un certain nombre d'ordolibéraux disciples de Böhm vont, après la Guerre, se distancier d'une approche décisionniste en tentant d'inscrire le concept de « constitution économique » dans celui d'État de droit⁹². La constitution de Bonn prévoit en effet un certain nombre d'énoncés relatifs à l'État de droit et l'État social (articles 1 à 20)⁹³. En cherchant à donner un contenu au concept « d'État social », ces auteurs perpétuent la tradition doctrinale initiée sous Weimar quant au concept de « constitution économique⁹⁴ ». Le standard de protection constitutionnelle des libertés politiques est en effet étendu aux libertés économiques. Liée à l'État social, la protection des libertés économiques est censée orienter le système économique global vers la réalisation d'une économie sociale de marché. Cette analogie permet

⁸⁸ Sur cette question, voir H. HELLER, « Autoritärer Liberalismus », *Die Neue Rundschau*, 1933, n° 44, p. 289-298.

⁸⁹ Que l'on retrouve en creux chez Böhm dans sa définition de la constitution économique de 1933.

⁹⁰ Nous convenons que cette affirmation reste discutable. La lecture des travaux de Böhm suggère qu'il aurait utilisé l'apport du décisionnisme de Schmitt dans un sens radicalement différent du modèle d'économie corporatisme défendu par ce dernier et son disciple Huber. Pour autant, aucun travail d'ampleur n'a encore été entrepris sur l'influence contextuelle qui a présidé à la rédaction du travail de Böhm. N'est pas non plus élucidée la raison pour laquelle Böhm a choisi de recourir au même concept que Schmitt, alors même qu'il aurait très bien pu s'en passer pour alimenter sa démonstration. Léontin Constantinesco suggère d'ailleurs, dans son article sur la Constitution économique en RFA, l'idée d'un emprunt de la définition du concept de constitution économique à Schmitt (voir L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la RFA », art. cité). S'y ajoute enfin le fait que Böhm partage avec Schmitt le constat selon lequel l'efficacité de la politique économique de l'État serait en réalité « capturée » par les intérêts privés. Bien entendu, les deux auteurs ne parviennent pas aux mêmes conclusions. Böhm, pour ce qui le concerne, prend ses distances avec le concept d'État total de Schmitt en distinguant sphère économique et sphère politique.

⁹¹ Dans la pensée de Stammler, le principe de *Teleos* entend substituer, dans l'explication des phénomènes sociaux, la finalité à la causalité. Dit autrement, l'interprétation des phénomènes sociaux répond à la question : « pour quelle fin ? » en l'intégrant dans une perspective de *Sollen*. Pour un développement plus détaillé, voir M. COUTU *e. a.*, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, *op. cit.*, p. 17-20.

⁹² Pour un rappel de la construction de l'État de droit en Allemagne, voir M. STOLLEIS, « Image et réalité de l'État en Allemagne de l'ouest », *Droits*, n° 49, 1/2009, p. 135-158.

⁹³ Pour un exposé succinct en français du concept d'État de droit en Allemagne, voir A. BLECKMANN, « L'État de droit dans la Constitution fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, n° 22, 1982, p. 5-28.

⁹⁴ Voir par exemple H.C. NIPPERDEY, « Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht », in *Kartellrundschau*, Heft 2, 1960 ; H.F. ZACHER, « Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung », in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm*, Karlsruhe, C.F. Muller, 1965.

alors de réintroduire des normes sur les finalités du système économique elles-mêmes inscrites dans la « constitution économique »⁹⁵.

C. L'influence de la signification ordolibérale après la Seconde Guerre mondiale

Si le texte de la Constitution de Bonn de 1949 ne comporte aucune référence explicite à un système économique en particulier, un débat s'engage dès les années 1950 sur la nature de la « constitution économique »⁹⁶. Ceux qui se réfèrent à la « neutralité » économique de la constitution pour en déduire qu'on ne peut assigner aucune direction économique précise à la Loi fondamentale de 1949 s'opposent à ceux qui soutiennent la thèse du caractère « mixte » de la constitution, celle d'une voie médiane selon laquelle la constitution comporterait à la fois des dispositions sociales et libérales qu'il appartient au juge de concilier. Enfin, les ordolibéraux estiment que la Loi fondamentale comporte une « constitution économique » dont ils déduisent l'existence d'une économie de marché ou, selon Nipperdey, une « économie sociale de marché », terme que l'on doit à Müller-Armack⁹⁷. On sait ce qu'il advint de ce débat : dans une décision de mars 1954, la Cour constitutionnelle s'est ralliée à la thèse de la « neutralité économique » de la constitution. Ainsi, « La Loi fondamentale ne garantit ni la neutralité des pouvoirs exécutif et législatif en matière de politique économique ni une économie sociale de marché réalisée exclusivement avec des moyens conformes au marché »⁹⁸. Cette position a été confirmée lors de la révision constitutionnelle de 1967 et, par la suite, lors d'une décision de la Cour constitutionnelle du 1^{er} mars 1979. La neutralité entendue par la Cour constitutionnelle signifie que la Loi fondamentale ne préjuge en rien du choix d'un système économique particulier.

Plusieurs hypothèses émergent de cette analyse des ramifications doctrinales qui ont donné naissance au concept de « constitution économique ». L'enseignement le plus significatif reste sans doute que le concept, eu égard à sa plasticité, n'est pas réductible à la compréhension qu'en proposent les ordolibéraux. Les usages de la « constitution économique » s'inscrivent dans une tradition doctrinale pluridisciplinaire qui remonte, on l'a vu, à la controverse méthodologique entre Stammler et Weber, elle-même inscrite dans la querelle des méthodes qui s'étend de 1925 à 1933⁹⁹. En d'autres termes, la réappropriation du concept de « constitution économique » par les juristes coïncide avec l'émergence des mouvements critiques

⁹⁵ K. BALLERSTEDT, « Unternehmen und Wirtschaftsverfassung », *Juristen Zeitung*, vol. 6, n^{os} 15/16, 1951, p. 486-493, en part. p. 490.

⁹⁶ C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *RFDC*, 2012/2, p. 303-337.

⁹⁷ A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Hamburg, Verlag für Wirtschaft und Sozialpolitik, 1947.

⁹⁸ C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *RFDC*, art. cité, p. 321.

⁹⁹ La querelle des méthodes oppose, schématiquement, l'école marginaliste à l'école historique allemande. Les premiers (en particulier Menger) estiment qu'il est possible d'établir, sur le modèle des sciences de la nature, des lois universelles à l'ensemble des systèmes économiques pendant que les seconds prônent plutôt une approche contextuelle. Sur ce point, voir G. CAMPAGNOLO, *Critique de l'économie politique classique : Marx, Menger et l'école historique allemande*, Paris, éd. Matériologiques, 2017.

du « formalisme¹⁰⁰ » et l'introduction des droits économiques et sociaux dans la Constitution de Weimar. La « constitution économique » sert tantôt à proposer une hiérarchie normative entre énoncés contradictoires se rapportant aux droits économiques et sociaux sous Weimar, tantôt à rendre compte de normes « économiques », tantôt encore à prescrire une finalité constitutionnelle au système économique par analogie au modèle de l'État de droit élaboré après la Seconde Guerre mondiale. Il n'est pas étonnant, dans ce dernier sens, qu'elle ait cherché à s'inscrire dans une tentative globale de dépassement du positivisme, à l'instar des travaux de Radbruch¹⁰¹. Cet usage, s'il ne se réduit guère à la conception de Stammler, partage avec celle-ci un certain nombre de présupposés méthodologiques forts : la recherche d'une finalité globale au système économique à travers l'élaboration de principes fondamentaux d'une part et, d'autre part, le refus d'un critère de démarcation entre ce qui relève du monde des faits et de la norme. L'ouvrage *Droit et démocratie* de Habermas a redonné en ce sens une vigueur nouvelle à l'approche de Stammler dans le champ intellectuel de l'Union européenne¹⁰². Néanmoins, les débats autour de la constitution économique en Europe touchent davantage à des questions de légitimité – il s'agit plutôt de penser la justification du projet politique européen – que de validité. C'est ainsi que les acteurs de la doctrine européenne se sont saisis du concept de « constitution économique » en ouvrant un dialogue entre juristes et économistes au service de la légitimité du projet européen.

II. LA RÉCEPTION DU CONCEPT DE « CONSTITUTION ÉCONOMIQUE » DANS LE CHAMP EUROPÉEN

Le concept de « constitution économique » connaît un certain succès dans le champ de la doctrine de l'Union européenne. Le contexte de la guerre froide, l'influence d'une doctrine allemande souvent proche des idées ordolibérales, la volonté d'apporter une légitimité transnationale à l'orientation économique du traité de Rome, sont autant de facteurs d'explication de ce succès (A). Cette renaissance prend appui sur un courant de droit constitutionnel développé durant l'entre-deux-guerres, qui prône des principes démocratiques militants allant parfois à l'encontre de la « volonté » du peuple (B). Pour autant, il est inexact d'appréhender le concept

¹⁰⁰ Qu'il faudrait prendre garde de limiter au mouvement du droit libre. Comme le souligne encore Michel Coutu, la querelle des méthodes a modifié la dogmatique juridique dans au moins quatre directions (voir M. COUTU, « la jurisprudence des intérêts, le mouvement du droit libre, le droit juste (Stammler) et la théorie du droit (Kelsen) », in M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, trad. M. Coutu, D. Leydet e. a., *op. cit.*, p. 38).

¹⁰¹ M. STOLLEIS, « Droit naturel et théorie générale de l'État dans l'Allemagne du XIX^e siècle », *Le débat*, 1993/2, n° 74, p. 63-73 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'État des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècles*, *op. cit.*, p. 355-357. Pour une discussion critique sur l'appartenance de Radbruch au positivisme, voir S. PAULSON, « On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War papers », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006/1, vol. 26, p. 17-40.

¹⁰² Sur l'analyse des liens entre la réflexion de Habermas et celle de Stammler, voir Y. SINTOMER, « Weber, Habermas et la sociologie du droit », in J.-P. HEURTIN, N. MOLFESSIS (dir.), *La sociologie du droit de Max Weber*, Paris, Dalloz, 2006, p. 65-69. Voir aussi J.-M. FERRY, *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000.

de constitution économique de manière univoque : nombre de divergences surgissent lorsqu'il s'agit de lui donner un contenu axiologique et ce y compris au sein de la doctrine de l'Union européenne (C).

A. La renaissance du concept de constitution économique dans la doctrine européenne

C'est de la complexité de la généalogie ci-dessus esquissée qu'émerge en France l'emploi du terme « constitution économique » dans l'article séminal de Constantinesco de 1960¹⁰³. Ce choix de se référer à la constitution économique n'a rien de fortuit. La rédaction de l'article sur « La constitution économique de la République fédérale d'Allemagne » reste tributaire d'un contexte qui voit émerger une réflexion sur la constitution européenne dès les années 1950-1960. Au colloque de Stresa de 1957¹⁰⁴, Léontin-Jean Constantinesco prend clairement position en faveur du caractère supranational du Traité de Rome, contre l'avis de ses collègues internationalistes¹⁰⁵. Constantinesco peut même affirmer à Stresa : « La seule interprétation conforme au caractère "supranational" de la communauté est celle qui fait de la finalité économique-politique du Traité, et non de la souveraineté des États membres, son grand principe directeur¹⁰⁶ ». Cette formulation s'inspire, dans une certaine mesure, de la pensée ordolibérale. Cela dit, une nuance doit être apportée quant à l'influence des ordolibéraux sur l'introduction de la « constitution économique » dans l'Union européenne. Le récit qui s'est imposé en France consiste à dire que les ordolibéraux auraient vu dans le marché commun un terrain propice à l'application de leur idéologie néolibérale¹⁰⁷. L'argument doit pourtant être manié avec précaution. Comme l'établissent de récents travaux, l'ordolibéralisme ne peut être pris, concernant l'Union européenne, comme une doctrine homogène¹⁰⁸. Contrairement aux partisans du plan en France, W. Röpke et L. Erhard considèrent que la construction européenne est une institution technocratique, contraire aux principes de l'État de droit¹⁰⁹. Pour ces derniers, les principes économiques fondamentaux du marché garantis dans la « constitution économique » doivent échapper aux contingences des politiques nationales.

¹⁰³ L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la RFA », *La Revue économique*, vol. 11, n° 2, 1960, p. 266-290.

¹⁰⁴ H. CANIHAC, « La théorisation politique en action : Éléments d'histoire du "constitutionnalisme supranational" dans l'Union européenne », Congrès AFSP Aix 2015, ST 29, *Pour une théorie politique appliquée à l'intégration européenne. État des lieux d'un champ de recherche en construction*, p. 9.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁶ Sur l'importance du colloque de Stresa, le schisme qu'il a engendré entre, d'un côté, les communautaristes et, de l'autre, les internationalistes, voir J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, chap. 3, en part. p. 167-220.

¹⁰⁷ Idée popularisée dans les sciences sociales. Voir par exemple P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La découverte, 2009 ; R. SALAIS, *Le viol d'Europe. Enquête sur la disparition d'une idée*, Paris, PUF, 2013.

¹⁰⁸ H. CANIHAC, « (Néo-)libéralisme contre (néo)libéralisme ? Controverses économiques sur les débuts de la construction européenne en France et en Allemagne », *Trajectoires*, n° 10, 2016, p. 1-12.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 4-5.

Dans son discours au Parlement européen de 1965, Hans von der Groeben, premier Commissaire à la concurrence, fait clairement référence, s'agissant de la politique de concurrence, à des notions familières à la pensée ordolibérale : « ordre économique » ou « protection du marché¹¹⁰ ». Walter Hallstein, premier Président de la Commission, propose lui aussi une réflexion approfondie sur la supranationalité inscrite dans l'héritage de Radbruch¹¹¹ : la création d'une communauté supranationale doit nécessairement se construire sur les bases d'une « communauté de droit¹¹² ». Pour Hallstein comme pour la plupart des auteurs européens, le droit constitue à la fois le moyen et la limite de l'intégration. Le présupposé aboutit à une représentation d'un concept de constitution détachée de l'État-nation¹¹³. Des ordolibéraux proches de la démocratie chrétienne tels que Kurt Ballerstedt, professeur aux universités de Kiel puis Bonn, développent une réflexion similaire, mais à partir du droit économique institué par le traité de Paris. Dès la signature du traité CECA, Ballerstedt réfléchit sur cette nouvelle forme d'organisation internationale à partir des catégories ordolibérales traditionnelles. Il n'est d'ailleurs pas le seul puisque, à l'instar d'autres juristes allemands européens et pour la plupart de tradition privatiste¹¹⁴ (F. Böhm, H. Coing, V. Bruns, H. Kronstein, H. Mosler, C. F. Ophüls, Rabels, H.-J. Schlochauer)¹¹⁵, Ballerstedt se pose la question, comme ailleurs, de la nature du nouveau traité CECA. Faut-il y voir un traité ou une consti-

¹¹⁰ H. VON DER GROEBEN, « La politique de concurrence, partie intégrante de la politique économique dans le marché commun », *RTDE*, 1965, p. 400-408.

¹¹¹ Par là il faut entendre l'idée portée par la doctrine allemande d'après-guerre sur un certain nombre de normes supraconstitutionnelles considérées comme indérogeables. Sur Hallstein, sa vision politique de l'Europe en relation avec ses travaux, voir I. PIELLA, *Walter Hallstein. Jurist und gestaltender Europapolitiker der ersten Stunde*, Berlin, BWM, 2012 ; M. SCHÖNWALD, « Walter Hallstein et les institutions des communautés européennes », in M.-T. BITSCH (dir.), *Le couple France-Allemagne et les institutions européennes. Une postérité pour le plan Schuman*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 151-168.

¹¹² W. HALLSTEIN, « Wirtschaftliche Integration als Faktor politischer Einigung », in *Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur. Festgabe Alfred Müller*, Berlin, Duncker & Humblot, 1961 ; W. HALLSTEIN, « Zu den Grundlagen und Verfassung Prinzipien der Europäischen Gemeinschaften », in W. HALLSTEIN (dir.), *Festschrift Carl Friedrich Ophüls*, Karlsruhe, 1965, p. 1-14 ; voir aussi H. MOSLER, « Völkerrecht als Rechtsordnung », *ZaöRV*, vol. 36, 1976, p. 6-49.

¹¹³ Hugo Canihac fait remarquer la filiation de pensée entre Hallstein et Smend, proche du néo-hégélianisme, notamment la théorie que défend ce dernier de la « constitution comme intégration » : H. CANIHAC, « La théorisation politique en action : Éléments d'histoire du "constitutionnalisme supranational" dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 13-14.

¹¹⁴ Cette remarque importe, car on a peu étudié finalement la manière dont la culture privatiste a dans les premiers temps conceptualisé, voire influencé, le droit de l'Union européenne, prenant pour acquis le caractère *sui generis* de cet objet. Sur cette question, voir C. JOERGES, « The Science of Private Law and the Nation State », in F. SNYDER (dir.), *The Europeanization of Law. The Legal effects of European Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 47-82.

¹¹⁵ On rappellera que Hans-Jürgen Schlochauer, Hermann Mosler et Walter Hallstein furent tous trois experts pour le gouvernement allemand durant les négociations qui débouchèrent sur le traité de Paris. Sur cette question, voir B. LEUCHT, « Transatlantic Policy Networks in the Creation of the First European Anti-Trust Law. Mediating Between American Anti-Trust Law And German Ordo-Liberalism », in W. KAISER, B. LEUCHT et M. RASMUSSEN, *The History of European Union. Origins of a Trans And Supranational Polity 1950-1972*, New York, London, Routledge, 2009, p. 56-73.

tution fédérale ? C'est à partir de cette question, qui ne porte nullement sur la validité du traité, mais bien sur la légitimité politique de la construction européenne qu'est réintroduit le concept de constitution économique.

Pour Ballerstedt, le traité CECA aurait institué un « ordre de marché » et une « constitution de marché », sans équivalent dans les constitutions nationales¹¹⁶. Afin de consolider l'idée selon laquelle la nature du traité CECA serait différente de celle d'un traité international ordinaire, Ballerstedt mobilise, dans la mouvance qui cherche à ancrer le droit européen dans l'histoire juridique du continent¹¹⁷, un certain nombre de figures symboliques de l'histoire du droit allemand comme la Zollverein de 1867¹¹⁸. La conclusion qu'impose cette convocation de la Zollverein est bien que le traité serait susceptible, *in fine*, d'aboutir à une union politique en passant d'abord par une union économique, comme ce fut le cas pour les États allemands au XIX^e siècle¹¹⁹. Cette réflexion est dans la continuité des travaux développés à l'Institut du droit international et économique de l'université de Francfort, créée en 1951 avec le soutien de Hallstein, Schlochauer, Coing et Mosler¹²⁰. Hallstein et Kronstein en particulier, promeuvent une réflexion du droit de la CECA et du droit communautaire alimentée par la création d'un enseignement et de recherches sur le droit international économique¹²¹. Ces recherches s'orientent dans plusieurs directions. Certains auteurs, dans le sillage de Hallstein, considèrent que les traités CECA puis CEE instaurent une nouvelle « communauté de droit » (*Rechtsgemeinschaft*). Les arguments pour parvenir à cette conclusion diffèrent de ceux usuellement présentés au regard des jurisprudences *Costa* et *Van Gend en Loos* consacrant le caractère *sui generis* de l'Union européenne. Les juristes universitaires de Francfort considèrent en effet que le fondement de l'invocabilité du droit communautaire ne doit pas être recherché dans l'autonomie supposée de ce droit, mais bien, eu égard aux traités, dans les transferts de souveraineté accordés par les Parlements nationaux. De là découle l'existence d'une entité dotée de nouvelles compétences, dont certaines se rapprochent de celles exercées dans un État fédéral. Ce sont précisément ces nouvelles compétences qu'il convient d'encadrer juridiquement au moyen de contraintes « constitutionnelles », justifiant l'usage du terme « communauté de droit¹²² ». D'autres auteurs, plus nombreux, orientent plutôt la

¹¹⁶ K. BALLERSTEDT, *Übernationale und nationale Marktordnung eine montanrechtliche Studie*, Tübingen, Mohr, Paul Siebeck, 1955.

¹¹⁷ On renvoie sur cette question à J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècle*, *op. cit.*, p. 368, lequel fait référence aux travaux menés par l'Institut Max Planck de Francfort en histoire européenne du droit par Helmut Coing.

¹¹⁸ L'expression signifie : « Union douanière allemande » et est consacrée dans un traité signé en 1833 qui institue une union économique entre plusieurs États allemands.

¹¹⁹ K. BALLERSTEDT, *Übernationale und nationale Marktordnung eine montanrechtliche Studie*, *op. cit.*, p. 1-5. Voir, dans le même sens, H.-J. SCHLOCHAUER, « Der übernationale Charakter Der Europäischen Gemeinschaft Für Kohle und Stahl », *Juristen Zeitung*, 1951, vol. 6, n° 10, p. 289-290.

¹²⁰ M. BOTHE, « Public International Law in Frankfurt », in R. HOFMANN, S. KADELBACH (dir.), *Law beyond the State. Pasts and Futures*, Frankfurt, New York, Campus Verlag, 2016, p. 35-48.

¹²¹ S. KADELBACH, « Frankfurt's Contribution to European Law », in R. HOFMANN, S. KADELBACH (dir.), *Law Beyond the State. Pasts and Futures*, *op. cit.*, p. 49-70.

¹²² *Ibid.*, p. 56-57.

réflexion vers la démonstration de la construction d'un ordre de marché supranational¹²³.

Tout cela montre que l'influence supposée du courant ordolibéral sur le traité de Rome en général et sur le succès de l'expression de la constitution économique en particulier n'a rien d'évident. Certes, entre la Communauté européenne et l'Allemagne, on observe une similitude quant à l'idée selon laquelle l'économie de marché et les droits et libertés doivent le plus possible échapper aux contingences des décisions politiques. De cette idée dérive la conclusion du caractère indérogeable des normes économiques fondamentales ; cette conclusion découle des enseignements de la Seconde Guerre mondiale et, plus précisément, de la volonté affirmée de contenir les idéologies anti-libérales par le moyen de la constitution, tant sur le plan économique que sur celui des valeurs démocratiques¹²⁴. Cette proximité est d'autant plus forte que la doctrine allemande d'après 1945 et la doctrine de l'Union européenne attachent désormais une valeur symbolique¹²⁵ aux textes considérés comme fondateurs : la constitution pour les uns, le traité pour les autres¹²⁶. C'est bien cette valeur symbolique que traduit l'emploi du terme « constitution économique » au niveau de l'Union européenne compris, dans un contexte de guerre froide, comme un rempart contre les régimes totalitaires et la collectivisation des moyens de production¹²⁷. Une telle prise de position doit être lue à la lumière de la séparation de l'Allemagne, laquelle engage deux choix idéologiques antagonistes : l'économie planifiée d'une part (*Zentralverwaltungswirtschaft*) et l'économie sociale de marché d'autre part (*soziale Marktwirtschaft*)¹²⁸. La référence à la constitution économique européenne prolonge d'une certaine manière les choix normatifs des économies mixtes ouest-européennes dans un contexte de guerre froide¹²⁹.

¹²³ Parmi les universitaires de Francfort, on peut citer J. Scherer : J. SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1970.

¹²⁴ Comprises ici dans les deux sens : libéralisme politique et économique.

¹²⁵ Ce que Paul Reuter n'hésite d'ailleurs pas à confirmer lors du colloque consacré aux dix ans de la jurisprudence de la Cour de justice, affirmant : « Mais l'exposé de Monsieur Rueff a fait naître dans mon esprit un doute, que j'exprimerai par une comparaison : le droit constitue un peu les livres sacrés de notre époque moderne, et les juristes sont un peu des théologiens [...] » (K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Congrès européen du 24 au 26 avril 1963 organisé par l'Institut du droit des Communautés européennes de l'Université de Cologne*, Cologne, C. Heymmans, 1965, p. 32).

¹²⁶ Pour une analyse de la construction de ce symbolisme dans l'Union européenne, voir A. VAUCHEZ, *L'Europe par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2013, p. 235-341.

¹²⁷ M. WILKINSON, « The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism », *LSE Working Papers*, 5/2016 (consulté le 11 juillet 2017), p. 11-13. Voir aussi M. WILKINSON, « The Spectre of Authoritarian Liberalism in the European Union: Reflections on the Constitutional Crisis of European Union », *German Law Journal*, 2013, vol. 14/5, p. 527-560 ; M. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce? », *European Law Journal*, vol. 21/3, 2015, p. 313-340.

¹²⁸ Sur cette question, voir H. RABAULT, « Droit et économie en Allemagne », *Droit et Société*, vol. 41/1, 1991, p. 155.

¹²⁹ Pour une réflexion critique sur le marché commun dans l'Europe de l'Ouest à cette période, voir J. DURET, « Que signifie le marché commun dans une Europe capitaliste », *Cahiers internationaux*, n° 78, juil. 1956, p. 19-30.

L'apparente neutralité du discours des juristes sur la constitution économique poursuit l'objectif de « pacifier » les antagonismes idéologiques sur ces questions¹³⁰.

B. Les fondements constitutionnels de la renaissance des discours sur la constitution économique européenne

Le fédéralisme ou son avatar dans le contexte européen, la supranationalité, constituent le dénominateur commun autour de l'adhésion au concept de constitution économique. De surcroît, et pour reprendre les arguments développés par Mike Wilkinson¹³¹, la grande différence entre Weimar et l'après Seconde Guerre mondiale réside dans la recherche en Allemagne comme dans la communauté européenne, d'une atténuation des « dérives » possibles du pouvoir constituant originaire. L'argument classique qui impute à la volonté du peuple la source du pouvoir constituant originaire est complété – pour ne pas dire concurrencé – par une nouvelle forme de légitimité par le droit garante des valeurs de l'État libéral : les droits fondamentaux d'une part et les règles du marché d'autre part. Les dispositions du traité garantissent ces principes de telle façon qu'ils puissent être préservés de dérives extrémistes provenant de la droite comme de la gauche. Wilkinson rapproche cette nouvelle forme de constitutionnalisme du concept de « *démocratie militante* » développé à la fin des années 1930, par les travaux de Karl Loewenstein¹³². L'introduction du concept de constitution économique dans le champ de la doctrine communautariste doit, si l'on accepte cette explication, se comprendre à la lumière de ce nouveau constitutionnalisme apparu entre les deux guerres.

Au sein des *valeurs militantes*¹³³ que sont la « communauté de droit » et le marché prônées au niveau de l'Union européenne, surgissent parfois des disjonctions entre ceux qui s'attachent exclusivement à la défense de la première ceux qui, au contraire, ne se concentrent que sur la garantie des valeurs du marché et enfin, ceux qui tentent de concilier ces deux valeurs. Au fond, une fois admise l'idée que le droit constitue le moyen et la limite de l'ordre politique européen, la question est de savoir quelles doivent être les priorités de ce nouvel agenda juridico-politique. L'instauration d'une « communauté de droit » doit-elle précéder la préservation des règles du marché ou l'inverse ? Est-il envisageable de faire tenir dans la même proposition l'idée selon laquelle les règles du marché sont à la fois instituées et limitées par le droit ? Autant de questions qui sont laissées de côté au détriment de

¹³⁰ Sur la question de l'économie sociale de marché, en particulier de sa germination durant le national-socialisme, voir W. ABELSHAUSER, « Les nationalisations n'auront pas lieu », *Le Mouvement social*, n° 134, janvier-mars 1986, p. 88-96 ; W. ABELSHAUSER, « Aux origines de l'économie sociale de marché. État, économie et conjoncture dans l'Allemagne du 20^e siècle », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 34, 1992, p. 175-191.

¹³¹ M. WILKINSON, « The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism », art. cité.

¹³² *Ibid.*

¹³³ On s'inspire ici du concept de « démocratie militante » développé par Karl Loewenstein et repris dans une approche critique par Mike Wilkinson : K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights (I) », *The American Political Science Review*, vol. 31, n° 3, 1937, p. 417-432 et K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights (II) », *The American Political Science Review*, vol. 31, n° 4, 1937, p. 638-658.

préoccupations plus pressantes, que sont, dans un contexte de guerre froide, la préservation de l'économie de marché considérée comme l'objectif principal du traité du Rome.

La lecture dominante – celle qui propose une sanctuarisation des principes du marché et de la concurrence dans l'expression « constitution économique » – réunit des auteurs comme Ballerstedt, von der Groeben¹³⁴ ou Ophüls¹³⁵. Elle propose à la fois un cadre d'action politique par le marché et une sanctuarisation des principes qui lui sont inhérents (libre concurrence, libertés de circulation) et séduit, au-delà de la communauté universitaire, un certain nombre d'acteurs de la construction européenne, ainsi que l'illustrent les débats organisés à l'Université de Cologne en 1965 sur les dix ans de jurisprudence de la Cour de justice¹³⁶. Les réflexions que propose la même année Constantinesco sur la constitution économique permettent de saisir le raisonnement mobilisé ainsi que les valeurs qui lui sont sous-jacentes. Lors du congrès européen organisé par l'Institut du droit des Communautés européennes de l'Université de Cologne, Constantinesco propose une définition de la constitution économique déjà en germe lors du colloque de Stresa en 1957¹³⁷,

¹³⁴ H. VON DER GROEBEN, « Der gemeinsame Markt als Kern und Motor der Europäischen Gemeinschaft in Europa ringt um sein Wirtschaftsverfassung », in *Liber Amicorum für Karl-Heinz Narges*, Bonn, Europa Union, 1984, p. 19-45.

¹³⁵ C.F. OPHÜLS, « Grundzüge Europäischer Wirtschaftsverfassung », *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, n° 124, 1962, p. 136-166 et J. MESTMÄCKER, « Offene Märkte im System Unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft », in Kronstein et Mestmäcker (hrsg), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70 Geburtstag von Franz Böhm*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1965, p. 345-391, cité dans A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, op. cit., p. 97 ; « Discours prononcé devant le Parlement européen à Strasbourg le 16 juin 1965, par H. von der Groeben président du groupe concurrence », *RTDE*, 1965, p. 400, où Hans von der Groeben assimile les articles sur la politique de concurrence à une véritable « constitution économique ».

¹³⁶ On pense à Otto Weinkamm économiste, proche des ordolibéraux, et chargé de rédiger un rapport sur le rapprochement de la législation des États membres au regard des règles du marché intérieur. La question est en partie traitée aussi dans deux rapports : *De l'Union douanière à l'Union économique*, Paris, Communauté européenne, coll. « Les documents communauté européenne » n° 49, 1968 ; *De l'Union douanière à l'Union économique : l'étape du 1^{er} juillet 1968*, Communauté européenne, Paris, Communauté européenne, coll. « Les documents communauté européenne » n° 47, 1968.

¹³⁷ À Stresa, en 1957, Constantinesco est l'un des plus fervents partisans de l'existence d'une catégorie supranationale autonome, et publie, par la suite de nombreux articles consacrés à l'étude du droit communautaire naissant. Organisée par G. Pella, professeur d'économie politique, ce colloque marque le schisme entre partisans d'une Europe supranationale et la doctrine de droit international classique (sur ce schisme, ses causes et ses conséquences, on renvoie à la thèse de Julie Bailleux : J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 200-281). L.-J. Constantinesco publie lors de ce colloque une étude majeure : « Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres », in *Actes officiels du congrès international d'études sur la communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Milan, Stresa, 31 mai-9 juin 1957, vol. II ; *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et les États membres*, Milan, Giuffrè, 1957, p. 211-223. L'article donnera naissance à l'essai consacré à l'applicabilité directe dans le droit de la CEE : L. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Paris, LGDJ, 1970, réimprimé en 2006 chez Bruylant : L. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Dans cet article, Constantinesco soutient que le marché commun constitue un « ensemble de règles de droit économique ». Sa contribution est déjà parsemée de références ordolibérales : K. BALLERSTEDT,

et fondée sur une interprétation téléologique des dispositions économiques du traité. Il affirme :

La grande règle qui commande l'interprétation des traités est le principe téléologique qui exige que l'interprétation se fasse par le prisme et à la lumière de la « Constitution économique » de chaque traité. Car les traités fondamentaux et les éléments structurels essentiels de chaque Communauté se trouvent fixés dans les premiers articles de chaque traité. Ceux-ci acquièrent de ce fait une valeur prépondérante par rapport aux autres¹³⁸.

Le propos fait suite à un texte présenté par Jacques Rueff sur « La Cour et l'économie politique¹³⁹ ». Dans sa présentation, Rueff évoque l'existence, dans la jurisprudence, d'une « doctrine économique » fondée sur le principe de l'économie de marché¹⁴⁰. Il distingue toutefois le régime du marché commun de celui de la fédération¹⁴¹. Cette lecture proposée par Rueff, juge à la Cour de justice, demeure minimaliste : en effet, la Cour de justice devrait se limiter à la stricte interprétation des *principaux* objectifs du Traité de Rome – la construction d'un marché commun. La Cour n'a pas à rechercher, voire à construire, une quelconque doctrine plus ambitieuse reposant sur l'instauration d'une « constitution économique¹⁴² ». Les présentations de Reuter, Pescatore, Catalano¹⁴³, Ophüls et Constantinesco s'opposent à cette interprétation minimaliste. Constantinesco, en particulier, affirme que le

W. HALLSTEIN (L.-J. CONSTANTINESCO, « Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres », in *Actes officiels du congrès international d'études sur la communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, *op. cit.*, p. 214).

¹³⁸ K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁹ J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 13-30.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 16-30.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴² Ce que confirme la réponse de Rueff à Pescatore : « Pour ma part je crois que l'esprit du Traité de Rome est en régression marquée relativement au Traité CECA. Il est beaucoup moins, je crois que je ne me trompe pas, il est beaucoup moins fédéral que le Traité CECA [...] » (in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 33).

¹⁴³ Nicolas Catalano affirme clairement que le Traité de Rome est beaucoup plus supranational que le Traité CECA. Le traité de Rome est « [...] vraiment une constitution. Ses principes doivent être appliqués par des règlements qui, malgré le nom, sont de véritables lois communautaires. C'est répété en toutes lettres, par exemple, dans le fameux art. 87 (dans la matière la plus brûlante, celle des ententes). Les principes établis par les art. 85 et 86 ont une portée beaucoup plus large, beaucoup plus élastique que les articles correspondants du Traité CECA, et doivent être appliqués par un choix normatif, par le choix d'une politique économique et normative, qui caractérisera une action plutôt qu'une autre. Donc si les États membres se sont dépouillés de ce choix politique, en une matière aussi importante que celle des règles de concurrence, cela veut dire que, dans ce domaine, ils ont déjà établi un embryon d'État fédéral » (K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *op. cit.*, p. 42).

traité doit nécessairement être interprété à la lumière de la « constitution économique¹⁴⁴ ». Des échanges retracés, il semble que Rueff ait adhéré à l'idée de « constitution économique » telle que proposée par Constantinesco :

Sur le premier point, à savoir la liberté d'interprétation du Traité, au fond, je suis d'accord. Je pense, avec Monsieur Constantinesco, que dans tous ses arrêts, la Cour a adopté son point de vue, c'est-à-dire a considéré les articles 2, 3, 4, 5 comme des articles en quelque sorte constitutionnels¹⁴⁵.

L'alternative qui émerge au terme du colloque de Cologne entre « cour constitutionnelle » ou « cour économique » ne doit pas être comprise comme une opposition. Au contraire, comme il a déjà été souligné¹⁴⁶, l'office de la Cour de justice réunit à la fois une fonction constitutionnelle et économique qui participe au brouillage des frontières entre sphères politique et économique. C'est précisément cet amalgame progressif qui donne lieu aux divergences exprimées lors du colloque sur la constitution économique européenne.

C. Les divergences axiologiques sur l'emploi du concept de constitution économique

Cinq ans plus tard, un autre colloque sur le thème de la « Constitution économique européenne » est organisé par l'Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse¹⁴⁷. Les points de vue exprimés lors de ce colloque permettent de saisir les nuances, voire les divergences entretenues autour du concept de constitution économique. La manifestation ne doit nullement au hasard, quand on sait que les travaux de l'Institut ont alimenté l'expertise du Parlement européen sur plusieurs dossiers d'ordre économique¹⁴⁸. Dans son allocution d'ouverture, Fernand Dehousse souligne trois éléments justifiant le thème suggéré : l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés, la publication du Plan Werner – posant les bases de la future Union économique et monétaire – et, enfin, le rapport Davignon « relatif à l'unification politique » de l'Europe¹⁴⁹. La plupart des participants adhèrent aux valeurs fédéralistes¹⁵⁰. Tous sont pourtant loin de s'entendre sur le sens de l'expression « constitution économique ». Et l'on voit ici se dessiner un clivage entre une culture juridique française accoutumée à ce que les politiques écono-

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁴⁶ G. SACRISTE, « L'Europe est-elle un État comme les autres ? Retour sur la distinction public/privé au sein de la Commission juridique du Parlement européen des années 1960 », art. cité.

¹⁴⁷ Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse, *La Constitution économique européenne. Actes du 5^e colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16, 17 et 18 décembre 1970*, Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1971.

¹⁴⁸ G. SACRISTE, « L'Europe est-elle un État comme les autres ? Retour sur la distinction public/privé au sein de la commission juridique du Parlement européen des années 1960 », *Cultures & Conflicts*, n^{os} 85-86, 2012, p. 35-60, et part. p. 40-47.

¹⁴⁹ Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse, *La Constitution économique européenne, op. cit.*, p. 10-11.

¹⁵⁰ On y retrouve certains des principaux acteurs qui ont participé à l'institutionnalisation du droit communautaire : P.-H. Teitgen, A. Deringer, M. Lagrange, F. Dehousse, M. Waelbroeck, R. Joliet.

miques relèvent de la discrétion du pouvoir législatif et une culture juridique allemande soucieuse d'encadrer le caractère discrétionnaire des politiques économiques par le droit. Certains font remarquer à ce titre que « parler de constitution économique, c'est nécessairement prendre position sur un principe fondamental d'organisation des activités économiques »¹⁵¹ ; d'autres dénie toute possibilité ou toute forme de « constitution économique » susceptible d'être fixée par des principes juridiques¹⁵² ; d'autres, au contraire, dans la tradition juridique suisse, défendent l'idée d'une « constitution économique » au sens de principes structurant la vie économique d'un État¹⁵³. Ces différentes prises de positions traduisent à l'égard de la constitution économique des jugements de valeur qui opposent ceux qui rattachent la définition des choix économiques à un exercice politique – entendu au sens de choix assumé par ceux qui y sont juridiquement habilités – et ceux qui estiment que ces choix ne peuvent s'opérer qu'à la lumière de valeurs préalablement définies dans des textes¹⁵⁴. Le point de vue minoritaire assumé par Pierre-Henri Teitgen est sur ce point éclairant. La lecture des cours qu'il professe en 1971 et 1973 illustre le point de vue selon lequel la définition des choix économiques fondamentaux n'appartient nullement aux textes et à leurs interprètes :

[À] la question que nous nous sommes posée : le marché commun qui doit résulter tant de l'union douanière que de l'union économique générale sera-t-il libéral ou socialiste au sens vulgaire de ces expressions... à cette question il n'y a pas de réponse *a priori*. Le Marché commun sera, en définitive, ce que voudra la Communauté : libéral si elle s'en tient aux libéralisations que nous avons énoncées, d'économie contrôlée, orientée, voire dirigée en certains secteurs, si elle use des possibilités d'intervention que lui ouvrent les traités¹⁵⁵.

Il y a en somme de multiples usages du concept de constitution économique très différents quant aux valeurs qui les sous-tendent. Pour les uns, la constitution économique justifie autant le projet économique et politique européen ; pour d'autres, elle justifie le projet européen en tant qu'il s'oriente exclusivement vers la défense des règles du marché ; d'autres, enfin, plus minoritaires, comme Teitgen, rejettent clairement l'idée d'une finalité homogène qui serait inhérente au traité.

On ne peut nier pour autant que la référence au concept de constitution économique rassemble autour de valeurs communes certains acteurs dominants de la construction européenne (Rueff, Pescatore, Catalano)¹⁵⁶. Elle séduit aussi et semble s'imposer comme un consensus, à partir des années 1970 comme en témoigne la rédaction d'un rapport significatif rendu à l'initiative de la Commission en 1973.

¹⁵¹ Institut d'études juridiques européennes Fernand Dehousse, *La Constitution économique européenne*, op. cit., p. 179-182. Il s'agit de l'intervention du doyen Dabin.

¹⁵² *Ibid.*, p. 192-197. Interventions de P.-H. Teitgen et M. Lagrange.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 200-201. Intervention de M. Junod.

¹⁵⁴ On pense bien sûr au système juridique américain et à l'affaire *Lochner* : *Lochner v. New York*, 198, U.S. 45, (1905), p. 139-163, affaire dans laquelle le juge Holmes exprime une opinion dissidente consistant à défendre l'idée selon laquelle il n'appartient pas à la Cour Suprême de procéder aux choix économiques fondamentaux de la nation, mais bien à la volonté populaire.

¹⁵⁵ P.-H. TEITGEN, « Structure et fonctionnement des Communautés », in *Cours de droit institutionnel communautaire*, Licence 4^e année, Paris, Les cours du droit, 1972-1973, p. 88.

¹⁵⁶ On peut aussi citer dans ce groupe, Hans von der Groeben, membre actif de la Commission européenne jusqu'aux années 1970 : H. VON DER GROEBEN, « Zur Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaft », *Integration*, vol. 4/1, 1981, p. 3-21.

Dirigé par l'universitaire P. VerLoren van Themaat, ancien directeur général de la division concurrence sous l'autorité de Hans van der Groeben jusqu'en 1967, ce rapport part de l'idée que le « droit économique » serait à même d'établir « [...] un marché commun et à la réalisation d'une Union économique et monétaire, et comment cette harmonisation peut être réalisée¹⁵⁷ ». En cherchant à établir qu'il existe des principes économiques constitutionnels communs aux pays de la CEE, il s'agit de savoir si ces principes sont susceptibles de s'opposer à la réalisation juridique d'un marché et d'une union monétaire communs. Les travaux menés par les universitaires parties prenantes de la rédaction de ce rapport vont, du reste, donner une visibilité doctrinale plus large au concept de droit ou de constitution économique au sein des pays de la CEE. On pense aux écrits ultérieurs de T. Dainith au Royaume-Uni ou de L. Constantinesco en France¹⁵⁸, qui vont jouer un rôle d'intermédiaire, pour reprendre les catégories de la sociologie des réseaux¹⁵⁹, dans la transmission d'une tradition doctrinale visant à penser le fonctionnement du système économique par le moyen du droit.

Cet aperçu de la réception du concept de constitution économique qui se décline en « ordre », « principes » ou « droit » illustre son intérêt pour la doctrine et pour certains acteurs de la communauté européenne. Historiquement, la référence à la constitution économique sert de repoussoir idéologique au communisme¹⁶⁰. Elle permet aussi, après le retentissant échec politique de la Communauté européenne de défense, de maintenir la flamme du projet fédéraliste européen en proposant une lecture plus ambitieuse du Traité de Rome. Il n'est pas interdit de penser que la notion de constitution économique a influencé, même implicitement, la méthode d'interprétation téléologique de la Cour. La recherche des *finalités économiques* de ce traité en singularise les principaux objectifs, que sont notamment la réalisation du marché commun et son corollaire, le développement du processus concurrentiel¹⁶¹. Aussi la référence à la constitution économique agrège-t-elle des consensus de nature différente, parfois contradictoires. Par la suite, elle ouvrira un espace transnational de circulation des idées économiques néolibérales dominantes vers

¹⁵⁷ P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Le droit économique des États membres des Communautés européennes dans le cadre d'une Union économique et monétaire*, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1973, p. 3-13, en part. p. 9.

¹⁵⁸ D'une manière plus large, il faut observer qu'on retrouve au colloque de Cologne de 1963 la plupart des auteurs qui adhèrent à la notion ordolibérale de « constitution économique » au sens large ou se sont exprimés sur la question : N. Catalano, H.C. Nipperdey, H.-W. Daig, M. Gaudet, J. Mestmäcker, C.-F. Ophüls, P. VerLoren Van Themaat, M. Waelbroeck.

¹⁵⁹ Sur le concept d'intermédiaire, voir L.C. FREEMAN, « Centrality in Social Network: Conceptual Clarification », *Social Network*, vol. 1, 1978-1979, p. 215-239.

¹⁶⁰ Sur cette question, voir A. COHEN, « La constitution européenne. Ordre politique, utopie juridique et guerre froide », *Critique internationale*, n° 26, 2005/1, p. 128-131.

¹⁶¹ Cette interprétation est soutenue principalement par un certain nombre d'ordolibéraux : H. VON DER GROEBEN, « Der gemeinsame Markt als Kern und Motor der Europäischen Gemeinschaft in Europa ringt um sein Wirtschaftsverfassung », in *Liber Amicorum für Karl-Heinz Narges*, 1984, Bonn, Europa Union, p. 19-45 ; J. SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1970 ; en langue française, voir L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, n° 2, avril-juin 1977, p. 244-281. Cet article est la réponse apportée par Constantinesco aux réserves exprimées à Liège en 1970 par Pierre-Henri Teitgen et M. Lagrange. Voir, dans l'article de Constantinesco, la note n° 5, p. 247.

la communauté des juristes¹⁶². Ces idéologies économiques sont d'autant mieux en phase avec le projet juridique européen qu'elles ont, depuis les années 1970 et l'avènement politique des courants néolibéraux ainsi que l'influence exercée par Hayek sur l'école de Fribourg lors de son retour en Europe, pris la mesure de l'importance des « institutions »¹⁶³. Pour toutes ces raisons, la constitution économique pose, à partir de la fin des années 1980, les bases d'un discours juridico-économique transnational qui trouve son plein épanouissement avec l'Acte unique¹⁶⁴.

D. Les antagonismes grandissants autour des valeurs inhérentes à la constitution économique

Les différentes fortunes du concept de constitution économique dans les cercles universitaires proches de la Cour, du Parlement ou de la Commission, n'ont pas été sans conséquence sur la manière de se représenter le fonctionnement politique de l'Union européenne. S'il reste difficile pour le juriste d'en mesurer les effets, il est en revanche possible de formuler quelques hypothèses sur les transformations sous-jacentes à l'emploi de la locution « gouvernance économique » par préférence à celle de « constitution économique ». Ainsi que l'a montré Nicolas Jabko, l'une des conséquences les plus significatives est l'excèsif crédit qu'a donné le concept de constitution économique à une manière de penser la construction politique européenne par le marché¹⁶⁵. Il s'est imposé *de facto* une hiérarchie symbolique entre les politiques européennes au profit de celle qui en a été le moteur pendant près de trente ans : la politique de concurrence et les libertés de circulation¹⁶⁶. Une tentative de légitimation de cette orientation politique a été proposée par Hans Peter Ipsen pour qui la construction européenne institue, pour reprendre les termes de Joerges, « une rationalité fonctionnaliste et technocratique¹⁶⁷ ». À cet égard, on

¹⁶² A. COHEN, « Constitutionalism Without Constitution: Transnational Elites Between Mobilisation and Legal Expertise in Making a Constitution of Europe (1940-1960) », *Law and Social Enquiry*, vol. 32, 2007, p. 109-135. Pour un exemple de lecture ordolibérale faisant peu de place aux objectifs sociaux du traité, voir J. SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, *op. cit.*; E.J. MESTMÄCKER, « Macht-Die sichtbare Hand des Rechts », in H. BAIER (dir.), *Freiheit und Sachzwang*, Opladen, Verlag GmbH, 1977, p. 294-308; E.D.W. RAHMSDORF, *Ordnungspolitischer Dissens und europäische Integration*, Strasbourg, Kehl am Rhein 1982.

¹⁶³ M. WOHLGEMUTH, « L'influence de l'économie autrichienne sur le libéralisme allemand », in P. NEMO, J. PETITOT (dir.), *Histoire du libéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2006, p. 985-1030.

¹⁶⁴ Sur cette question, voir N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009; G. TEUBNER, « Transnational Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des National-Staates », *ZaöR*, vol. 74, 2014, p. 733-761.

¹⁶⁵ Le marché est ici entendu comme forme politique de gouvernance de l'Union, voir sur ce point, le numéro spécial de la revue *Gouvernement et action publique*, 2017/4, n° 4 : *Le marché comme instrument d'action publique* et N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

¹⁶⁶ F. SCHARPF, « The Asymmetry of European Integration or Why Europe Can't Have a Social Market Economy », *Socio-Economic Review*, vol. 8, 2010, p. 211-250.

¹⁶⁷ C. JOERGES, « Sur la légitimité d'européaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *RIDE*, 2004/2, t. XVIII, p. 133-170, en part. p. 138-139; H.-P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, Mohr, 1972; C. JOERGES, « What is left of European Economic Constitution II? From Pyrrhic victory to Cannae Defeat », in P.F. KJAER et N. OLSEN (dir.), *Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro*, London, New York, Rowman & Littlefield,

constate sans étonnement le faible nombre de critiques qui ont été adressées à l'encontre de la constitution économique – entendue comme garante des valeurs économiques fondamentales du traité – au sein de la doctrine européenne. L'explication pourrait être culturelle. Héritière des débats de Weimar, la doctrine allemande ou, plus largement, d'influence germanique, a su imposer un concept compatible avec les orientations politiques de l'Europe¹⁶⁸.

Ce relatif consensus a sensiblement évolué depuis la fin des années 1980. La première explication de cette évolution tient dans le fait que la tradition doctrinale qui mobilise le concept de « constitution économique » s'est en partie émancipée de l'influence ordolibérale traditionnelle, tout en amplifiant la référence aux modèles et théories économiques néoclassiques dominantes¹⁶⁹. Cette émancipation s'est traduite par la construction d'un discours doctrinal qui met les libertés économiques au service d'objectifs non économiques définis par le traité. À cette première explication, il convient d'en ajouter une seconde, celle de la montée en puissance, depuis les années 1990, du constitutionnalisme européen assimilant la jurisprudence de la Cour à une jurisprudence de type fédéral¹⁷⁰. Cette entreprise tente

2016, p. 143-160 ; C. JOERGES, « What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy », *European Law Review*, vol. 30, 2005, p. 461-489 ; E. CHRISTODOULIDIS, « The European Court of Justice and “Total Market Thinking” », *German Law Journal*, vol. 14/10, 2013, p. 2005-2020.

¹⁶⁸ Orientation d'intervention par le droit systématisée au sein du concept d'État régulateur par le travail de Majone : G. MAJONE et J.-F. BAILLON, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996. Pour une illustration de la perpétuation de cette tradition en Allemagne, voir R. SCHMIDT, *Wirtschaftspolitik und Verfassung*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1971.

¹⁶⁹ On veut dire par là que l'identification ou l'invocation de normes économiques déduites de la « constitution » a laissé place à un usage de la constitution économique compris comme un moyen au service de politiques économiques au sein de l'Union. Principalement située dans les politiques les plus intégrées, les libertés de circulation et la concurrence, cette nouvelle tradition élargie à l'Union économique et monétaire, prend son essor à la fin des années 1990 et ouvre la porte à des raisonnements de plus en plus sophistiqués fondés sur des arguments économiques. La thèse de doctorat de Poiars Maduro, qui tente à la fois de concilier dans le sillage de Majone, les objectifs économiques et sociaux du traité, illustre cette dernière affirmation (M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and The European Economic Constitution. A critical Reading of Article 30 of EC Treaty*, Hart Publishing, 1998, p. 126-131 et 159-164). Sur la montée en puissance de la normativité économique, on renvoie par exemple aux débats qui ont eu lieu après la signature du traité de Maastricht sur les objectifs économiques du traité, notamment sur la question de savoir s'il faut attribuer à l'Union la compétence de légiférer dans plusieurs domaines ou plutôt instituer un système de concurrence normative entre les États afin de parvenir à davantage d'intégration. Streit et Mussler soulignent par ailleurs le danger de « capture » des institutions communautaires par un certain nombre de lobbys en cas d'attribution supplémentaire de compétences (M. STREIT et W. MUSSLER, « The Economic Constitution of the European Community: from “Rome” to “Maastricht” », *European Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1995, p. 5-30 ; voir le commentaire de L. HANCHER, « Comment on The Economic Constitution of the European Community: from “Rome” to “Maastricht” », *European Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1995, p. 86-88 ; C. DIETER EHLERMANN, « Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler: The Economic Constitution of the European Community: from “Rome” to “Maastricht” », *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 84-85 ; M. STREIT et W. MUSSLER, « Reply to the comments by Leigh Hancher and Claus-Dieter Ehlermann », *European Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1995, p. 89-91).

¹⁷⁰ Voir par exemple A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999 ; I. PERNICE, « Europäisches und nationales Verfassungsrecht », *VVDStRL*, vol. 60, 2000, p. 148-193.

d'aller au-delà de l'interprétation dominante proposée par Hallstein et selon laquelle l'Union s'apparente à une « communauté de droit » au sens où certaines des compétences qu'elle exerce sont en partie de nature fédérale. Rudolf Bernhardt, Ingolf Pernice, Neil MacCormick, Joseph Weiler, Miguel Poiares Maduro, Matthias Kumm, proposent, différemment, une lecture du droit de l'Union européenne en termes de « processus de constitutionnalisation¹⁷¹ ». Pernice, en particulier, mobilise le concept de « constitutionnalisme composé » permettant l'intégration progressive des droits constitutionnels nationaux et du droit de l'Union. Il en résulte *de facto* ce qui s'apparente à l'instauration d'un « pacte constitutionnel¹⁷² » duquel l'Union tirerait désormais sa légitimité politique. Cette thèse, qui n'est pas à l'abri de critiques¹⁷³, a été approfondie par Armin von Bogdandy. Elle prend encore le nom d'« européanisation du droit constitutionnel¹⁷⁴ » et trouve à s'illustrer dans plusieurs domaines dont l'économie¹⁷⁵.

¹⁷¹ Parmi les multiples écrits, voir E. STEIN, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, vol. 75/1, 1981, p. 1-27 ; K. LENAERTS, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38/2, p. 205-263 ; N. MACCORMICK, « Sovereignty beyond the State », *Modern Law Review*, 1993, vol. 56/1, p. 1-18 ; T. SCHILLING, « Treaty and Constitution. A Comparative Analysis of an Uneasy Relationship », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 3/1, 1996, p. 47-68 ; A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J. WEILER, *The European Courts and National Courts. Doctrine & Jurisprudence: Legal Change in its social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998 ; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; I. PERNICE et F. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, n° 4, 2000, p. 623-648 ; A. VON BOGDANDY, « The European Union as a Supranational Federation », *Columbia Journal of European Law*, vol. 6, 2000, p. 27-54 ; O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2009 ; G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; J. KOMAREK et M. AVBELJ (dir.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012 ; F.-X. MILLET, *L'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, 2013 ; K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2013 ; A. BAILLEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1 : *Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2016. Une bibliographie fournie des débats initiaux sur le constitutionnalisme européen est donnée par Weiler dans son ouvrage : J.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Does the New Clothes Have An Emperor?" And Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 221-237.

¹⁷² Telle est la thèse défendue par exemple par A. BAILLEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1 : *Fondements du droit institutionnel de l'Union*, *op. cit.*

¹⁷³ Voir par exemple D. GRIMM, « Does Europe Need a Constitution? », *European Law Journal*, 1995, vol. 1/3, p. 282-303 ; O. CAYLA, « L'obscurité de l'identité du pouvoir constituant européen », in O. CAYLA et P. PASQUINO (dir.), *Le pouvoir constituant et l'Europe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 107-122 ; D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, trad. J. Collings, Oxford, Oxford University Press, 2017. Les arguments de D. Grimm ont aussi été exposés au Collège de France le 29 mars 2017 dans le cadre de la Chaire « État social et mondialisation ».

¹⁷⁴ A. VON BOGDANDY, « Founding Principles », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing, Verlag C.H. Beck, 2011, p. 11-54.

¹⁷⁵ Sur le processus de constitutionnalisation de l'économie, voir L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Paris, éd. Frison-Roche, 2003, p. 277-309 ; A. HATJE, « The Economic Constitution Within the Internal Market », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/Munich, Hart Publishing/C.H. Beck, 2009, p. 589-629 ; H. BRIBOSIA, « La politique économique et monétaire », in G. AMATO, H. BRIBOSIA et B. DE WITTE (dir.), *Genèse et destinée de*

De fait, les travaux autour de la constitution économique ont évolué dans deux directions complémentaires. La première a tenté d'inscrire la constitution économique dans un cadre politique plus large lié aux objectifs de la construction européenne ; la seconde a fait bénéficier la constitution économique de l'aura du constitutionnalisme supranational, ce qui a apporté au concept une source de légitimité indépendante des politiques économiques nationales. Ces deux mouvements ont eu pour conséquence de soustraire le concept de constitution économique à toute forme de critique d'ordre politique, tant du point de vue de sa légitimité que de ses orientations économiques. Du point de vue de la légitimité tout d'abord, la constitution économique justifie l'idée selon laquelle les normes qui habilent les choix économiques qui y sont consacrés sont légitimes parce qu'elles font partie intégrante du « pacte fédératif européen ». Il en découle que les choix économiques pris sur le fondement de traités et interprétés par la Cour reflètent dans une certaine mesure la « volonté » des peuples européens exprimés par leurs représentants¹⁷⁶. Du point de vue des choix politiques ensuite, il demeure ardu de critiquer les orientations politiques qui découlent de cette même constitution économique. La mise en œuvre de ces orientations est jugée conforme à une forme de rationalité économique, elle-même supposée déduite au regard des « objectifs » définis par le traité¹⁷⁷. Or, en pointant les insuffisances démocratiques des institutions européennes, la crise de 2008¹⁷⁸ et notamment la signature du TSCG (Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance)¹⁷⁹ ont remis sur la table la question de la légitimité de la « constitution économique européenne »¹⁸⁰. Introduites dans

la Constitution européenne, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 663-685 ; K. TUORI, « La Constitution économique parmi les constitutions européennes », *RIDE*, vol. 25, n° 4, 2011, p. 559-599.

¹⁷⁶ Avis de la Cour de justice du 4 déc. 1991 *sur le projet d'accord entre la Communauté et l'AELE*, 1/91, Rec. 1991, I-06079 § 50, cité par A. HATJE, « The Economic Constitution Within the Internal Market », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, op. cit., p. 589-622.

¹⁷⁷ La critique du manque de prise en considération des politiques sociales est généralement évitée par la convocation d'un modèle formel de constitution européenne à plusieurs couches, sans que l'on sache véritablement de quoi il en retourne concrètement lorsqu'il s'agit de concilier, devant les juges, les normes sociales avec les normes économiques. Sur le modèle d'une constitution multiple, voir K. TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

¹⁷⁸ Les références sur ce point sont légion : J.-B. AUBY et P. IDOUX (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; C. DEGRYSE, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2012/23, n°s 2148-2149, p. 5-82 ; J.-V. LOUIS, « La nouvelle "gouvernance" économique de l'espace euro », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 405-427 ; F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *CDE*, n° 1/2012, p. 17-99 et *CDE*, n° 2/2012, p. 409-457 ; N. DE SADELEER, « The New Architecture of the European Economic Governance: A Leviathan or a Flat-Footed Colossus? », *Maastricht Journal of Comparative and EU Law*, 2012, p. 354-388.

¹⁷⁹ Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance du 2 mars 2012 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Sur cette question, voir G. Orsoni, « Faut-il juridiciser l'équilibre budgétaire ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 483-493. Pour un point de vue critique sur la règle d'or, voir M. LASCOMBE, « Les vicissitudes de la "règle d'or" budgétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, op. cit., p. 373-386.

¹⁸⁰ S. DE LA ROSA, « La gouvernance économique de l'Union et le sens de l'intégration », *RTDE*, 2016, p. 513-536. Un point de vue critique de cette question a été développé par M. WILKINSON : M. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism: The Conjunction Behind the Crisis », *LSE Legal Studies Working Paper*, n°5/2018, p. 1-21.

l'ordre juridique des États de la zone euro, ces dispositions, qu'il s'agisse du TSCG ou du pacte de stabilité et de croissance (PSC), contraignent juridiquement la mise en place de politiques économiques conjoncturelles. Les politiques économiques des États font désormais l'objet d'un « accompagnement » par le biais de l'instauration du semestre européen¹⁸¹. Ces différents dispositifs, pris dans le cadre des traités, parfois en dehors, ont accentué les critiques à l'encontre de l'émergence de la nouvelle gouvernance économique¹⁸². Par la même occasion, ils ont remis en cause l'idée selon laquelle les choix économiques opérés dans l'Union européenne seraient légitimes car conformes aux orientations des traités. Pour le dire encore autrement, la crise économique de 2008 a réactivé une des justifications principales de l'utilité du concept de constitution économique : la légitimité supposée de normes économiques censées être prises sur le fondement des traités. Sans la connotation du concept, la légitimité des politiques économiques mises en œuvre dans l'Union européenne s'en trouve mise à mal. Les divergences politiques autour de l'interprétation de la clause de « non-renflouement » entre les partisans du respect scrupuleux des traités et ceux qui ont souhaité aller au-delà illustrent à plus d'un titre cette affirmation¹⁸³.

¹⁸¹ Le semestre européen s'entend du processus de coordination informelle des politiques économiques des États de la zone euro. Institué par le « Two-Pack », il contribue à harmoniser les politiques économiques des États. Les réformes structurelles appliquées en France depuis plusieurs années se conforment largement aux recommandations adressées par la Commission.

¹⁸² Par exemple Tony Prosser, qui soutient avec d'autres que le respect du cadre formel a été peu respecté durant la crise des dettes souveraines : T. PROSSER, *Economic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹⁸³ Elles débutent avec l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 125 TFUE qui instaure la clause de « non-renflouement ». La Banque centrale décide alors, pour résoudre la crise des dettes souveraines, de sortir de la lettre de l'article 125 TFUE par le moyen d'un programme de rachat de dettes publiques. Il s'ensuit au courant de l'année 2011, fait assez rarissime, la démission de Jürgen Stark, alors chef économiste de la BCE dont le point de vue est soutenu par Axel Weber ancien président de la Bundesbank. La Cour de Karlsruhe a quant à elle été saisie par 37 000 plaignants allant de la gauche radicale aux élus conservateurs, de la légalité de la décision du 29 juin 2012 du Bundestag approuvant la ratification du MES et du TSCG. Si le *Bundesverfassungsgericht* rejette les moyens, il prescrit une limite d'action aux autorités allemandes : elles ne peuvent aller au-delà de la contribution de la République fédérale au MES – ce qui constitue un verrou permettant de maintenir la compétence budgétaire des États – et sont tenues d'informer le Bundestag et le Bundesrat des activités tant du MES que de la BCE (D. SIMON, « Cour constitutionnelle allemande, mécanisme européen de stabilité et pacte budgétaire : feu vert ou feu orange ? », *Europe*, n° 10, oct. 2012). Pour un commentaire détaillé de l'arrêt *Pringle*, voir F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose », *RTDE*, 2013, p. 239-266. Sur l'affaire Gauweiler, voir D. ADAMSKI, « Economic Constitution of the Euro Area after the Gauweiler Preliminary Ruling », *Common Market Law Review*, vol. 52/6, 2015, p. 1490-2015 ; A. HINAREJOS, « The Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union », *European Constitutional Law Review*, vol. 11/3, 2015, p. 563-576 ; R. KOVAR, « L'affaire OMT. L'extension des moyens d'intervention de la Banque centrale européenne », *RTDE*, 2015, p. 579-592. Sur la décision de la Cour fédérale allemande validant le mécanisme des OMT, voir M. PAYANDEH, « The OMT Judgement of the German Federal Constitutional Court: Repositioning the Court Within the European Constitutional Architecture », *European Constitutional Law Review*, vol. 13/2, 2017, p. 400-416.

Nombreux ont été les commentaires critiques¹⁸⁴ adressés par la doctrine à l'encontre des décisions *Pringle* et *Gauweiler* rendues par la Cour de justice. Ils se sont principalement concentrés sur la violation de la clause de non-renflouement et les instruments de droit international ou de droit souple issus de la nouvelle gouvernance économique. Alors que la constitution économique a longtemps symbolisé une certaine limitation juridique de l'intervention des autorités européennes ou des États membres sur le marché¹⁸⁵, de nombreux auteurs prennent acte de la remise en cause de cette idée. En effet, dans sa décision rendue sous l'empire du traité de Maastricht après l'adoption de l'Union économique et monétaire, la Cour de Karlsruhe a soutenu l'argument selon lequel le cadre juridique de l'union économique et monétaire constitue la base de la légitimité de son action¹⁸⁶. Christian Joerges ne s'y est d'ailleurs pas trompé : le passage de la « constitution économique » à la « gouvernance économique » marque clairement la crise du modèle de constitution économique qui s'est imposé dans l'Union européenne sous l'empire du traité de Rome¹⁸⁷.

Dans ce contexte, il est possible de systématiser deux registres de valeurs, l'un de type légal-rationnel et l'autre de type rationnel-économique¹⁸⁸. Le premier correspond au discours des acteurs qui défendent l'idée que les choix économiques « fondamentaux » de l'Union doivent s'opérer dans le cadre du traité¹⁸⁹. Le second registre de valeur qui émerge depuis la crise propose de s'écarter, dans certaines circonstances, de l'orthodoxie des traités afin d'approfondir le rapprochement des politiques économiques et monétaires des États membres¹⁹⁰.

Ainsi, la crise des dettes souveraines a remis en question un élément de consensus sur lequel s'est appuyée la référence à la constitution économique européenne, à savoir la nécessité d'un encadrement juridique du pouvoir discrétionnaire des États et de l'Union dans le domaine des politiques économiques menées dans le cadre du traité. C'est au nom de cette valeur légale-rationnelle que s'érigent en défenseurs du traité les partisans d'une Union économique et monétaire ancrée

¹⁸⁴ J. HABERMAS, « Bringing the Integration of Citizens into Line With the Integration of States », *European Law Journal*, vol. 38/4, 2012, p. 485-488. D'une manière plus générale, voir J. HABERMAS, « The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law », *European Journal of International Law*, vol. 23/2, 2012, p. 335-348 ; M. RUFFERT, « The European Debt Crisis and European Union Law », *Common Market Law Review*, vol. 48/6, 2011, p. 1777-1805 ; J.-V. LOUIS, « The No-Bailout Clause and Rescue Packages », *Common Market Law Review*, vol. 47/4, 2010, p. 971-986.

¹⁸⁵ En matière de libertés de circulation, voir C. ERIKSEN, *The European Constitution, Welfare States and Democracy: the Four Freedoms vs National Administrative Discretion*, Abingdon, Routledge, 2011.

¹⁸⁶ *Brunner v. European Union Treaty*, 12 oct. 1993, 89 BVerfGE, 155.

¹⁸⁷ M. DAWSON, E. ENDERLEIN et C. JOERGES, *Beyond the Crisis. The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

¹⁸⁸ Sur le sens que l'on attribue ici au concept de registre de valeur et la théorie à laquelle nous nous référons, voir N. HEINICH, *Des valeurs. Une approche sociologique*, op. cit., p. 225-275.

¹⁸⁹ F. JACOBS, *Sovereignty of Law: The European Way*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

¹⁹⁰ Tel est par exemple, le point de vue assumé par le président de la BCE. Voir en ce sens son discours prononcé à l'Institut Universitaire de Florence, le 11 mai 2018 : « Risk-Reducing and Risk-Sharing in our Monetary Union » [<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180511.en.html>] (consulté le 26 mai 2018).

dans le respect du droit primaire. Ce premier registre légal-rationnel, généralement critique à l'égard de la nouvelle gouvernance économique, attache une forte valeur symbolique au respect du droit. Le spectre de ceux qui partagent une telle idée est large : il va de la critique juridico-économique de l'action hors mandat de la BCE à la légitimité des instruments de la nouvelle gouvernance économique, adoptés en dehors du cadre du droit de l'Union. Face à eux apparaît une autre forme de registre de valeur, que l'on pourrait qualifier de rationnel-économique. Au nom du « pragmatisme » initié par les dispositifs mis en œuvre par la BCE depuis la crise (FSF, MES, OMT, politiques d'assouplissement quantitatif, etc.), il s'agit de réunir progressivement entre les mains de l'Union européenne les compétences « monétaires » et « économiques ». Une solution possible serait de passer par un fédéralisme sans autre légitimité que celle des raisonnements économiques qui la fondent¹⁹¹. Ce deuxième registre de valeur semble guider l'action d'un certain nombre de dirigeants de la BCE et de juristes qui distinguent désormais entre une micro et une macro « constitution économique¹⁹² ». Dans ces thèses, souvent discutées à la fois par les acteurs de l'Union et par les universitaires, la recherche d'autres moyens de réunir efficacité et légitimité des politiques économiques mises en œuvre reste généralement négligée dans la pratique des acteurs politiques européens. Entre ces deux types de registres, il y a bien sûr la place pour une infinité d'approches plus complexes et sophistiquées qu'il n'est pas possible de détailler ici. Il est toujours possible d'éluder cette question lancinante de l'adhésion des peuples au projet européen en la considérant comme une réflexion d'arrière-garde. La montée des « populismes » et la sortie négociée du Royaume-Uni¹⁹³ manifestent toutefois avec force un phénomène qu'il devient difficile d'expliquer sans prendre au

¹⁹¹ Idée défendue, par exemple, par M. Caron : M. CARON, « Réflexion sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP*, n° 2, 2016, p. 557-595. Ce qu'ont bien perçu des économistes comme M. Aglietta : M. AGLIETTA et N. LERON, *La double démocratie. Une Europe politique pour la croissance*, Paris, Seuil, 2017. Pour un exemple de raisonnement économique alimentant l'intervention de la BCE, voir « Increasing Resilience and Long-Term Growth: The Importance of Sound Institutions and Economic Structures for Euro Area Countries and EMU », *ECB Economic Bulletin*, 2016/5, p. 1-21 ; P. KRUGMAN, « Revenge of the Optimum Currency Area », in D. ACEMOGLU, J. PARKER et M. WOODFORD (dir.), *NBER Macroeconomic Annual*, vol. 27, 2012, p. 439-448 ; B. THÉRET, « Sortir d'en bas par le haut de la crise de l'Euro-zone. Une réponse en termes de fédéralisme monétaire » et « Annexe. Un antécédent historique : le blocade de la province argentine du Tucuman (1985-2003) », *Revue du MAUSS permanente*, 20 mai 2014.

¹⁹² L'un des représentants de cette thèse, Karloo Tuori, s'appuie sur sa théorie d'une constitution européenne à plusieurs étages (économique, sociale, politique, etc.) pour aboutir à la conclusion selon laquelle la constitution macro-économique de l'Europe, trop longtemps négligée, mériterait d'être « complétée » (K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014). Ce dernier argument est approfondi par H. HOFMAN et K. PANTAZATOU, « The Transformation of European Economic Constitution », *University of Luxembourg Law Working Paper*, n° 2015-01 [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2564156>]. En réalité, il est difficile de savoir si, en partant de ce constat, les auteurs ne tentent pas simplement d'apporter *a posteriori* une justification à la jurisprudence de la Cour et aux interventions de la BCE. On renvoie au résumé du débat entre Joerges, Ruffert, Georgosouli et Jaros : [<http://verfassungsblog.de/author/klaus-tuori>] (consulté le 19 juillet 2017). Un exposé des points de vue sur le sujet peut aussi être trouvé : M. FICHERA, S. HANNINEN et K. TUORI (dir.), *Polity and Crisis: Reflections on the European Odyssey*, London, New York, Routledge, 2016.

¹⁹³ Sur ce point, voir G. DE BÚRCA, « Is EU Supranational Governance a Challenge to Liberal Constitutionalism? », *New York University School of Law, Public Legal Theory Research Paper series*, n° 18-09, February, 2018.

sérieux le sentiment qu'il n'est plus possible, quel que soit le choix politique effectué au niveau national, d'avoir prise sur une orientation économique définie dans les institutions européennes.

Lionel Zevounou

Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre, chercheur au CRDP (EA 381) et membre associé de l'IDHES (UMR 8533) [<https://cv.archives-ouvertes.fr/lionel-zevounou>]

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit

<http://juspoliticum.com/numero/La-jurisprudence-du-Conseil-Constitutionnel-et-les-differentes-branches-du-droit-numero-20-21-73.html>

http://juspoliticum.com/uploads/jp20-21_ebook.pdf

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critique

- Olivier Beaud, Philippe Conte et Philippe Wachsmann : [Préface](#)
- Dominique Fenouillet : [Le droit civil des personnes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : promotion ou déformation ?](#)
- François Chénéde : [Quelle « constitutionnalisation » pour le droit civil des contrats ?](#)
- Bénédicte Girard : [La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel](#)
- François-Xavier Lucas : [Le droit des affaires à l'épreuve de la jurisprudence du Conseil constitutionnel](#)
- Philippe Conte : [Les incohérences du Conseil constitutionnel en matière pénale](#)
- Denis Baranger : [Comprendre le « bloc de constitutionnalité »](#)
- Agnès Roblot-Troizier : [Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel. Regards croisés](#)
- Olivier Beaud : [Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et ses approximations](#)
- Andrea Hamann : [Sur un « sentiment » de souveraineté](#)
- Bruno Daugeron : [Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ?](#)
- Patrick Wachsmann : [Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire](#)
- Emmanuel de Crouy-Chanel : [La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale](#)
- Véronique Champeil-Desplats : [L'autonomisation des références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel](#)

Constitutionnalisme global (suite)

- Denis Baranger : [Brexit as a Constitutional Decision: An Interpretation](#)
- Évelyne Lagrange : [Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela ?](#)
- Pierre Auriel : [Recension de C. Briceux et B. Frydman \(dir.\), Les défis du droit global](#)

Autour de Droit administratif général de Benoît Plessix

- Olivier Beaud et Denis Baranger : [Avant-propos](#)
- Patrick Wachsmann : [Pour saluer le Droit administratif général de Benoît Plessix](#)
- Pierre Moor : [Après une lecture du livre de Benoît Plessix, Droit administratif général](#)
- Jacques Caillosse : [Un « manuel » hors les codes. À propos du Droit administratif général de Benoît Plessix](#)
- Benoît Plessix : [En guise de réponse](#)

Archives : Journal de Casimir-Perier

- Elina Lemaire : [Présentation du « Journal de la présidence » de Jean Casimir-Perier](#)
- Jean Casimir-Perier : [« Journal de la présidence »](#)

Varia

- Nicolas Gabayet : [Une page de l'histoire de la pensée du droit administratif : « le moment Dicey »](#)
- Lionel Zevounou : [Le concept de « constitution économique » : Une analyse critique](#)

Paper

- Samy Benzina : [Les executive orders du président des États-Unis comme outil alternatif de législation](#)

Notes de lecture

- Christian Bidégaray : [C. Guérin-Bargues, Juger les politiques ? La cour de justice de la République](#)
- Armel Le Divellec : [B. Constant, Œuvres complètes, vol. 15 : Brochures politiques \(1819-1821\)](#)
- Nicolas Roussellier : [Ph. Raynaud, L'esprit de la V^e République. L'histoire, le régime, le système](#)
- Aurélien de Travy : [La théorie constitutionnelle américaine et la difficulté contre-majoritaire : À propos de la thèse d'Idris Fassassi](#)

Mémoires

- Pierre Georget : [Carl Joachim Friedrich et la liberté politique. La liberté relative de l'homme dans sa communauté](#)