



HAL
open science

LE TRAITÉ ÉTABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE AU CARREFOUR DES AMBIVALENCES

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. LE TRAITÉ ÉTABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE AU CARREFOUR DES AMBIVALENCES. L'intégration européenne au XXI^e siècle. En hommage à Jacques Bourrinet, pp.39-71, 2004. hal-01744410

HAL Id: hal-01744410

<https://hal.science/hal-01744410>

Submitted on 27 Mar 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.

Références à mentionner en cas de citation

« Le traité établissant une Constitution pour l'Europe au carrefour des ambivalences », *L'intégration européenne au XXI^e siècle. En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp.39-71.

3

**LE TRAITÉ ÉTABLISSANT
UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE
AU CARREFOUR DES AMBIVALENCES**

Laurence BURGORGUE-LARSEN

« *Mieux vaut tard que jamais* » ! Voilà comment l'adoption du Traité établissant une Constitution pour l'Europe fut accueillie par le Président de la République française le soir du 18 juin 2004. On aurait pu attendre mieux qu'un dicton populaire et galvaudé pour un texte dont l'idée émergea en pleine crise sur le sens de l'intégration européenne (1) mais qui, au bout du compte, a pour ambition d'être un acte fondateur (2).

Ce traité pourtant n'est pas le premier du genre. Il y eut en effet plusieurs coups d'essai constitutionnel qui furent tous des coups manqués (3). Il faut dire que la tâche « constituante » communautaire, en elle-même, n'est guère aisée (4). Mais cette fois-ci, si l'évidence constitutionnelle réussit à s'imposer, c'est avant tout parce que les hommes

-
- (1) C'est ce que nous avons tenté de mettre en exergue dans « Pourquoi une Constitution européenne ? », La « Constitution européenne » : une Constitution ?, *RAE*, 2001-2002/6, Actes de la journée d'études constitutionnelles du 28 mars 2003, pp. 670-682. L'Union étant entrée depuis 1992 dans un « processus quasi permanent de révision », il était question de trouver une formule qui mettrait un terme au principe de cette expansion modificatrice et qui modifierait également la méthode de la révision, B. de Witte, *The closest thing to a Constitutional conversation in Europe: the semi-permanent treaty revision process*, P. Beaumont, C. Lyons, N. Walker (dir.), *Convergence and divergence in European public law*, Oxford, Hart, 2002, pp. 39-57.
- (2) L. Azoulay, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, septembre-octobre 2003, pp.859-875.
- (3) J-V. Louis, *Les projets de Constitution dans l'histoire de la construction européenne*, La Constitution de l'Europe, P. Magette (dir.), *La Constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2000, pp.41-52.
- (4) F. Dehousse, *Quelques réflexions sur l'écriture des Constitutions européennes*, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. I, Bruxelles, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, pp. 83-94.

politiques - au premier chef les représentants du couple franco-allemand - s'emparèrent avec conviction du « mot » (5). Le reste se mit en place assez facilement et fut le résultat d'un effet dynamique positif, processus bien connu de l'histoire de l'intégration. Cependant, il faut raison garder et éviter l'écueil de l'angélisme européen qui peut être l'apanage de ceux qui étudient avec attention et intérêt le droit communautaire. Car tout est loin d'être idyllique dans le monde de l'Union européenne. En l'occurrence, l'histoire du texte, son élaboration et son adoption ; le texte lui-même - son contenu et son contenant (*instrumentum*) - sont aux confluences des ambivalences. Est-ce entièrement étonnant quand on sait qu'en réalité toute l'histoire de la construction communautaire a sans cesse oscillé entre des visions antagonistes qui se sont matérialisées dans des institutions et des procédures représentant chacune des intérêts contradictoires ? Cette fois-ci, toutefois, l'ambivalence se retrouve jusque dans les termes mêmes du texte : voilà un traité qui établit une Constitution, la tension paroxystique est à son comble (6). Le « traité constitutionnel », hérétique pour beaucoup, entre dans le Panthéon des traités de révision, mais à une place bien singulière car il abroge l'existant (7), et, sur le substrat de l'acquis (8), pose les fondations du futur.

-
- (5) Les hommes politiques européens ont commencé à intervenir sur la thématique constitutionnelle avant même l'approbation, dans des conditions déplorables, du traité de Nice en décembre 2000. On pourra se reporter pour une analyse d'ensemble de type politiste à H. Marhold, Le débat politique sur la constitutionnalisation de l'Europe : enjeux et controverses, *L'Europe en formation*, 2001, pp. 15-31.
- (6) L-M. Díez Picazo, Traité ou Constitution ? La nature de la Constitution pour l'Europe, *L'Autorité de l'Union européenne*, L. Azoulay, L. Burgogue-Larsen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004 (à paraître dans la nouvelle Collection "Droit de l'Union"). Le constitutionnaliste espagnol affirme fort à propos que : « Le premier élément qui saute aux yeux est que l'on est en présence d'un texte qui aspire à être, tout à la fois, un traité et une constitution. Dans les premières versions élaborées par la Convention, il était question d'un "traité constitutionnel". Cette expression, en dépit des apparences, n'était guère subversive puisqu'elle est en harmonie parfaite avec la jurisprudence communautaire qui voit dans les traités actuels la "Charte constitutionnelle" de l'Union européenne. En d'autres termes, et sans préjudice du fait que le lien fondateur continue d'être conventionnel, il y aurait eu une "constitutionnalisation" des traités, tant en ce qui concerne leur méthode d'interprétation que s'agissant de leur fonction de limitation du pouvoir et de garantie des droits du citoyen. Ceci étant dit, quand on substitue l'expression de "traité établissant une Constitution pour l'Europe" à celle de "traité constitutionnel", le changement n'est pas purement stylistique, car il semble qu'il y ait une volonté de passer de la métaphore à la réalité. Il n'est plus question de Traités qui s'apparentent à une Constitution, mais d'une Constitution adoptée au moyen d'un traité ». Pour une analyse pénétrante du précédent américain mis en perspective avec l'intégration européenne, v. E. Zoller, Aspects internationaux du droit constitutionnel, *RCADI*, 2002, t.294, pp.43-155.
- (7) Ainsi le pose l'article IV-3 intitulé *Abrogation des traités antérieurs* : « A la date d'entrée en vigueur du traité établissant la Constitution sont abrogés le traité instituant la Communauté européenne et le traité sur l'Union européenne, ainsi que les actes et traités qui les ont complétés ou modifiés et qui figurent dans le protocole annexé au traité établissant la Constitution ».
- (8) L'acquis est préservé sur la base de l'article IV-3 *Succession et continuité juridique*, largement toiletté par la CIG qui y a ajouté une somme importante de précisions juridiques réparties dans cinq paragraphes. Il est intéressant de le comparer avec la disposition proposée par la Convention, *Continuité juridique par rapport à la Communauté européenne* : « L'Union européenne succède à la Communauté européenne et à

L'ambivalence du nouveau texte est tout à la fois méthodologique (I), institutionnelle (II) et matérielle (III). Acte de rupture, il est aussi acte de continuité. Novateur à certains endroits, il opte pour le *statu quo* à d'autres. « Prudence audacieuse », « Obscure clarté juridique » que ce traité établissant une Constitution pour l'Europe, une Europe plus que jamais imposante, forte de 453 millions d'habitants, et dans le même temps plus que jamais hétérogène, marquée par des États aux traditions culturelles et sociales opposées jusqu'aux antipodes. « Imposante faiblesse », « Grandeur hétérogène », les oxymores ne manquent pas pour révéler la stimulante complexité de la nouvelle Europe élargie.

I - L'AMBIVALENCE MÉTHODOLOGIQUE

L'ambivalence ne s'est pas épuisée dans le temps de la préparation du traité établissant la Constitution. À l'ambivalence originelle ayant présidé la méthode d'élaboration du texte (A), s'ajoute une ambivalence structurelle (9) qui gouverne entièrement l'évolution à moyen et long terme de l'Union (B).

A. L'ambivalence originelle

La forme qu'a revêtu la préparation et l'adoption du traité a été marquée par une première ambivalence forte de conséquences. La « méthode conventionnelle » (10) a été présentée comme une méthode de rupture (a) par rapport à celle, classique, de la Conférence intergouvernementale (CIG) (b). Or, bien que le mandat de la « Convention sur l'Avenir de l'Europe » n'ait jamais été un mandat constituant, le rêve fut un temps caressé de voir ses travaux avalisés purement et simplement par les représentants des États.

a) L'idée fut en effet un temps de voir le consensus àprement obtenu, après moult séances de discussions et round de négociations, insusceptible de faire l'objet de retouches, ou alors des retouches

l'Union dans tous les droits et obligations de celles-ci, qu'ils soient internes ou résultent d'accords internationaux, nés avant l'entrée en vigueur du traité établissant la Constitution en vertu des traités, protocoles et actes antérieurs, y compris tous les éléments du patrimoine actif et passif de la Communauté et de l'Union, ainsi que leurs archives. Les dispositions des actes des institutions de l'Union, adoptés en vertu des traités et actes mentionnés au 1^o alinéa, demeurent en vigueur dans les conditions prévues dans le protocole annexé au traité établissant la Constitution. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes est maintenue en tant que source d'interprétation du droit de l'Union ».

(9) Il faut comprendre ici le mot 'structurel' comme l'antonyme du mot 'conjoncturel'.

(10) On parle de « méthode » dans la mesure où la Convention chargée de rédiger une « Constitution pour les citoyens européens » - convoquée par le Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 - n'était pas la première du genre. Elle avait été précédée par la Convention dite « Herzog » chargée d'élaborer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pour une analyse de son mode de fonctionnement interne, F. Deloche- Gaudéz, La Convention pour l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux : une méthode constituante?, *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences po., 2002, p. 199. Sur l'originalité de la méthode conventionnelle dans le cadre de la construction communautaire, J-V. Louis, La Convention et l'avenir de l'Union européenne, *CDE*, 2002, n° 3-4, p. 235.

minimes, pour ne pas dire mineures. La composition de la Convention laissa germer cette idée ; les modalités de ses travaux également. Une composition qui n'a jamais été aussi « démocratique » - la représentation parlementaire était majoritaire - et qui n'a jamais fonctionné de manière aussi transparente conformément aux canons modernes de l'ouverture et de l'accessibilité (11). Comment alors imaginer qu'un texte préparé et négocié pendant plus d'un an par des Conventionnels au sein desquels des parlementaires notamment nationaux - *i.e.* des représentants des peuples de chaque État - étaient en position de force puisse être remanié par des cohortes de diplomates aux ordres des Exécutifs ? Adopté par consensus par la Convention européenne, le projet de traité établissant une Constitution européenne stigmatisait tous les espoirs (12).

(11) Cela permet d'ailleurs à la société civile de s'exprimer, même s'il n'est guère aisé d'évaluer son impact, ses fonctions et ses finalités, M-F. Labouz, La société civile européenne dans le cadre de la Convention, *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 209-236. Pour une analyse d'ensemble dans le cadre des « deux » Conventions, E. Aubin, Le rôle de la société civile dans les conventions sur l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux et sur l'avenir de l'Union européenne, *Les Petites affiches*, 6 février 2003, n°27.

(12) Et aiguillonnait nombre de recherches doctrinales. On se limitera ici à un florilège des publications en langue française et espagnole sur le « projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe ». S'agissant des ouvrages, dans des styles très différents, on lira avec beaucoup d'intérêt : J. Ziller, *La nouvelle Constitution européenne*, Paris, La Découverte, 2004, 121 p. et D. N. Triantafyllou, *Le projet constitutionnel de la Convention européenne. Présentation critique de ses choix clés*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 142 p. On se reportera également aux contributions de l'ouvrage dirigé par C. Philip, P. Soldatos, *La Convention européenne sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 236 p. ainsi que celui coordonné par O. De Schutter, P. Nihoul, *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, 405 p. Des acteurs de premier choix en également ont profité pour livrer « leur » version de l'histoire de la Convention, A. Lamassoure, *Histoire secrète de la Convention européenne*, Paris, Albin Michel, 2004. Pour un regard porté sur les conséquences *ad intra* du projet de traité, v. J. Ziller, *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, 336 p. Pour les articles en langue française, J-M. Blanquer, Le projet de Constitution européenne. Entre pacte fédératif et ordre constitutionnel coopératif, *RDJ*, 2003-5, pp. 1275-1279 ; C. Blumann, Quelques réflexions sur le projet de Constitution de l'Union européenne, *RDJ*, 2003-5, pp. 1269-1273 ; L. Gard, 'Traité constitutionnel', une réalité juridique, *RDJ*, 2003-5, pp. 1259-1263 ; P. Jan, La Constitution européenne : l'an I d'une Fédération européenne d'Etats-nations, *RDJ*, 2003-5, pp. 1252-1257 ; F. Kauff-Gazin, M. Pietri, Premières analyses du projet de Constitution européenne, *Europe*, août-sept. 2003, p. 6. ; A. Levade, Quel avenir pour l'Europe ? Réflexions croisées sur l'avant-projet et le projet de Traité constitutionnel, *Revue des affaires européennes*, 2001-2002, pp. 823-861 ; J-V. Louis, L'Union européenne dans le projet de Constitution, *RDJ*, 2003-5, pp. 1265-1268 ; J-L Sauron, Une Constitution européenne en quête d'auteurs : convention, gouvernements ou peuples ?, *Daloz*, 2003, n°43, pp. 2894-2901. En espagnol, J. Martín Y Pérez De Nanclares, El proyecto de Constitución europea : reflexiones sobre los trabajos de la Convención, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 15, Mayo-Agosto 2003, pp. 527- 572 ; La *Revista de Derecho Comunitario europeo* a consacré un numéro spécial (n° 16, sept.-dic. 2003) au Projet de traité constitutionnel avec les propos introductifs de G. Carlos Rodriguez Iglesias, La constitucionalización de la Unión europea, pp. 893-896 et les communications de G. Gutierrez Espada, La reforma de las instituciones en el proyecto de Tratado constitucional, pp. 897-941 ; de J. Roldán, La Carta de los derechos funda-

b) Le fait est que les désirs des uns n'ont pas permis de dépasser la donne juridique initiale posée par d'autres. La Convention n'était pas une Constituante et n'était pas exempte de toute trace de technocratie (13) : gare à l'angélisme conventionnel ! Surtout, les États avaient le pouvoir de revenir sur ses travaux, ce qu'ils n'ont pas manqué de faire. Ils ont eu le dernier mot. Ils ont cependant eu du mal à s'accorder pour l'exprimer. La Conférence intergouvernementale postérieure à la Convention donna lieu à un de ses «dramas shakespeariens» (14) dont l'intégration est coutumière. Le Conseil européen de Bruxelles des 11 et 12 décembre 2003 fut le théâtre d'un psychodrame d'envergure que la présidence italienne ne put maîtriser. Les Quinze furent incapables de s'entendre et de s'accorder sur le « projet de Traité » remis par la Convention. L'originalité de la méthode conventionnelle cédait le pas devant le spectacle affligeant et traditionnel de la prévalence des égoïsmes nationaux. Six mois plus tard, la donne changea radicalement. Serait-ce à dire que les États - les vingt-cinq cette fois-ci, car entre temps l'élargissement est devenu un fait accompli - se soient ressaisis et aient assurément pris conscience des enjeux afin que les 17 et 18 juin 2004 l'on ait pu assister à un *bis repetita* dévastateur ? On ne peut pas encore mettre à l'actif de ce sursaut la « conscience politique européenne » des chefs d'État et de gouvernement. Si accord il y a eu, on le doit aux urnes, tout simplement. Ce furent ainsi, très prosaïquement, les changements de majorités gouvernementales en Espagne et en Pologne - deux États qui s'étaient fait les chantres de la défense de leurs intérêts nationaux - qui permirent de débloquer la négociation finale. Qu'eut été l'avenir d'un texte « discuté » pendant près de dix-huit mois selon des « normes de délibération » originales, si les deux États emblématiques d'une résistance certaine au « construit conventionnel », n'avaient pas connu la donne du changement politique ? On ose à peine penser à un début de réponse...

Que retiendra l'histoire ? La méthode conventionnelle ou la méthode diplomatique ? En l'occurrence, peut-on faire prévaloir l'une sur l'autre ? La nouveauté (Convention) se mêle avec le classicisme (CIG).

mentales de la UE : su estatuto constitucional, pp. 943-991 ; de J-M. Sobrino, El sistema jurisdiccional en el proyecto de tratado constitucional de la UE, pp.993-1040 ; de F.J. Carrera, Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional, pp. 1041-1063. Pour une présentation des positions françaises dans le cadre de la Convention, O. Tambou, Francia y el debate sobre el futuro de la UE, *Revista española de Derecho europeo*, Abril-Junio 2003, n° 6, pp. 359-386.

(13) P. Magnette a bien mis en évidence cet élément de la Convention, La constitutionnalisation des traités européens. Forces et limites de la 'méthode conventionnelle', *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, O. de Schutter, P. Nihoul (coord.), Bruxelles, Larquier, 2004, pp. 23-51. On lira également, dans le même sens, les remarques de L. Grard, *op.cit.*, p. 1260. Très tôt, G. De Burca et L. Liisberg avaient également relevé la place de la technocratie au sein de la Convention, G. De Burca, The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights, *European Law Review*, 26, 2001 ; J-B Liisberg, Does the EU Charter of fundamental Rights threaten the supremacy of community law ?, *CMLRev.*, 38, 2001, p. 1178.

(14) L'expression est de C. Blumann, *op. cit.*, p. 1269.

Le traité approuvé à Bruxelles est le fruit de cette *mixité méthodologique*, alliant la donne démocratique, car parlementaire et transparente, à la donne diplomatique, secrète et technocratique. Si on évalue toutefois l'impact d'une procédure à son pouvoir d'intervention en dernier ressort, force est de constater que la procédure intergouvernementale a *encore* eu la part belle (15). Qu'on en juge. Les modifications apportées au projet présenté par la Convention que les États ont réussi à inscrire - dans le fracas des négociations et des chassés croisés des concessions finales - sont loin d'être quantité négligeable (16). Toutes les « parties » du projet - de sa colonne vertébrale, le traité en tant que tel, à ses ramifications, les protocoles et les déclarations qui, soit dit en passant, se sont multipliées à foison (17) - ont été affectées de façon plus ou moins considérable par le pouvoir étatique du dernier mot (18). Il est ainsi particulièrement significatif de constater que ce qui hante l'univers communautaire depuis le rendez-vous manqué d'Amsterdam - les fameux *left overs* - les *reliquats* institutionnels qu'il fallait coûte que coûte régler à Nice (19) - qui le furent, mais dans la douleur (20) - et qui avaient été revus et corrigés par les Conventionnels, n'ont pas manqué de faire l'objet des dernières tractations étatiques. La lancinante question des modalités de vote au sein du Conseil (21), celle du champ d'application de la majorité qualifiée et de la composition de la Commission font ainsi partie des questions

(15) On peut toutefois ici se demander quelle aurait été la teneur du résultat de la CIG si la méthode conventionnelle n'avait pas existé. Ne peut-on pas raisonnablement considérer que nombre d'avancées n'auraient pas été possibles ?

(16) Si on veut pointer précisément l'état des modifications pour chaque disposition, on pourra se référer aux textes qui figurent dans le document CIG 81/04, tels que modifiés et complétés par les textes présentés dans le document CIG 85/04, tous disponibles sur le site de l'Union européenne. A l'heure où la rédaction de cet article prend fin, seule la version consolidée *provisoire* du traité établissant une Constitution pour l'Europe, tel qu'établie le 25 juin 2004, a été le référent textuel disponible (CIG 86/04), auquel il faut ajouter la version consolidée provisoire des protocoles annexés au traité établissant une Constitution pour l'Europe et de ses annexes I et II (CIG 86/04 ADD 1), ainsi que la version consolidée provisoire des déclarations à annexer à l'Acte final de la Conférence intergouvernementale (CIG 86/04, ADD 2).

(17) La Convention sur l'Avenir de l'Union avait réussi le tour de force d'adjoindre au projet de traité que 5 protocoles et 3 déclarations ; avec la CIG, on passe à 34 protocoles et 39 déclarations, 34 concernant des dispositions de la Convention, 5 issus d'Etats membres.

(18) L'objet de cette contribution n'est pas de recenser précisément toutes les modifications apportées par la CIG au travail des Conventionnels. Cela évidemment n'empêchera pas que, le moment venu, certains changements seront discutés pour être évalués.

(19) L. Burgorgue-Larsen, La CIG 2000 ou la conférence de la dernière chance, *Europe*, nov. 2000, pp. 1-4.

(20) On se référera aux deux ouvrages collectifs publiés en langue française sur le Traité de Nice, V. Constantinesco, Y. Gauthier, D. Simon (dir.), *Le traité de Nice, premières analyses*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001 ; J. Rideau (dir.), *Commentaire des traités modifiés par le traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001, 511 p.

(21) M. Dony retrace, sous l'angle historique, l'évolution de la question du vote majoritaire qui ne cessa d'agiter l'histoire de la construction communautaire, La majorité qualifiée au Conseil du traité de Rome à la Convention sur l'avenir de l'Union, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 139-164.

institutionnelles sur lesquelles les États n'ont pas laissé passer leur chance d'imposer leur *desiderata* (22). Le constat ici n'est guère uniforme. Tantôt le projet de traité présenté par les Conventionnels n'a pas souffert de dénaturations majeures, tantôt il accuse au contraire des reculs significatifs. S'agissant des modalités de vote, le principe de la « double majorité » n'a pas été atteint dans son fondement même. Il aurait été fort malvenu que les tractations de Nice ressurgissent au point que l'idée même de la double majorité soit remise en cause et qu'elle s'affaiblisse devant l'idée de la « clé unique » - un système axé exclusivement sur une pondération des voix (23). Bref, de régression majeure, il n'y a pas eu, même si les « ajustements » statistiques ne sont guère négligeables. Alors que la Convention avait prévu qu'une décision à la majorité qualifiée était acquise si elle réunissait la majorité simple des États (13), représentant en même temps 60 % de la population totale de l'Union, la CIG a relevé à quinze le seuil du nombre minimal d'États membres nécessaires pour la prise de décision, ainsi qu'à 65 % le seuil correspondant de la population (article I-24). Là ne s'arrêtent pas les changements. Tout d'abord, il est stipulé que trois États membres ne suffisent pas pour former une minorité de blocage. Ensuite, la Pologne a réussi à concilier le droit et le temps pour faire valoir ses intérêts. Il a ainsi été convenu de maintenir à titre transitoire - jusqu'en 2014 - le système de sauvegarde élaboré à Ioannina (24) (Déclaration ad article I-24), tandis que jusqu'en 2009 le système actuel issu du traité de Nice continuera à s'appliquer... Même si la « capacité décisionnelle » du Conseil est entamée comme les bénéfices accordés aux grands États, il appert que la double majorité, emblème de la double légitimité de l'Union, demeure. S'agissant de la composition de la Commission, même si on peut regretter qu'il faille attendre 2014 pour la voir enfin opérer son régime d'amaigrissement, il convient toutefois de rappeler que de l'avis de la Commission elle-même (25) - soutenue par une imposante majorité de petits pays - le système choisi par la Convention n'était guère opératoire - en plus d'être inique puisqu'il créait deux classes de commissaires, ceux disposant du droit de vote et... *les autres* (26). Dans ce contexte, la

(22) *Le Rapport sur la Conférence intergouvernementale* est symptomatique à cet égard.

Il montre bien que le consensus n'était guère acquis sur ces questions et que les États étaient préparés à des négociations marathon, CIG 70/04, PRESID.15, 24 mars 2004.

(23) Principe dont on rappellera ici qu'il n'avait pas réussi à s'imposer à Nice alors qu'il avait pourtant scandé le tempo des négociations avec l'autre principe celui dit de la « clé unique » centré sur la nécessité d'une nouvelle pondération des voix.

(24) Selon ce système, au cas où une minorité d'États membres peut empêcher une décision, les discussions au sein du Conseil doivent se poursuivre pendant un délai raisonnable afin d'aboutir à une solution plus satisfaisante pour les États membres minoritaires. Il est intéressant de noter que le compromis de Ioannina a conduit à de légères modifications des décisions du Conseil uniquement dans deux cas en 1995 et 1996 avant de tomber progressivement en désuétude, P. Ponzano, *La réforme des Institutions de l'Union européenne dans le contexte du Traité constitutionnel*, *non paper*, p. 13.

(25) COM (2003) 548 final du 17 septembre 2003.

(26) Voir l'article 25 §3b du projet de traité.

solution choisie *in fine* par les États est un moindre mal (27). Le constat est bien plus négatif pour le champ d'application de la majorité qualifiée. C'est le Royaume-Uni qui défendit âprement ses fameuses « lignes rouges » (28) à propos desquelles il n'entendait rien lâcher ; il obtint magistralement gain de cause dans deux domaines importants. En matière fiscale, là où la Convention avait réussi à introduire, grâce aux ressorts de l'idée de la dérogation au principe de l'unanimité, la majorité qualifiée (art. III-62 §2 et III-63 du *projet* de traité) (29), la CIG a purement et simplement tout supprimé (art. III-62 du traité *approuvé*). Et d'introduire également l'unanimité pour l'adoption de la loi européenne fixant le cadre financier pluriannuel de l'Union (art. I-54§2), même si une « clause passerelle » a été introduite (art. I-54§4) qui permet de décider, à l'unanimité, le passage à la majorité qualifiée (30)...

Quand l'unanimité n'a pas chassé la majorité qualifiée, celle-ci perdure au prix de l'introduction de mécanismes de sauvegarde qui ne font que pointer ce qui sera le droit de l'Union de demain, un droit à l'applicabilité hétérogène (31) ! Il en va ainsi dans un domaine pourtant majeur pour l'avenir de l'Union et de sa capacité à faire face aux défis criminels en tous genres : la coopération judiciaire en matière pénale. Les articles III-171 et III-172 se sont vus adjoindre de nouveaux paragraphes qui permettent à un ou plusieurs États membres de s'opposer au contenu d'une loi-cadre européenne avec, pour contrepartie, la faculté laissée à d'autres États de déclencher de façon automatique une coopération renforcée (32) ! Au final - et rappelons que ce modeste état des lieux

(27) Article I-25 §§5 et 6 du traité approuvé. La Commission sera composée d'un national de chaque Etat membre durant une période transitoire (jusqu'en 2014), pour faire place ensuite à une Commission réduite, dès qu'aura été complètement réalisée l'intégration des pays adhérents. Ici, en 2014, le passage à une Commission réduite sera automatique. Le nombre de ses membres correspondra aux deux tiers des Etats membres... sauf décisions contraires à l'unanimité.

(28) Il s'agissait de la fiscalité, de la politique étrangère, de la défense, de la sécurité sociale, des modalités d'application du système des ressources propres et des éléments essentiels du système de *common law*.

(29) Voilà, *ad exemplum*, comment était rédigé l'article III-62§2 du projet de traité. « Lorsque le Conseil des ministres, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, constate que les mesures visées au §1 concernent la coopération administrative ou la lutte contre la fraude fiscale et l'évasion fiscale illégale, *il statue, par dérogation au §1, à la majorité qualifiée* lorsqu'il adopte la loi ou la loi-cadre européenne qui établit ces mesures. » (italiques ajoutées).

(30) Il se lit ainsi : « Le Conseil européen, peut, à l'unanimité, adopter une décision européenne autorisant le Conseil à statuer à la majorité qualifiée lors de l'adoption de la loi européenne du Conseil visée au § 2 ».

(31) Cf. *infra*, le point III : l'ambivalence matérielle. Sur la différenciation dans l'Union, L. Burgorgue-Larsen, *Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out, Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université de Toulouse, 2003, T. I, pp. 121-136. Dans cet ouvrage, A. Prat, La différenciation réponse au grand nombre d'États ?

(32) A titre d'exemple on reproduit ici la version de l'article III-171, §3 et §4 tel qu'approuvée par la CIG : « §3. Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de loi-cadre européenne visé au §2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système juridique, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure visée à l'article III-302 est suspendue. Après discussion et dans un délai de

ne concerne que *certaines* des questions institutionnelles (33) - on prend la mesure de la force du dernier mot...

B. L'ambivalence structurelle

L'ambivalence structurelle est duale en ce sens qu'elle affecte non seulement l'évolution *de* l'Union en tant que telle (a) - au niveau de l'adoption du traité et de sa révision -, mais aussi plus précisément l'évolution des États *au sein de* l'Union - l'étrange « clause de retrait » y étant pour beaucoup (b).

a) L'évolution *de* l'Union est doublement conditionnée. Elle l'est tout d'abord par la réussite de l'entrée en vigueur du traité (art. IV-8) et par la mise en œuvre effective de sa procédure de révision *ordinaire* (34) (art. IV-7). « Adoption » et « révision » s'analysent ici en synergie car leurs tempos procéduraux sont quasi-similaires et sont en outre marqués par une ambivalence sous-jacente.

La similitude concerne l'exigence unanime, « douce héréd-

quatre mois à compter de cette suspension, le Conseil européen, soit : a) Renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure visée à l'article III-302 ; b) Demande à la Commission ou au groupe d'Etats membres dont émane le projet de loi-cadre, de présenter un nouveau projet ; dans ce cas, l'acte initialement proposé est réputé non-adopté. §4. Si, à l'issue de la période visée au § 3, le Conseil européen n'a pas agi ou si, dans un délai de douze mois, à compter de la présentation d'un nouveau projet au titre du §3 point b), la loi-cadre européenne n'a pas été adoptée et qu'au moins un tiers des Etats membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de loi-cadre concerné, ils en informent le parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée qui est visée à l'article I-43, § 2 et à l'article III-325 § 1 est réputée accordée et les dispositions relatives à la coopération renforcée s'appliquent ».

(33) Une modification intéressante que les Conventionnels avaient apporté s'agissant du Conseil des ministres n'a pas *in fine* été entérinée par les Etats. Il faut dire que la création de formations du Conseil des ministres (art. 23 du projet de traité) aurait immanquablement transfiguré des pans entiers de l'organisation ministérielle des Etats. Deux étaient expressément prévues par le texte de la Convention, le Conseil européen pouvant parfaitement décider d'en créer d'autres (art. 23§3 du projet de traité). Il s'agissait du Conseil législatif et des affaires générales (art. 23§1) et du Conseil des affaires étrangères (art. 23§2). Certains - tels Jean-Claude Pirijs - avait fustigé la création du Conseil législatif pour les répercussions qu'il pouvait avoir sur les ordres constitutionnels des Etats. Voilà une formation qui, affublée d'un ministre permanent (art. 22§2), « aurait de temps en temps à ses côtés le ministre de l'environnement, de l'agriculture etc. Cela aurait des conséquences sur le plan interne de l'organisation constitutionnelle et politique des pouvoirs exécutifs des Etats membres, parce qu'on aurait à faire à une sorte de vice-Premier ministre puissant qui aurait un pouvoir d'arbitrage sur tous les autres ministres » (J-C. Pirijs, Propos introductifs, *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, op. cit., p. 158). Dans un tel contexte, c'est évidemment le Ministre des affaires européennes qui immanquablement aurait pris de l'envergure à Bruxelles, ce qui n'aurait pas manqué d'avoir des répercussions à l'échelle nationale, notamment à l'endroit des Ministres de l'Economie et des Finances dont l'autorité aurait pu être mise à mal. On peut sans peine imaginer les problèmes politiques que cela aurait généré au sein de gouvernements de coalition qui représentent la majorité des cas dans les Etats membres. Surtout, si la création d'un Conseil des affaires générales - soutenu surtout par le vice-président Amato et le Parlement européen - a suscité tant de résistances au sein de la CIG, c'est qu'il préfigurait une deuxième chambre législative, propre à un système fédéral.

(34) L'incise est importante car la CIG a instauré une *summa divisio* entre procédure de révision ordinaire (art. IV-7) et procédures de révision simplifiée (art. IV-7 bis et ter).

sie » procédurale quand on pense aux obstacles de toute nature qu'il faudra surmonter dans une Europe de vingt-cinq pays. Qu'il s'agisse du temps de l'adoption ou de celui de la révision, la contrainte procédurale est identique : l'entrée en vigueur tant du traité établissant une Constitution pour l'Europe (art. IV-8§1) que de ses amendements (art. IV-7§3 *in fine*) est conditionnée par la « ratification de tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». *Nihil novi* par rapport à l'article 48 T.U.E. La ratification unanime a été ; elle perdurera, n'en déplaise aux auteurs du Projet Pénélope (35) ou encore aux *aficionados* de la formule que le Parlement européen, avait, en son temps, avancée (36). Mais, doit-on rajouter aussitôt, elle perdurera avec de légères variantes. C'est ici que surgit l'ambiguïté.

Qu'il s'agisse de l'adoption du traité ou de sa révision, une même incise alerte l'intérêt du lecteur. Il est question du texte de la « Déclaration concernant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe » (37) dans le premier cas et de celui du §4 de l'article IV-7 dans le deuxième (38). Fait sans précédent dans l'histoire de l'intégration, « l'aléa procédural » est constitutionnalisé en accordant une place de choix au Conseil européen si d'aventure cinq États (dans une Union à vingt-cinq) ont rencontré des difficultés dans le cadre de la ratification. On peut considérer ici que le rôle joué *de facto* par le Conseil européen lors des crises référendaires danoises (1992) et irlandaise (2001) a été pris en considération pour le « constitutionna-

(35) Le projet Pénélope s'était manifestement inspiré de la procédure suivie pour la ratification de la Constitution des Etats-Unis de 1787 car elle devait entrer en vigueur une fois que les trois quarts des Etats membres l'aurait acceptée. Les Etats qui ne l'accepterait pas seraient réputés avoir quitté l'Union et resteraient membre de l'EEE, v. F. Lamoureux, Le projet Pénélope, *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, J. Dutheil de la Rochère, G. Cohen-Jonathan (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43-55.

(36) Projet de Traité sur l'Union européenne présenté par le Parlement européen le 14 février 1984 (*JOCE C 77*, 19 mars 1984, p. 52). L'article 82 du texte prévoyait que le traité entrerait en vigueur une fois ratifié par un groupe d'Etats en plus d'une approbation par le biais d'un référendum européen, F. Capotorti, M. Hilf, F.G. Jacobs, J-P. Jacqué, *The European Union Treaty. Commentary on the Draft adopted by the European Parliament on the 14 february 1984*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

(37) Il s'agit de la 30ème Déclaration. Elle se lit ainsi : « La Conférence note que, si à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe, les quatre cinquièmes des Etats membres ont ratifié ledit traité et qu'un ou plusieurs Etats membres ont rencontré des difficultés pour procéder à la dite ratification, le Conseil européen se saisit de la question. » Elle reprend sans modifications *majeures* la « Déclaration à l'acte final de signature du traité établissant la Constitution » proposée par les Conventionnels et qui était libellée comme suit : « Si, à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature du traité établissant la Constitution, les quatre cinquièmes des Etats membres ont ratifié ledit traité et qu'un ou plusieurs Etats membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, le Conseil européen se saisit de la question.

(38) Article IV-7§4 : « Si, à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature du traité modifiant le traité établissant la Constitution, les quatre cinquièmes des Etats membres ont ratifié ledit traité et qu'un ou plusieurs Etats membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, le Conseil européen se saisit de la question »

liser » (39). Si d'un côté on peut raisonnablement penser qu'il s'agit de portes laissées entrouvertes pour la renégociation (et du traité/et des révisions de celui-ci), de l'autre on peut également considérer que tout dépendra des États qui n'auront pas ratifié... La césure entre « petits » et « grands » réapparaît ici de façon majeure. De renégociation immédiate il ne peut y avoir, si l'Allemagne et/ou la France faisaient par exemple partie des États n'ayant pas passé le cap de la ratification ; ce serait plutôt une crise ouverte forte d'incertitudes sur l'avenir de la Constitution et/ou de sa révision. À l'inverse, si un nouveau « petit » État - telle la Lettonie - ou un « ancien » - tel le Danemark - marquaient leur défiance à l'approbation de la Constitution ou de sa modification, le rôle du Conseil européen pourrait s'avérer capital, en décidant notamment d'appliquer provisoirement le traité (fraîchement approuvé et/ou révisé) afin de renouer avec le classicisme le plus éculé du droit international public tel que posé à l'article 25§1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969. Et d'emprunter alors (peut-être) la voie d'une Union « plus étroite » au moins pour les quatre cinquième des États qui le souhaiteraient... À ce stade, l'interrogation qui surgit est la suivante : à quoi bon avoir constitutionnaliser l'aléa si c'est pour introduire aussitôt de l'incertitude ? Concession d'ordre politique au Conseil européen ou véritable volonté de sortir d'une crise prévisible ?

Les nouveautés paradoxales introduites par la CIG en matière de révision emportent la même perplexité. Voilà que cette dernière, avec toute la latitude qui était la sienne, a introduit deux déclinaisons à l'article IV-7. Les libellés des articles IV-7 *bis* et *ter* sont là qui devrait nous rassurer. Il y est en effet question respectivement de « *Procédure de révision simplifiée* » et de « *Procédure de révision simplifiée concernant les politiques internes de l'Union* ». Ces titres sont prometteurs, le juriste se prend à rêver et à se dire que là où les Conventionnels avaient échoué, là où ils avaient manqué d'un courage certain (40), les États ont gagné, se sont ressaisis et ont abordé de front une question cruciale pour l'avenir du fonctionnement de « l'Ensemble constitutionnel européen ». Bref, ils auraient réussi à contourner les exigences pétrificatrices du consensualisme pour réviser le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ! Que les juristes se le disent, les politiques n'ont pas eu cette audace à l'heure où ils décidaient de revoir les révisions des modalités de vote au sein du Conseil (révisions de type procédural) et celles affectant les politiques internes de l'Union (révisions de type matériel).

(39) Sur la place du Conseil européen dans l'univers institutionnel communautaire, F. Picod, Le rôle du Conseil européen dans le processus de décision, *RDP*, 2002-4, pp. 1187-1203 ; P. de Shoutheete, Force et faiblesse du Conseil européen, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l'Université libre de Bruxelles, Vol. 1, 2003, pp. 109-118.

(40) D. N. Triantafyllou n'a pas de mots assez durs pour souligner le manque d'audace des Conventionnels, *op. cit.*, pp. 122-134.

L'article IV-7 *bis* (41) est l'expression générale d'une « passerelle » (42) - déjà présente dans le projet de traité mais déplacée et modifiée (43) - qui permettra au Conseil de voter à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité dans les matières de la III^o partie, excepté - la force d'opposition britannique a ici porté ses fruits - pour les décisions « ayant des implications en matière militaire » ou dans le domaine de la défense. Jusque-là, rien à dire, sauf que ce passage dépend d'une décision *unanime* du Conseil européen qui, *last but not least*, devra être soumise aux Parlements nationaux. Il suffit d'un seul Parlement qui émet son opposition pour que la « passerelle » ne fonctionne pas. Après le veto des Exécutifs, la CIG a introduit le veto parlementaire, ultime gage concédé à l'impératif démocratique !

S'agissant de l'article IV-7 *ter* (44), le constat est encore plus amer, car si la procédure de révision est simplifiée, c'est uniquement parce que le stade de la « méthode conventionnelle » disparaît, mais certes pas l'unanimité ! Elle trône au stade de l'Union (décision unanime du Conseil européen) comme des États (approbation selon leurs règles constitutionnelles respectives), au point que l'on se plaint à se demander si un tel ajout apporte quoi que ce soit de positif. En effet, les États se sont accordés pour valider la *summa divisio* entre règles fondamentales - fixant l'équilibre institutionnel, la répartition des compétences, les valeurs et les objectifs de l'Union - et les autres dispositions, en l'occurrence celles du titre III de la III^o partie relative aux politiques internes de

(41) Article IV-7 *bis* *Procédure de révision simplifiée* : « 1. Lorsque la partie III prévoit que le Conseil statue à l'unanimité dans un domaine ou dans un cas déterminé, le Conseil européen peut adopter une décision européenne autorisant le Conseil à statuer à la majorité qualifiée dans ce domaine ou dans ce cas. *Le présent § ne s'applique pas aux décisions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense.* 2. Lorsque la partie III prévoit que des lois ou des lois-cadres européennes sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, le Conseil européen peut adopter une décision européenne autorisant l'adoption des dites lois ou lois-cadres conformément à la procédure législative ordinaire. 3. Toute initiative prise par le Conseil européen sur la base des § 1 et 2 est transmise aux parlements nationaux des États membres. *En cas d'opposition d'un Parlement national* notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision européenne visée aux § 1 et 2 n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil européen peut adopter la dite décision. Pour l'adoption des décisions européennes visées aux § 1 et 2, le Conseil européen statue à l'*unanimité* après approbation du Parlement européen qui se prononce à la majorité des membres qui le composent. » (italiques ajoutées).

(42) Dont le reste du traité porte des traces ponctuelles, *ad exemplum* article I-54§4 relatif au cadre financier pluriannuel.

(43) Elle figurait en effet à l'article I-24§4 du projet de traité. Non seulement l'exception relative aux domaines de la défense et ceux ayant des implications militaires n'y figuraient pas, mais encore le veto d'un seul parlement non plus...

(44) Article IV-7 *ter* *Procédure de révision simplifiée concernant les politiques internes de l'Union* : « 1. Le gouvernement de tout État membre, le Parlement européen ou la Commission peut soumettre au Conseil européen les projets tendant à la révision de tout ou partie des dispositions du titre III de la partie III. 2. Le Conseil européen statue à l'*unanimité* après consultation du Parlement européen et de la Commission. *Cette décision n'entre en vigueur qu'après l'approbation par tous les États, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.* 3. La décision européenne visée au § 2 ne peut accroître les compétences attribuées à l'Union dans le présent traité. » (italiques ajoutées).

l'Union, sans aller jusqu'au bout de la césure pour en inférer une différence constructive en matière de révision. La philosophie de l'article 95 de l'ancien traité CECA ou encore celle ayant inspiré les travaux de Florence (45) n'a pas été reprise. Le résultat est fort d'ambiguïté et de complexité ; surtout, il distille une rigidité qui sera source de paralysie. Est-ce à dire que l'Union restera figée, dans le marbre du traité, pour de nombreuses années ?

De rupture constitutionnelle il n'y a donc pas eu ; la force contractuelle inhérente au consensualisme imprègne les temps de l'adoption et de la révision du traité établissant la Constitution. Autant on peut admettre que *le temps de l'approbation définitive* de ce « traité pas tout à fait comme les autres » nécessitait - tant du point de vue juridique (46) que du point de vue politique - une ratification unanime des États selon leurs règles constitutionnelles respectives ; autant on peut considérer que *le temps de sa révision* nécessitait un saut constitutionnel d'envergure car l'unanimité pour des révisions équivaut à « figer éternellement le statut de l'Union » (47). La flexibilité pourtant si fondamentalement nécessaire n'est pas au rendez-vous et la révision reste captive du consensualisme (48).

b) L'évolution des États *au sein de* l'Union est aujourd'hui marquée par un droit unilatéral de retrait posé à l'article I-59, à peine retouché par la CIG qui n'en a pas modifié la philosophie générale (49). La présence d'un tel droit laisse perplexe dans le cadre d'un traité dont l'objet est d'établir une « Constitution » pour l'Europe, autrement dit qui a vocation à être le « nouveau pacte fondateur », la « Constitution de la

(45) *La réorganisation des traités*, Rapport final, Florence, Institut universitaire européen, 11 mai 2000, 118 p.

(46) C'est parce que le nouveau texte constitutionnel, une fois entré en vigueur, devait abroger les traités actuels et qu'une telle abrogation n'était possible qu'avec l'accord de tous, que les Conventionnels (suivis par les États au sein de la CIG) ont estimé que l'unanimité était incontournable.

(47) D. N. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 130.

(48) *Ibid.*, p.130.

(49) Article I-59 *Le retrait volontaire de l'Union* «1. Tout Etat membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union européenne. 2. L'Etat membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. A la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet Etat un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. *Cet accord est négocié conformément à l'article III-227§3* ; il conclut au nom de l'Union par le Conseil des ministres, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen. 3. La Constitution cesse d'être applicable à l'Etat concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'Etat membre concerné, décide de proroger ce délai. 3 bis. *Aux fins des § 1 et 2, le membre du Conseil européen et du Conseil* représentant l'Etat membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen ou du Conseil des ministres le concernant. *La majorité qualifiée se définit comme au moins 72 % des membres du Conseil représentant les Etats membres participants, réunissant au moins 65 % de la population de ces Etats.* » 4. Si l'Etat qui s'est retiré de l'Union demande à adhérer à nouveau, sa demande est soumise à la procédure visée à l'article 57.» Les italiques correspondent aux adjonctions apportées par la CIG.

société » qui unit Peuples, États et Union dans un « tout » qui rassemble et non qui sépare. Or, le Pacte peut voir son soubassement brisé par la volonté d'un seul qui désirerait s'en retirer. La contradiction est ontologique. Elle est d'autant plus choquante que les contraintes procédurales entourant ce droit de retrait sont minimales, tandis que les conditions de fond sont inexistantes (50). Voilà que ce retrait libre et inconditionnel, qu'aucune institution ne peut arrêter, laisserait à penser que l'Union ne serait qu'un « club », une simple et classique organisation intergouvernementale sans emprise sur ses membres (51). Quel contraste avec ce que laisse supposer un nouveau traité qui entend poser les bases constitutionnelles pour le futur d'une Union riche de diversité ! À la liberté étatique de partir - avec une source inouïe de difficultés envisageables à l'échelle interne (52) comme européenne - ne correspond aucune contrainte imposée par l'Union aux États. La consécration du retrait se fait en effet de « façon déséquilibrée » car d'exclusion il n'est point question ; un « retrait forcé » suite à une décision des États contre l'un d'entre eux n'a pas, en effet, été consacré malgré certains amendements présentés en ce sens (53). Pour couronner le tout, la liberté de « revenir » n'est assortie d'aucune conditions particulières excepté celles, désormais classiques, de l'article I-57 (Critères d'éligibilité et procédure d'adhésion à l'Union).

(50) H. Gherari, Le retrait, *Les mots de la Constitution. Dit et non-dit dans le projet de la Convention*, Université de Picardie, Première journée d'études du CRUCE, 12 décembre 2003, 10 p. L'auteur tient à remercier le professeur Habib Gherari pour lui avoir communiqué cet article avant sa publication. Les exigences procédurales internes infèrent que le retrait doit se dérouler selon les « règles constitutionnelles » de chaque Etat ; s'agissant des exigences à l'échelle de l'Union, une notification au Conseil européen est nécessaire, puis la conclusion d'un accord avec le Conseil... qui, s'il n'était pas conclu, permettrait quand même à l'Etat de partir au bout de deux ans (article I-59§3)!

(51) Le professeur Gherari relève que le droit de retrait « présente un caractère internationaliste frappant puisque ce faisant il place l'Union dans la même situation que plusieurs organisations internationales dont les constitutions comportent une possibilité de cessation de la qualité de membre, expression de la souveraineté des Etats ».

(52) Parmi les conditions procédurales (minimales) posées par l'article I-59, se trouve l'exigence de procéder au retrait conformément aux « règles constitutionnelles » respectives de chaque Etat (§1). Or, aucune Constitution, à notre connaissance, n'a constitutionnalisé le retrait. L'entrée et la participation à l'Union l'ont été, pas la sortie. Chaque Etat devra alors trouver dans son droit constitutionnel positif la base légale du retrait, qui pourrait (comble du paradoxe) être puisée dans les clauses d'ouverture insérées pour régler l'appartenance à l'Union ! Ainsi, dans un pays comme la Lettonie, la réforme de l'article 68 - modifié le 8 mai 2003 dans l'optique de l'adhésion - imposerait sans ambiguïté la consultation de la population. On peut alors imaginer ces cas de figure où le gouvernement décide de se retirer, mais se trouve contraint (règles constitutionnelles obligent) de consulter sa population, qui, elle, refuse le retrait ! Cette simple hypothèse d'école montre à l'envi les obstacles internes qui peuvent se présenter en cas de retrait, voir notre étude, *Les perspectives pour les Etats, La Constitution européenne*, Colloque du Sénat, Paris, 4 et 5 juin 2004 (à paraître Bruylant sous la direction d'A. Levade).

(53) Certains amendements lors du travail de la Convention avaient pourtant envisagé la question, CONV/672/03 p. 10. Amendements de M. Brok et autres (au nombre de 21), de Vries, Fartleiner, Lopes et Antunes., Avgerinos et a., Fischer, Meyer, Michel et a., Santer et Schmitt, Voggenhubber.

II - L'AMBIVALENCE INSTITUTIONNELLE

L'Union pourra-t-elle gouverner efficacement et simplement ? Ce défi, qui était à l'ordre du jour de l'agenda des Conventionnels, n'a pas automatiquement été relevé car, une fois de plus, les ambiguïtés – entretenues ou involontaires - laissent planer un formidable aléa sur le gouvernement de l'Union (A) ainsi que sur son mode de production du droit (B).

A. L'ambivalence gouvernementale

L'ambivalence *gouvernementale* est ici entendue dans un sens tout à la fois strict et ample. D'un point de vue strict, il est question d'appréhender de ce que l'on a coutume d'appeler la répartition horizontale des pouvoirs afin de discuter de la question de l'Exécutif européen (a) ; d'un point de vue plus compréhensif, c'est la tout aussi cruciale question de la répartition des compétences entre les États et les institutions communautaires qui est concernée afin de savoir sur quel mode l'Union arrivera à fonctionner en synergie avec les ordres juridiques nationaux (b)

a) De séparation des pouvoirs, tu ne rêveras point ! Si d'aucuns – notamment le vice-président Amato (54) - avaient voulu que « Montesquieu visite Bruxelles », le fait est là : le nouveau traité n'a opté ni pour une franche séparation des pouvoirs, ni pour une plus grande et corrélative efficacité de l'action desdits pouvoirs. Tant les nouvelles « figures institutionnelles » (55) (Président du Conseil européen, Ministre des affaires étrangères), que les nouvelles « associations institutionnelles » (les parlements nationaux et les peuples) permettent de dresser ce constat mitigé où l'ambivalence une fois de plus est à l'honneur. Les résultats obtenus n'ont pas *tous* été à la hauteur des ambitions affichées.

La clarification des rôles entre chacune des institutions tout en ayant progressé, est loin d'être achevée. S'il est incontestable que le *pouvoir législatif* appartient conjointement à 95 % au Parlement européen et au Conseil des ministres, ce dernier conserve un pouvoir législatif autonome dans un certain nombre de matières politiquement sensibles - *i.e.* en matière fiscale ou de sécurité sociale et pour la majeure partie des mesures relatives à la lutte contre la discrimination ainsi qu'à la citoyenneté européenne. Surtout, deux nouvelles « associations » rendent encore plus floue la répartition des rôles en matière législative. D'abord en amont, la Commission qui conserve le fort de l'initiative législative, voit tout de même émerger un aiguillon émanant des peuples avec la formule de l'initiative citoyenne de l'article I-46§4 - qui n'a pas subi de modifications substantielles dans le cadre de la CIG. Il reste toutefois que le vœu d'une « démocratie participative » peut rester un vœu pieu, si la loi européenne qui est censée fixer les modalités concrètes de mise en œuvre d'une telle association populaire tardait à voir le jour. Toujours en amont mais aussi en aval de l'initiative législative, les parlements nationaux ont enfin réussi à se voir reconnaître un pouvoir de contrôle du respect du principe de subsidiarité décliné dans le deuxième protocole annexé au traité, celui sur *l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*. Ce pouvoir est exercé d'une part par voie d'un

(54) Dans son discours d'ouverture à la Convention européenne, M. Amato avait souligné que « Montesquieu n'avait jamais visité Bruxelles » manifestant ainsi la volonté de modifier les rapports entre les Institutions européennes dans le sens d'une « séparation des pouvoirs ».

(55) L'expression est de P. Ponzano, *op. cit.*, p. 2.

examen préalable des « projets d'actes législatifs européens » (56) - c'est la procédure de « l'alerte précoce » encore appelée la « formule Méndez de Vigo » (57) - et, d'autre part, grâce à la possibilité de *faire* saisir - par leur gouvernement respectif - la Cour de justice pour violation dudit principe - possibilité qui, soit dit en passant, est également reconnu au Comité des régions qui n'avait cessé de plaider en ce sens depuis sa création, lui qui se présentait comme le gardien *naturel* de la subsidiarité (58). À ce stade de l'analyse, le constat est mitigé. Si la formule de l'alerte précoce arrivait à fonctionner, elle permettrait assurément aux parlements nationaux de tisser un réseau de solidarité inter-parlementaire trans-national, emportant le renforcement de leur concertation et ce faisant de leur coopération, puisque l'article 6 du protocole pose qu'au-delà d'un tiers d'avis négatifs issus des assemblées nationales - un quart dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice - le projet d'acte législatif européen doit être réexaminé. Dans le même temps, cette concession accordée à la « plus-value démocratique » laisse songeur du point de vue de l'efficacité de l'impulsion législative. Au bout du compte, les para-doxes se présentent comme insurmontables. Soit cette nouvelle association se révèle *in fine* « plus dissuasive qu'opérante (59) » et la nouveauté démocratique tombe à l'eau, et l'on se plait à lancer : « beaucoup de bruit pour rien »; soit elle s'avère efficace, mais risque de mettre à mal la célérité et l'effectivité de l'initiative législative. Quoiqu'il en soit, ce qui est certain à ce stade, c'est qu'elle démontre à l'envi que le pouvoir législatif n'est certainement pas qu'entre les mains du Conseil et du Parlement. On se plait même à penser (ou à rêver ?) que le contrôle de l'application du principe de subsidiarité peut revaloriser *ad intra* les assemblées trop longtemps dédaignées. En effet, comment imaginer qu'un gouvernement refuse la pressante invitation de son Parlement national de saisir la Cour au risque de s'attirer les foudres de l'opinion publique (60) ?

(56) L'expression, nouvelle, a été intégrée par la CIG. Le projet de traité présenté par la Convention mentionnait quant à lui des « propositions d'actes législatifs » ou encore des « propositions législatives ». Le *Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* (n°2) tel que toiletté par la CIG en profite dans un article 2 *bis* pour expliciter l'expression : « Le terme 'projet d'acte législatif européen' désigne les propositions de la Commission, les initiatives d'un groupe d'Etats membres, les initiatives du Parlement européen, les demandes de la Cour de justice, les recommandations de la Banque centrale européenne et les demandes de la Banque européenne d'investissement, visant à l'adoption d'un acte législatif européen. » Serait-ce à dire que le « monopole » d'initiative législative de la Commission est ici passablement entamé ?

(57) J. Martín Y Pérez de Nanclares, *op.cit.*, p.551.

(58) Article 7 al. 2 du Protocole. Sur le Comité des régions, v. J. Bourrinet (dir.), *Le Comité des régions de l'Union européenne*, Paris, Economica/CERIC, 1997.

(59) J-L. Sauron, *op.cit.*, p.2900.

(60) On lira les remarques sceptiques du professeur C. Blumann sur ce point qui relève que : « Sur le plan politique, on peut se demander si des Parlements nationaux en quête de reconnaissance sur le plan européen accepteront facilement de se soumettre à la bonne volonté de leurs exécutifs en vue d'une éventuelle saisine de la Cour. » *in* Démocratie et subsidiarité, *Constitution européenne, démocratie et droit*, *op. cit.*, pp. 133-

La question du *pouvoir exécutif* - *i.e.* qui exerce la fonction exécutive dans l'Union - est en réalité LA question centrale, le nœud gordien qui « a failli coûter à la Convention l'échec de ses travaux (61) ». Or, aujourd'hui, ce pouvoir reste toujours partagé entre la Commission européenne et le Conseil des ministres pour les questions internes à l'Union, tandis qu'il se répartit entre le Président du Conseil européen, le Ministre des affaires étrangères et la Commission européenne en matière internationale !

Seule la pratique sera en mesure de fournir aux observateurs attentifs de la vie politique de l'Union (62), la réponse à la question de savoir si la désignation par le Conseil européen à la majorité qualifiée, d'un Président, élu pour deux ans et demi (renouvelable une fois) n'empiétera pas sur les compétences du nouveau Ministre des affaires étrangères et sur celles de la Commission quand elle agit dans l'orbite internationale (63). Cette « trinité » institutionnelle assurera-t-elle la cohérence décisionnelle ? La figure du Ministre des affaires étrangères de l'Union (art. I-27) (64) résulte on le sait de la fusion des postes du Haut représentant pour la Politique extérieure et de Sécurité commune (PESC) (art. 26 T.U.E) (J. Solana) et du commissaire aux Relations Extérieures (Chris Patten). Et de contribuer d'un côté par ses propositions à la définition de la politique étrangère et de la politique de sécurité par le Conseil (§2 de l'art. I-27) et de l'autre de mobiliser les moyens d'action dont dispose la Commission en matière de politique commerciale extérieure et de politique de développement (§ 4 de l'art. I-27). Ainsi, la personne qui incarnera cette fonction devra redoubler de dextérité diplomatique ; la « schizophrénie » institutionnelle inférée par l'article I-27 - le Ministre des affaires étrangères préside à la fois le Conseil affaires étrangères et est un des vice-présidents de la Commission - ne devra pas entamer sa capacité d'action pour une harmonieuse représentation internationale de l'Union ! Attendons de voir si la « double casquette » (*double hat*) engendre effectivement une action extérieure cohérente, d'autant qu'il faudra compter avec le président du Conseil européen qui assure, à son niveau (*i.e.* les chefs d'État et de gouvernement), la représentation de l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité (article I-21§2 *in fine*) ! L'ingénierie juridique sera-t-elle porteuse d'une

153., spéc. p. 151. D'un autre côté, on peut considérer qu'il reviendra aux Parlements de jouer habilement cette possibilité qui leur ait offerte afin qu'elle se transforme en une pression démocratique forte que les gouvernements auraient du mal à ignorer... Il est vrai ici que le poids de traditions et de la configuration des régimes parlementaires seront particulièrement forts de conséquences.

(61) D. N. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 109.

(62) J. Vandamme, Vers la création d'un véritable exécutif européen ?, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, *op. cit.*, pp. 535-543.

(63) Dans les secteurs où elle dispose de compétences législatives exclusives ou concurrentes - politique commerciale, politique agricole, transports, protection de l'environnement etc. - la Commission représentera l'Union.

(64) Dont le §1 de l'article I-27 nous informe qu'il est nommé par le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, avec l'accord du Président de la Commission.

action politique forte? Dans ce domaine, beaucoup dépendra des personnalités qui hériteront de ces fonctions...

À l'échelle de l'Union - *i.e.* au niveau de son action *ad intra* - le Conseil dispose d'un pouvoir exécutif mal défini, mais qui correspond aux matières gouvernementales les plus « nobles » par excellence, « parce que touchant au noyau dur de l'État » (65). Ainsi ses fonctions exécutives se déclinent soit directement sur la base de certaines dispositions du traité - politique étrangère ou prix agricoles - soit en vertu d'actes législatifs que le Conseil pourra adopter de façon autonome sans l'accord conjoint du Parlement européen, mais tantôt avec sa seule « approbation », tantôt avec sa simple « consultation ». Le très important article III-8, la clause de lutte contre les discriminations, qui peut à terme être le levier pour promouvoir une véritable politique européenne de l'égalité (66), est symptomatique de cette approche puisqu'il y est mentionné que « le Conseil statue à l'unanimité après approbation du Parlement européen ». La formule est quasiment identique en matière de citoyenneté où la « consultation » du Parlement remplace son « approbation » à l'article III-9§2, mais où « l'approbation » par le Parlement refait son apparition, suivie d'une entrée en vigueur de la loi ou de la loi-cadre après « son approbation par les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. » (art. III-13). S'agissant de la Commission, elle conserve ses pouvoirs exécutifs, là encore soit directement sur la base de dispositions du traité (concurrence), soit en vertu d'actes législatifs déterminés (dans les cas où le Parlement disposera du pouvoir législatif conjoint). Elle aura également le pouvoir d'adopter des actes délégués, sous le contrôle politique du législateur qui pourra toutefois, soit révoquer la délégation, soit s'opposer à son exercice concret dans des cas spécifiques (procédure dite du « *call back* »).

b) Comment imaginer parler d'un traité dont l'ambition est d'établir une Constitution pour l'Europe sans aborder la question si cruciale - présentée à juste titre comme un défi (67) - du mode de répartition des compétences entre l'Union et les États? Le résultat atteint au final, non exempt de critiques, n'en constitue pas moins une avancée certaine quand on sait que la Convention avait dû faire face à des courants antagonistes « entre ceux qui ne voulaient pas de catégorisation de compétences et ceux, qui en voulaient une, quoiqu'en rejetant, pour la plupart, la rigidité absolue (68) ». Ainsi, en soi, le libellé de l'article I-11 orchestre une clarification bienvenue concernant tant les types de compétences (compétences exclusives, partagée et d'appui), que des modalités d'intervention de leurs titulaires. Les compétences exclusives postulent la seule intervention législative de l'Union (I-11§1) ; les compétences partagées

(65) D. N. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 110.

(66) E. Dubout, *L'article 13 T.CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse de Droit public, Université de Rouen, 2004.

(67) V. Michel, 2004 : le défi de la répartition des compétences, *CDE*, 2003, pp. 85-154.

(68) D. N. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 39.

postulent une intervention législative conjointe (I-11§2, 1° al.), tandis que les compétences d'appui excluent toute harmonisation législative et réglementaire à l'échelle de l'Union (I-11§5, 2° al.). Le tableau ainsi esquissé, plutôt idyllique car répondant au défi de la clarté, n'est toutefois pas finalisé. Les Conventionnels ont introduit - résultat des chassés croisés de négociations serrées - nombre de nuances qui substituent la complexité à la clarté.

Les compétences exclusives n'ont pas pu faire fi de la fiction de la délégation aux autorités nationales - qui atténue sensiblement « la valeur distinctive » de la catégorie (69), tandis que l'inclusion de la conclusion des accords internationaux dans cette catégorie (art. I-12§2) - aux côtés de l'union douanière, de l'établissement des règles de concurrence relatives au marché intérieur, de la politique monétaire pour les États dont la monnaie est l'euro, de la conservation des ressources biologiques de la mer et de la politique commerciale commune, article I-12§1 - est une incohérence systémique puisqu'ici sont en cause des *instruments* - par lesquels certaines compétences sont exercées - et non des compétences en tant que telles. La confusion entre le domaine et l'instrument n'est pas du meilleur effet pour une visibilité accrue.

Les compétences partagées - dont les *principaux* domaines sont présentés à l'article I-13§2, ce qui laisse entendre que la liste n'est pas exhaustive - sont des compétences qui, dans la pure logique fédérale, une fois exercées par l'Union empêchent toute intervention nationale (art. I-11§2 *in fine*). Or, la lecture des paragraphes 3 et 4 de l'article I-13 brouille la règle et fait comprendre au lecteur que le traité a en réalité inauguré deux sortes de compétences partagées ! En matière de recherche, de développement technologique et de l'espace (§3) comme en matière de coopération au développement et d'aide humanitaire (§4), la mise en œuvre de l'action de l'Union n'éradique pas celle des États, contrairement au principe fixé à l'article I-11§2 *in fine*. Comment alors, dans l'hypothèse de deux actions contradictoires de l'Union et des États, dans ces deux domaines précis, régler le conflit ? Le principe de primauté - transféré de l'article 10 à l'article I-5 *bis* et flanqué d'une déclaration voulant coûte que coûte solidifier le *statu-quo* (70) - sera-t-il suffisant comme règle de conflit pour identifier l'action prioritaire... dans un domaine bien étrange de compétence partagée ?

Le domaine des compétences d'appui s'est trouvé élargi - suite à la CIG - au tourisme et à la coopération administrative (art. I-16), ce qui laisse supposer que les États n'ont guère voulu qu'il tombe dans le domaine des compétences partagées afin d'éviter toute harmonisation.

(69) Article I-11, §1 : « Lorsque la Constitution attribue à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement obligatoires, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union ou pour mettre en œuvre des actes de l'Union. » (Italiennes ajoutées).

(70) Déclaration ad article I-5 *bis* : « La Conférence constate que les dispositions de l'article I-5 *bis* reflètent la jurisprudence existante de la Cour de justice ».

On peut le regretter, surtout pour la coopération administrative - qui aurait permis la mise en place progressive d'une culture administrative commune. Le même regret, teinté d'une critique plus acerbe, vaut également pour l'industrie. Son inclusion dans le domaine des compétences d'appui « pérennise l'asymétrie existant entre une politique de concurrence hostile aux aides d'État, aux ententes et aux fusions d'une part, et une politique visant à rendre certains secteurs de l'industrie européenne capable de faire face à la concurrence internationale de l'autre, conformément à l'objectif de la compétitivité de l'économie (71) ».

Aux imperfections et contradictions internes à chaque type de compétences, vient ternir un peu plus le tableau la présence de deux autres catégories de compétences, carrément indéfinissables car ne correspondant à aucun canon juridique connu. Elles sont à n'en pas douter le fruit des réticences, des craintes, des arrières pensées de certains États ne voulant pas que dans deux domaines majeurs car existentiels - la coordination des politiques économiques et de l'emploi (art. I-11§3 et I-14) et la politique étrangère et de sécurité commune (art. I-11§4 et I-15) - l'Union ne devienne pas trop envahissante !

Cette architecture complexe continuera à n'en pas douter de nourrir de multiples raffinements analytiques (72), mais sera-t-elle en mesure de permettre à l'Union d'agir efficacement ? Ce qui est sûr, c'est que le citoyen qui était, selon la Déclaration de Laeken celui à qui il fallait s'adresser, ne sera guère en mesure spontanément et immédiatement de comprendre l'inouïe complexité de ce qui est censé régir les relations entre l'Union et les États.

B. L'ambivalence procédurale

La structure ternaire de l'Union inaugurée en 1992 et qui avait distillée une hétérogénéité sans précédent au sein de l'Union, disparaît ! Fini le temps des multiples régimes juridiques, des types d'actes, des compétences et des pouvoirs différents... Le traité établissant une Constitution pour l'Europe est celui d'une seule entité : l'Union, qui plus est dotée de la personnalité juridique (article I-6). À cette suppression des piliers s'ajoute - corollaire logique - un réaménagement complet de l'architecture normative et procédurale (73). À cet égard, la CIG n'a pas affecté le projet que la Convention avait réussi à bâtir sans peine sur la

(71) D. N. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 42.

(72) Ils se sont déjà manifestés sur le terrain de l'analyse des compétences... Après la recherche fondatrice du professeur V. Constantinesco en 1974, deux jeunes chercheurs ont eu l'audace de poursuivre en l'actualisant la réflexion, v. K. Boskovits, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Sakkoulas-Bruylant, 1999 et V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté* (Préface de P Manin), Paris, L'harmattan, 2003, 704 p.

(73) Ainsi, face à la multitude d'actes du feu pilier communautaire (règlements, directives, décisions) et des piliers intergouvernementaux (stratégies, positions et actions communes en matière de PESC et décisions, décisions-cadres dépourvues d'effet direct et conventions internationales du III^e pilier), la fusion des piliers a pour conséquence un alignement sur les instruments normatifs du pilier communautaire.

base du rapport du groupe de travail « simplification » (74). La nomenclature de l'article I-32 sur les « actes juridiques de l'Union » est le nouvel emblème d'une Union qui entend jouer la carte du statomorphisme normatif dont la valeur ajoutée symbolique ne doit pas être sous-estimée (75). S'adjoint à cette rationalisation normative, une rationalisation procédurale dans la mesure où les nouvelles lois (anciens règlements) et lois-cadres (anciennes directives) seront élaborées selon une procédure uniforme, la « procédure législative ordinaire » de l'article III-302 (ancienne procédure de co-décision) qui est censée être la procédure phare, point d'équilibre du nouvel agencement législatif (76). Le règlement devient un acte réglementaire au sens propre du terme, c'est-à-dire une « acte non législatif de portée générale pour la mise en œuvre des actes législatifs et de certaines dispositions spécifiques de la Constitution » (art. I-32§1), tandis que la décision est un « acte non législatif obligatoire dans tous ses éléments » et obligatoire pour les seuls destinataires quand elle les désigne.

La nouvelle architecture normative séduit de prime abord et le lecteur se dit, qu'ici au moins, le traité est à la hauteur des ambitions affichées. Une lecture attentive atténue considérablement un tel optimisme à deux égards. Au niveau de la « centralité » affichée de la procédure législative ordinaire tout d'abord, au niveau de la « simplicité » revendiquée des actes ensuite. Sur le premier point, il est normal de considérer que si la procédure législative *ordinaire* est celle de l'actuelle co-décision, cela implique la disparition et/ou la réduction du champ d'application des autres procédures prévues dans les traités actuels (77), à l'instar de la procédure de coopération qui est applicable dans le domaine de la politique économique et monétaire (Titre VII T.CE) et qui octroie au Parlement une simple faculté d'amendement, non de co-décision. Ainsi, la coopération, là où elle persiste, devrait logiquement être remplacée par la procédure législative ordinaire ; or scruter avec attention le traité permet de constater qu'il prévoit son remplacement par

(74) F. Kauff-Gazin, M. Pietri, *op. cit.*, p. 8. Rapport WG IX, CONV 424/02.

(75) D. N. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 68 relève que « la dénomination 'loi' comporte un progrès de grande valeur symbolique. Il marque, sur le plan sémantique aussi, le passage irrévocable une organisation internationale adoptant des 'directives' (vocable douteux évoquant, malgré leur portée juridique contraignante susmentionnées, les simples orientations ou recommandations voire les lignes directrices émises par les administrations) vers une Union de type fédéral qui noue des liens directs avec ses citoyens des États membres qui deviennent, aussi, les siens. Il marque, de manière non moins définitive, le passage d'une entité régie par des forts Exécutifs réunissant les représentants des États membres ./ vers une Union supranationale démocratique où l'action législative est assurée, à titre égal, par des représentants directement élus des citoyens européens, réunis au Parlement européen ».

(76) Elle continuera à comporter, hors les deux lectures devant le Parlement et les échanges correspondants entre Parlement et Conseil - sans qu'un délai soit introduit pour la première lecture, afin que le dialogue interinstitutionnel développe tous ses effets - un comité de conciliation, composé d'un nombre égal de représentants des deux branches du législatif et dont le texte approuvé devra être entériné par les deux branches du Législateur pour être adopté.

(77) D. N. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 76.

l'approbation d'un règlement ou d'une décision du Conseil après simple *consultation* du Parlement européen : l'article III-74§2 en témoigne qui concerne l'accès privilégié aux institutions financières. Cela paraît particulièrement critiquable dans la mesure où la « prétendue technicité du domaine monétaire n'en enlève pas l'importance politique (78) ». De même, là où on relève la présence de matières législatives, la procédure de droit commun devrait s'appliquer. La raison en est simple : une exclusion ou une réduction drastique du rôle du Parlement européen dans les domaines de nature législative n'est aucunement justifiée au regard de l'ambition affichée de rationalisation. Or, ici encore, on débusque en scrutant avec attention la III^e partie du traité, des bases juridiques iconoclastes où le Conseil adopte des lois sans qu'elles le soient sur la base de la procédure de l'article III-302 ! Ainsi, la simple consultation du Parlement européen est prévue en matière de citoyenneté européenne, d'harmonisation de la fiscalité indirecte, pour certains aspects de la politique sociale etc. Autrement dit, toutes les « lois » ne sont pas « co-décidées » par le Conseil et le Parlement sur la base d'un partenariat équilibré car égalitaire. Il faut dire que dès l'article I-33§2, le lecteur était averti, comme si la première partie du texte essayait d'accommoder « les incohérences subsistant dans la troisième » !

S'agissant de la simplification revendiquée des actes, il suffit de prendre l'exemple de la décision pour se rendre compte que l'ambition simplificatrice est restée au stade du fantasme et non de sa réalisation. D'aucuns avaient déjà recensé au moins quatre types d'utilisation de la décision telles que posées par la Convention (79) ; il ne fallait pas attendre des États dans le cadre de la CIG qu'ils améliorent ce point. Ainsi, à côté de l'acte individuel classique - présent en matière de concurrence ou encore en matière de réduction des déficits publics (art. I-76§9) - on relève des décisions qui constituent des actes d'organisation interne (art. I-23§4) (80), qui autorisent certaines procédures - tel l'article III-325§1 qui permet une coopération renforcée ; l'article I-54§4 qui établit une « passerelle » en matière de vote ; l'article III-172§1 qui permet d'identifier d'autres domaines de criminalité - ou qui établissent une position commune (décision européenne établissant une position commune du Conseil concernant les questions touchant à l'UEM dans le cadre des conférences internationales) ; enfin celles qui sont prises dans le cadre de la PESC par le Conseil européen et le Conseil des ministres (art. I-39, §§3 et 7 et I-40). Quand on ajoute à cet état de fait que le traité organise l'alternative entre le règlement et la décision dans pas moins d'une vingtaine de cas (81) - le choix existe aussi entre la loi *ou* la loi-cadre (82) - la

(78) *Ibid.*, p. 76.

(79) Kauff-Gazin, M. Pietri, *op. cit.*, p. 8.

(80) Article I-23§4 : « Le Conseil européen adopte à la majorité qualifiée une décision européenne établissant la liste des autres formations du Conseil ».

(81) *Ad exemplum*, article III-14§3 : « Le Conseil, sur proposition de la Commission, adopte les règlements européens ou décisions européens qui définissent les orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans l'ensemble des sec-

clarté n'est guère au rendez-vous (83) et le principe de la hiérarchie normative que le traité est censé (implicitement) représenter s'effrite un peu plus. Les déboires de la simplification sont également patents avec la création de plusieurs « OLNi », *Objets Législatifs Non Identifiés*. Ainsi, tantôt une « loi » (84), tantôt une « loi » ou une « loi-cadre » (85), tantôt une « décision » (86), doivent faire l'objet d'une ratification constitutionnelle par les États ! La « mixité normative » est à son comble : voilà un acte interne de l'Union qui arbore les atours formels des législations nationales, tandis que sa procédure d'entrée en vigueur n'en relève pas moins des purs canons du droit international public. En réalité, l'OLNI n'est peut-être pas si « non-identifié ». On se rappelle par exemple de la fameuse Décision du Conseil des ministres de 1976 qui avait décidé l'élection au suffrage universel du Parlement européen. Il s'agissait en effet d'un acte de droit primaire ayant nécessité des ratifications nationales... On la retrouve aujourd'hui pour l'adoption d'une « procédure électorale uniforme » (III-232§2). Le traité a voulu faire du neuf avec de l'ancien en ratant ce faisant la cible du réaménagement législatif optimal ! L'ombre de l'échec de l'introduction de la loi-organique plane ici avec éclat... aux dépens d'une franche et claire hiérarchie ainsi que d'une flexibilité bienvenue. Il ne faut guère ici se voiler la face, car qu'il soit question formellement de lois-cadres, lois ou décisions qui nécessitent des ratifications nationales, on est en réalité en présence de conven-

teurs concernés » ; article III-36/37/38/39/40/40§5 « Le Conseil sur proposition de la Commission, adopte les règlements ou décisions qui fixent le tarif douanier commun » ; article III-48 : « Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire, le Conseil des ministres, sur proposition de la Commission, peut adopter des règlements ou décisions européens qui instituent des mesures de sauvegarde à l'égard des pays tiers pour une période ne dépassant pas six mois pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires. Il statue après consultation de la Banque centrale européenne ».

- (82) *Ad exemplum*, voir les articles du Titre II (Non-discrimination et citoyenneté) de la Partie III ; ainsi que l'article III-232§1 sur l'établissement des mesures nécessaires pour permettre l'élection des membres du parlement européen au suffrage universel direct selon une procédure uniforme.
- (83) On lira avec beaucoup d'intérêt l'analyse très fouillée de J. Jesús Carrera Hernández, *Simplificación de los instrumentos jurídicos en el proyecto de tratado constitucional*, *Revista de derecho comunitario europeo*, *op. cit.*, pp. 1041-1063, spec. p. 1057.
- (84) Article I-53§2 : « Une loi européenne du Conseil fixe les dispositions applicables au système des ressources propres de l'Union ; il est possible dans ce cadre d'établir de nouvelles ressources propres ou d'abroger une catégorie existante. Le Conseil statue à l'unanimité après consultation du Parlement européen. Cette loi n'entre en vigueur qu'après son approbation par les Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. »
- (85) L'article III-13 comme l'article III-232§1 ne tranchent pas entre le choix de l'acte le plus pertinent (loi ou loi-cadre) qui devra être choisi pour entrer en vigueur « conformément aux règles constitutionnelles des Etats ».
- (86) Article I-40§2 : « La politique de sécurité et de défense commune inclut la définition progressive d'une politique de défense commune de l'Union. Elle conduira à une défense commune, dès lors que le Conseil européen, statuant à l'unanimité, en aura décidé ainsi. Il recommande, dans ce cas, aux Etats membres d'adopter une décision dans ce sens conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

tions internationales confrontées aux mêmes et lancinantes difficultés pour l'obtention de l'onction de la « positivité »! On se prête alors à constater qu'en fait de simplification, il y a plutôt camouflage ; on prend les mêmes actes et on recommence avec d'autres dénominations.

III - L'AMBIVALENCE MATÉRIELLE

Sur le fond, le traité affiche des ambitions importantes, tant sur le plan politique que sur le plan économique. Or, il appert que l'Union ne disposera pas systématiquement des moyens de ses ambitions (A) et qu'en outre la différenciation que le traité a réinjecté à un double visage : tantôt porteuse d'entraînements mécaniques positifs (*spill-over*), tantôt porteuse de repli sur soi. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'a pas banni la différenciation négative, que l'on a pu appeler en son temps « déstructurante » (87). Étant réfractaire à une vision commune de l'intégration dans des secteurs clés, elle pose la question de l'efficacité de l'action de l'Union et de sa crédibilité en tant que « pacte fondateur commun » (B).

A. L'ambivalence des moyens

L'Union européenne a des ambitions, mais elle est aussi porteuse d'ambitions étatiques disparates. De ce paradoxe inhérent à l'intégration, surgit un état des lieux particulièrement mitigé de l'analyse de quelques domaines majeurs des politiques de l'Union, que l'on se tourne vers l'espace interne de son action (UEM) (b) ou vers celui de sa politique extérieure (PESC) (c). L'ambivalence ne s'arrête pas là, elle étreint la Charte des droits fondamentaux, cette Déclaration européenne des droits insérée au cœur même du traité (II^o partie) (a).

a) Le lecteur doit rester perplexé et s'interroger sur cette prétendue ambivalence de la Charte. Car enfin, voilà la concrétisation flamboyante de plus de vingt ans de construction prétorienne en matière de droits fondamentaux ; un texte élaboré le plus démocratiquement et publiquement possible avec un résultat somme toute très satisfaisant. 'Au contraire' - doit penser le lecteur en son for intérieur - l'insertion de la Charte dans le traité, qui n'était guère acquise au moment de sa fameuse « proclamation », est sans doute le succès le plus visible tant des « Conventionnels II » que des États au sein de la CIG. Que serait en effet un traité qui prétend établir une Constitution si celle-ci, dans la pure tradition des Lumières, ne garantit pas la protection des droits ? Tout ceci est vrai et l'insertion de la Charte marque la volonté non seulement de lui attribuer une force contraignante - qui découlera de la ratification du traité (88) - mais aussi d'ancrer définitivement car *expressément* l'Union dans une autre dimension, celle d'une effective « Union de

(87) L. Burgorgue-Larsen, Le droit communautaire dans tous ses états..., *op. cit.*, *passim*.

(88) J. Roldán Barbero, La Carta de derechos fundamentales de la UE : su estatuto constitucional, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 16, Sept.-Dic. 2003, pp. 943-991.

droit ». Il faut cependant être conscient que la Charte est un « paradoxe constitutionnel » (89), en ce qu'elle est porteuse d'une tension entre deux visions antagonistes : celle d'un instrument constitutionnel au service de la construction d'une véritable identité politique européenne ou celle d'une simple consolidation de l'acquis des droits fondamentaux (90). Or, de l'interprétation des clauses transversales, spécialement des articles II-51 et II-52, s'imposera une des deux conceptions dont la Charte est porteuse... La conception *a minima* a semble-t-il réussi à s'imposer. Le tableau s'obscurcit quand on prend la mesure de la bataille que le gouvernement britannique a mené pour revenir sur le consensus établi lors de l'élaboration de la Charte par la « Convention Herzog ». Avec l'Irlande et le Danemark, il s'opposa en son temps à sa force contraignante. À nouveau avec l'Irlande, il oeuvra tous azimuts pour « retoucher » les fameuses et si importantes clauses finales transversales (91), tant au stade conventionnel (92) qu'au stade intergouvernemental (93). Ainsi, le résultat

(89) M. Poiarés Maduro, The double constitutional life of the Charter of Fundamental rights, *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional* (Journées d'études des 7 et 8 novembre 2002), N. Fernández Sola (dir.), Zaragoza, Dykinson, 2004, p. 287. L'auteur met parfaitement en exergue la tension latente - tant dans les dispositions transversales qu'à l'endroit de certains droits garantis - entre les conceptions antagonistes dont la Charte est porteuse.

(90) *Ibid.*, p.268.

(91) R. Alonso García, The General Provisions of the Charter of fundamental Rights of the European Union, *European Law Journal*, vol. 8, n°4, Dec. 2002, pp. 492-514 ; D. Triantafyllou, The European Charter of fundamental Rights and the 'rule of law' : restricting fundamental rights by reference, *Common Market Law Review*, n° 39, 2002, pp. 53-64.

(92) C'est tout à la fois le Préambule et les articles 51 et 52 qui ont été remaniés par l'adjonction de « précisions » lourdes de conséquences. Le professeur Jacques Ziller, un des premiers commentateurs aguerris et éclairés du projet de Traité, a pu écrire que la phrase ajoutée au préambule de la Charte était « bizarre », *op. cit.*, p. 57. On peut lire en effet (avant la dernière phrase du texte) que : « Dans ce contexte, la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des Etats membres en prenant en considération les explications établies sous l'autorité du Praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte ». De même, les « Conventionnels II » ont ajouté deux incises aux § 1 et 2 de l'article 51. Leur crainte maintes fois réitérée était de ne pas donner prise à une extension subreptice des compétences communautaires *via* la protection des droits fondamentaux. Les nouveaux ajouts ont donc pour objet « d'enfoncer le clou » en s'alignant sur la jurisprudence communautaire selon laquelle la protection des droits fondamentaux par la législation de l'Union ne peut avoir pour effet d'accroître le domaine d'application des dispositions des traités au-delà des compétences de l'Union. Les ajouts aux § 4, 5 et 6 l'article II-52 cristallisent des éléments qui étaient plus dilués, camouflés, sous-entendus et donc sujets à ignorance, indifférence ou à interprétation évolutive. Avec leur inscription expresse, ils ne peuvent plus être niés, édulcorés encore moins passés sous silence. Il est question de références expresses aux traditions constitutionnelles communes (§4), aux principes (§5) et aux législations et pratiques nationales existantes (§6). La *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH)* dans un avis d'Assemblée plénière adopté le 18 septembre 2003 s'est inquiétée de ces modifications, plus spécifiquement celles concernant les principes qui touchent pas définition les droits sociaux. Il y aurait une « accentuation de la différence » entre droits et principes ; il n'y aurait plus qu'un élément potestatif et non une obligation à la charge des Etats pour mettre en œuvre par des actes législatifs et exécutifs les principes. En effet, selon le nouveau §5 de l'article II-52 « les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes *peuvent* être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs. » Pour une vision moins pessimiste, v. l'article du

laborieusement obtenu par les « Conventionnels I » qui avaient fait « comme si » la Charte allait être contraignante et qui avaient déjà dû négocier avec les Britanniques et les Irlandais, n'a pas empêché que l'ensemble à la cohérence acquise de haute lutte soit *in fine* remanié (94) ! Or, « modifier un élément quelconque sans compromettre l'équilibre tout entier » n'est guère possible (95). En plus de l'ascendant qu'une Convention (Convention II, VGE) a eu sur l'autre (Convention I, R. Herzog), surtout en plus de l'ascendant que le mode intergouvernemental (CIG) a eu sur le mode conventionnel (Conventions I et II) - c'est tout à la fois l'interprétation, le champ d'application et la portée des droits qui sont aujourd'hui en questions. L'interprétation est désormais encadrée par les explications *a minima* de la Charte ; le champ d'application entend être maîtrisé pour ne pas déborder les compétences communautaires, tandis que la portée des droits est atténuée par une référence lancinante aux principes... dont on sait qu'ils correspondent aux « droits sociaux » dont les Britanniques entendent minimiser drastiquement les effets, en amenuisant la possibilité de leur invocabilité. Le déficit social que la Charte entendait corriger par l'inscription de droits sociaux ne sera pas comblé de sitôt... à moins qu'après la reprise en main par les États du contrôle de leur destin en matière de droits fondamentaux, le pouvoir judiciaire - qui

représentant espagnol au sein de la Convention, ancien président du Tribunal Constitutionnel, A. Rodríguez Bereijo, La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea y la protección de los derechos humanos, *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, N. Fernández Sola (Coord.), *op. cit.*, pp. 11-36.

- (93) C'est à nouveau le Préambule et l'article II-52 qui ont été affectés par les modifications de la CIG auxquels il faut ajouter l'apparition d'une très importante et « fâcheuse » *Déclaration concernant les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* qui doit se lire comme l'écho explicite du bout de phrase ajoutée à la fin du préambule et du septième paragraphe ajouté à l'article II-52. La dernière phrase du Préambule se lit ainsi : « Dans ce contexte, la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des Etats membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du Praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du Praesidium de la Convention européenne. » (L'italique met en exergue l'ajout fait par la CIG). Le 7^e paragraphe à l'article II-52 quant à lui est libellé comme suit : « Il convient que les juridictions de l'Union et des Etats membres prennent dûment en considération les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux. » La Déclaration modifie les « explications » des clauses transversales, les articles II-51 (champ d'application) et II-52 (Interprétation et portée des droits et principes) dans un sens restrictif... Or, tout est fait par ailleurs (Préambule, II-52§7) pour lier le juge et l'obliger à s'en inspirer.
- (94) Alors que le mandat du Groupe de travail II présidé par M. Vitorino n'était en aucun cas de toucher au contenu de la Charte... (CONV 116/02, WG II 1, Note du Secrétariat au Groupe de Travail « Intégration de la Charte/ adhésion à la CEDH », p. 6.), les soi-disant adaptations techniques n'en ont pas moins considérablement atténué sa portée. Une lecture attentive permet de constater que les Etats au sein de la CIG ne se sont pas privés pour retoucher la teneur de certaines dispositions matérielles. Ainsi, les articles II-41 (droit à une bonne administration) et II-43 (Médiateur européen) ont vu le terme « agences » remplacé par « organismes ». Même si la modification n'est pas majeure, elle est là qui témoigne de la prégnance intergouvernementale.
- (95) J. Dutheil de la Rochère, La place de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la Constitution européenne, *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 229-239, spéc. p. 235.

fut à la source du phénomène de constitutionnalisation du processus d'intégration - décidait de se délier des directives interprétatives restrictives des clauses transversales...

b) Le traité établissant la Constitution sera-t-il celui d'une Europe économique et monétaire (UEM) en lambeaux ? La formule, provocatrice, est assurément empreinte d'une simplification outrancière, mais elle a le mérite de révéler plusieurs paradoxes préoccupants dont le professeur Jacques Bourrinet, avec brio, a fait état dans l'introduction de son ouvrage consacré au *Pacte de stabilité et de croissance*. Et d'affirmer que « La création spectaculaire de la monnaie unique par le traité sur l'Union européenne et son lancement, techniquement réussi, aux dates prévues (96) .../... ne saurait occulter différents paradoxes qui caractérisent l'Union économique et monétaire européenne. L'Euro est orphelin, la Banque centrale européenne souffre de 'solitude institutionnelle', un véritable budget fédéral européen reste cantonné dans le royaume de l'utopie, les États membres de la zone Euro conservent la responsabilité de la gestion de leurs budgets nationaux, les progrès envisagés dans la coordination des politiques économiques nationales demeurent problématiques, car ces politiques restent essentiellement nationales, mais doivent être conduites dans l'intérêt de l'Union... » (97). Le traité établissant une Constitution pour l'Europe est-il *aussi* celui d'une Constitution économique et monétaire forte ? Rien n'est moins sûr, tant les carences soulignées plus haut ne sont guère comblées par le nouveau texte. Le clivage entre les États de l'Euroland et les autres perdurent (98), soit par la force des choses - et il n'y a là rien d'étrange car les nouveaux adhérents doivent objectivement attendre avant d'être en mesure de remplir les fameux critères de convergence - soit par la force de la volonté de rester en dehors : les protocoles du Royaume-Uni et du Danemark relatifs à l'UEM en sont la marque éloquente (99). Ainsi, l'Europe élargie, celle *éventuellement* régie par le nouveau traité, n'est pas celle de l'euro triomphant car dominateur, puisque seuls douze États sur vingt-cinq y manient la nouvelle monnaie. Surtout, pour les États membres *euro-philes*, les mécanismes afférents à la maîtrise des déficits publics, pièce maîtresse du fameux Pacte de stabilité et de croissance ne font guère l'objet de remaniements substantiels, pourtant attendus et réclamés par la Commission européenne. Il faut dire que sur ce point, la Convention sur l'Avenir de l'Union avait été bien frileuse et les États dans le cadre de la CIG, s'ils n'ont pas opté pour l'audace - la seule lecture de la

(96) C'est-à-dire le 1^{er} janvier 1999 pour la fixation irrévocable des parités et début 2002 pour la mise en circulation des pièces et billets euros.

(97) J. Bourrinet, *Le Pacte de stabilité et de croissance*, Paris, PUF, 2004, p. 5.

(98) H. Bourguinat, 12. La zone européenne : les acquis et les défis, dans cet ouvrage, *infra*.

(99) Il s'agit des protocoles n°13, 14 et 15 respectivement intitulés *Protocole sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à l'égard de l'Union économique et monétaire* ; *Protocole sur la position du Danemark à l'égard de l'Union économique et monétaire* et enfin *Protocole sur certaines tâches de la Banque nationale du Danemark*.

Déclaration relative à l'article III-76 est suffisamment probante à cet égard - et s'ils ont su préserver les quelques avancées conventionnelles (article III-88) (100), ont toutefois été incapables de corriger une aberration institutionnelle qui sera lourde de conséquences. N'est-il pas en effet saugrenu de continuer d'attribuer au Conseil (Ecofin) - composé des représentants de *tous* les États, y compris ceux non membres de la « zone euro » (101) - la compétence pour la gestion de la dite zone et pour décider des sanctions applicables dans le cadre du pacte (102) ? Les ajouts (points a. et b.) effectués au paragraphe 4 de l'article III-91 laisseraient penser au lecteur inattentif que la question est enfin réglée. Mais après une analyse sourcilleuse, il déchant vite en se rendant compte que les quelques avancées effectuées - les États n'ayant pas adopté l'euro ne votent pas au Conseil quand des recommandations sont adoptées en matière de surveillance des politiques budgétaires (point a) et quand des « mesures » sont adoptées en matière de « déficits excessifs » (point b) - ne sont pas applicables en tant que telles aux « sanctions » telles que prévues à l'article I-76§§9 et 10 (103) ! La logique aurait été que les *euro*-philes reprennent les rennes de leur destin monétaire ; or, ni la Convention ni la CIG n'ont été capables d'assumer ce choix teinté d'évidence. Si on ajoute à ce état de fait que les mécanismes essentiels du pacte n'ont pas été remaniés, alors que la pratique avait démontré avec éclat qu'il était par trop rigide et qu'il s'appliquait de façon différenciée selon que le « mauvais élève » était un « petit » ou un « grand », l'avenir de la Constitution économique et monétaire est pavé d'incertitudes ! La crise ouverte déclenchée par la décision du Conseil Ecofin du 25 novembre 2003 (104) vient de trouver son épilogue judiciaire avec l'arrêt du 13 juillet 2004 de la Cour de Luxembourg (105). Elle entérine la nécessité d'un respect scrupuleux des règles telles qu'établies par le droit communautaire en matière de coordination des

(100) Cet article prévoit de « renforcer la coordination de la discipline budgétaire et de la surveillance de celle-ci au sein de la zone euro et de réserver aux seuls ministres des Etats membres de la zone euro le droit de vote à la majorité qualifiée sur les questions touchant au fonctionnement de l'Union économique et monétaire », J. Bourrinet, *op. cit.*, p. 105.

(101) Dans l'Union élargie, le Conseil Ecofin comprend une majorité d'Etats ne faisant pas partie de la « zone euro » (13 Etats sur 25), J. Bourrinet, *op. cit.*, p. 123.

(102) J. Bourrinet, *op. cit.*, p. 121.

(103) Article III-91§4 : « Les droits de vote des membres du Conseil représentant les Etats membres faisant l'objet d'une dérogation sont suspendus lors de l'adoption par le Conseil des mesures visées aux articles énumérés au §2, ainsi que dans les cas suivants : a) Recommandations adressées aux Etats membres dont la monnaie est l'euro dans le cadre de la surveillance multilatérale, y inclus sur les programmes de stabilité et les avertissements (art. III-71, §4). b) Mesures relatives aux déficits excessifs concernant les Etats membres dont la monnaie est l'euro (art. III-76, §§6, 7, 8 et 11).»

(104) Il s'était agi d'une décision de ne pas adopter, à l'égard de la République française et de la République fédérale d'Allemagne, les instruments formels contenus dans des recommandations de la Commission au titre de l'article 104, § 8 et 9, CE.

(105) CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. Conseil*, aff. C-27/04 (non encore publié).

politiques budgétaires (106), en en profitant d'ailleurs pour enrichir le contentieux de l'annulation (107) ; mais, au final, rien dans les traités actuels et dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe ne permet d'avancer de façon significative en matière de gouvernance économique pour l'Europe !

c) L'Europe, entrée dans « l'ère post-moderne » selon Robert Kagan - essayiste remarqué qui a travaillé au sein du Département d'État des États-Unis - ne pourrait pas manier la force (108). L'opposition entre le droit et la force serait irréductible dans une Europe qui aurait définitivement et structurellement opté pour une vision kantienne du monde. « L'Europe puissance » serait alors un nouvel oxymore qu'il conviendrait d'ajouter à la liste présentée en guise de nos propos introductifs. Or, bien évidemment, les choses ne sont pas aussi simples (109). L'Union tenterait au contraire de mettre en place une combinaison originale de la force et du droit (110), une fois encore irréductible aux approches théoriques idéologiquement trop marquées (111). Partant, affirmer que la force ne se concilie pas avec le projet européen est tout à la fois historiquement réducteur et actuellement trompeur car l'Europe trouve aujourd'hui « sa nouvelle légitimation » dans le déploiement d'une vision de la

(106) *Ibid.*, point 97 : « Les conclusions du Conseil adoptées à l'égard, respectivement, de la République française et de la République fédérale d'Allemagne doivent en conséquence être annulées en tant qu'elles contiennent une décision de suspendre la procédure de déficit excessif et une décision modifiant les recommandations adoptées précédemment par le Conseil en application de l'article 104, § 7, CE. »

(107) En déclarant recevable un recours en annulation contre les conclusions du Conseil en matière économique et monétaire, voir les points 47, 48, 49 et pour finir 50 de l'arrêt du 13 juillet 2004. Voir ici le point 50 : « Il ressort de ce qui précède que les conclusions du Conseil visent à produire des effets juridiques, à tout le moins en ce qu'elles suspendent les procédures de déficit excessif en cours et modifient en fait les recommandations précédemment adoptées par le Conseil en vertu de l'article 104, § 7, CE ».

(108) R. Kagan, *La Puissance et la faiblesse. Les Etats-Unis et l'Europe dans le nouvel ordre mondial*, Paris, Plon, 2003, 160 p. On pourra lire une analyse diamétralement opposée qui postule la faiblesse des Etats-Unis lesquels, pour rester au « centre » du monde, se devraient de mettre en scène un « militarisme théâtral » ; E. Todd, *Après l'Empire. Essai sur la décomposition du système américain*, Paris, Gallimard, 2002, 230 p.

(109) Ne serait-ce parce que les Etats d'Europe centrale et orientale, nouveaux Etats membres depuis le 1^o mai 2004, se sentent encore stratégiquement dépendants des Etats-Unis. Ce point, passé sous silence dans l'ouvrage *La Puissance et la faiblesse* est toutefois évoqué dans l'analyse postérieure de R. Kagan intitulée *Le Revers de la puissance. Les Etats-Unis en quête de légitimité*, Paris, Plon, 2004, p. 22.

(110) J-D. Mouton, L'Union européenne : un modèle original de combinaison de la force et du droit, *Le Droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force*, R. Ben Achour, S. Laghmani (dir.), Colloque de Tunis des 14, 15 et 16 avril 2004, Paris, Pedone, 2004. L'auteur « discute » avec brio la thèse de R. Kagan pour la rejeter et proposer une alternative à la soi-disant impossibilité congénitale de l'Europe d'être « puissante ».

(111) Le politologue F. Petiteville montre bien qu'entre les théories « réaliste » et « libérale » des relations internationales, il est difficile de faire coïncider l'action actuelle de l'Union en matière diplomatique, L'autorité diplomatique de l'Union européenne, *L'Autorité de l'Union européenne*, L. Azoulay, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Bruxelles, Bruylant (à paraître dans la Collection « Droit de l'Union européenne »).

puissance radicalement différente de celle déployée par les États-Unis d'Amérique (112), différence exacerbée avec les événements du *Nine eleven* (113). Ce faisant, « la force » n'est pas absente des traités actuels (114) et, bien logiquement, elle a marqué les débats au sein de la Convention comme de la CIG. Toutefois, à la question de savoir si une entité comme l'Union est en mesure d'appliquer le projet politique original dont elle est porteuse, la réponse ne peut être que mitigée à la vue des malencontreuses retouches effectuées par les États et leurs experts. Le « début d'un exercice en commun de la souveraineté en matière de PESC et de Défense » est relégué à un avenir lointain. Les Conventionnels avaient eu l'heureuse initiative d'introduire la majorité qualifiée pour le déclenchement d'une « coopération renforcée » dans le domaine de la PESC ? Qu'à cela ne tienne, la loi d'airain de la force négative des États a réinjecté l'unanimité (art. III-325§2), y compris quand un État membre aurait le désir de rejoindre le groupe de tête (art. III-326§2). Les Conventionnels ont imaginé le mécanisme de la « clause passerelle », y compris en matière militaire et de défense ? Les États, empêtrés dans leurs inévitables concessions à l'État réfractaire par nature à l'intégration (115), capitulent et interdisent que le système de la clause passerelle puisse fonctionner dans ces domaines (art. III-328). Comment alors, dans de telles conditions procédurales, raisonnablement imaginer qu'une politique étrangère et de sécurité commune arrivera à fonctionner avec vingt-cinq États ? Comment concevoir qu'à l'occasion d'une crise internationale, vingt-cinq gouvernements puissent s'exprimer à l'unisson et œuvrer de concert (116) ? L'unanimité, c'est une Europe puissance mort-née. Or, quand on sait qu'après la diplomatie, la défense elle aussi est irradiée par la force paralysante du consensualisme - y compris au seul stade de sa simple définition (art. I-40§2) ! - on se dit que la « coopération structurée » a beau jeu d'être mise en œuvre à la majorité qualifiée (articles I-40§6 et III-213) (117) ou encore que l'*Agence européenne de*

(112) J-D. Mouton, *op. cit.*, rapporte les analyses convergentes et de J-M. Ferry (*La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000 ; *Identités culturelles et construction d'un espace européen*, Nancy, PUN, 2004, à paraître) et de T. Todorov (*Le nouveau désordre mondial. Réflexion d'un Européen*, Paris, Robert Laffont, Paris, 2003).

(113) Le « choc » du 11 septembre a engendré une littérature foisonnante y compris parmi le cercle des philosophes. A cet égard, on se reportera aux interviews croisées de J. Habermas et de J. Derrida, introduites par Giovanna Borradori, *Le 'concept' du 11 septembre. Dialogues à New-York (oct.-déc. 2001)*, Paris, Galilée, 2004, 244 p.

(114) Elle a même été mise en œuvre à travers les opérations *Artemis* et *Concordia*, J. Auvret-Finck, Les moyens de la force armée, *L'Autorité de l'Union européenne, op.cit., passim*. Voir également L.N. González Alonso, De las declaraciones a los hechos : las primeras operaciones de gestión de crisis de la UE, *Revista de Derecho comunitario europeo*, Mayo-Agosto 2003, n°15, pp. 653-682.

(115) Est-il vraiment nécessaire de mettre à l'index ici le pays en question ? On doit cette « moins value » au Royaume-Uni, plus précisément au Gouvernement de Tony Blair qui n'a pas voulu céder sur plusieurs « lignes rouges » dont celle en matière militaire et de défense.

(116) Le précédent de la crise lors de 'l'affaire irakienne' est un bien mauvais présage...

(117) Les Etats membres qui remplissent des critères de capacités militaires plus élevées et souhaitent prendre des engagements plus contraignants en cette matière, peuvent le

l'armement, de la recherche et des capacités militaires soit créée pour « identifier les besoins opérationnels » (art. I-40§3). Car si les États n'ont pas réussi *au préalable* à s'accorder et sur les axes majeurs d'une diplomatie et d'une défense de l'Union, ces innovations apparaissent frappées d'une déficience congénitale.

B. L'ambivalence des différenciations

Quand on parle de différenciation, il faut prendre le temps d'une pause terminologique. Si le mécanisme des « coopérations renforcées » est porteur d'une différenciation positive, attendue de tous pour un fonctionnement délié dans une Union élargie, des formules forgées *ad hoc* pour certains États récalcitrants *in se* à tout approfondissement dans un domaine particulier, sont, quant à elles, le ferment d'une dissociation entre les États, entre ceux qui sont *in* et ceux qui sont *out*, dissociation qui peut parfaitement s'avérer définitive.

On aurait pu attendre que le traité qui établit une Constitution relègue au magasin des accessoires juridiques les protocoles élaborés *intuitu personae* afin de régler le statut « à part » d'un État qui n'entend pas se plier aux règles du jeu « constitutionnel ». Or, la Constitution n'est pas celle de tous (les États), pour tous (les citoyens). Le dernier mot étatique a eu son lot d'effets pervers. Là où la Convention avait évité le pire, la CIG a introduit à nouveau ces protocoles qui défigurent la cohérence juridique de l'ensemble constitutionnel. Après l'UEM, c'est le très important Chapitre IV relatif à l'*Espace de liberté, de sécurité et de justice* du Titre III (Politiques et actions internes) de la III^e partie qui est ici en ligne de mire. Le Danemark n'y a pas été par quatre chemins : le vingtième protocole (118), plus précisément son article 1, lui assure un régime entièrement dérogatoire sur l'ensemble des matières couvertes par le Chapitre IV, à savoir les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration (section 2), la coopération judiciaire en matière civile (section 3), la coopération en matière pénale (section 4) et enfin la coopération policière (section 5). Dans tous ces domaines, pourtant essentiels afin que l'Union se rende toujours plus chaque jour proche des intérêts immédiats des citoyens, le Danemark (avec l'accord des autres !) s'octroie le droit de ne pas participer à l'action de l'Union. Ce pays avait refusé la « communautarisation » du III^e pilier, il refuse désormais tout simplement la « constitutionnalisation » de la matière pénale (au sens large). Où se trouve la différence ? Drôle de pacte fondateur qui accepte de laisser en marge de celui-ci un État qui fixe quand il le veut, seul, les règles du jeu (119). Le Royaume-Uni et l'Irlande quant à eux ont fait dans la dentelle ; ils

faire, le Conseil des ministres adoptant alors les décisions avec le seul vote des États membres participant à cette coopération.

(118) Article 1 du *Protocole sur la position du Danemark* : «Le Danemark ne participe pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées en application de la partie III, titre III, chapitre IV, de la Constitution ».

(119) *Ad exemplum*, article 4 du Protocole.

refusent de ne souscrire qu'à une partie du Chapitre IV (ses sections 2 et 3) (120). On se dit au moins que la coopération judiciaire en matière pénale est sauvée, que ces deux États insulaires ont *quand même* accepté la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale, prélude essentiel à la construction d'une Europe pénale puissante car effective. Ce serait crier victoire un peu trop vite car le Royaume-Uni réussit à faire insérer de nouveaux paragraphes aux articles III-171 et III-172 qui permettent à un ou plusieurs États membres de s'opposer au contenu d'une loi-cadre européenne qui organise la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires (III-171) ou qui définit les règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions (III-172) avec, pour contrepartie, la faculté laissée à d'autres États de déclencher de façon automatique une coopération renforcée (121) ! Quand la différenciation constructive cache en réalité une volonté de rester en retrait...

Conclusion

Cet aperçu sommaire des éléments saillants du traité établissant une Constitution pour l'Europe laisse assurément un sentiment mitigé, une sorte d'« optimisme désenchanté ». Or, on peut se poser la question de savoir si l'essentiel, autrement dit le *sens* du « moment constitutionnel » que l'Union est en train de vivre, ne réside pas, plus que dans le contenu du texte, dans le texte lui-même. Il délivrerait *in se*, malgré toutes ses contradictions et ses imperfections, un message symbolique aux citoyens de l'Union. Celui d'une Europe qui s'adapte et accepte l'altérité pour mieux se structurer, pour mieux permettre l'émergence de son identité, mais une identité ouverte sur le monde. Le « traité constitutionnel » serait la pérennisation des acquis, la mise en texte du

(120) *Protocole sur la position du Royaume Uni et de l'Irlande à l'égard des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, ainsi qu'à l'égard de la coopération judiciaire en matière civile la coopération policière.*

(121) A titre d'exemple on reproduit ici la version de l'article III-171, § 3 et § 4 telle qu'approuvée par la CIG : « §3. *Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de loi-cadre européenne visé au §2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système juridique*, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure visée à l'article III-302 est suspendue. Après discussion et dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, le Conseil européen, soit : a). Renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure visée à l'article III-302 ; b). Demande à la Commission ou au groupe d'Etats membres dont émane le projet de loi-cadre, de présenter un nouveau projet ; dans ce cas, l'acte initialement proposé est réputé non-adopté. § 4. Si, à l'issue de la période visée au paragraphe 3, le Conseil européen n'a pas agi ou si, dans un délai de douze mois, à compter de la présentation d'un nouveau projet au titre du § 3 point b), la loi-cadre européenne n'a pas été adoptée et qu'au moins un tiers des Etats membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de loi-cadre concerné, ils en informent le parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée qui est visée à l'article I-43, paragraphe deux et à l'article III-325 paragraphe 1 est réputée accordée et les dispositions relatives à la coopération renforcée s'appliquent. ».

passé, mais également une forte promesse pour l'avenir afin de donner une nouvelle direction à l'intégration, un autre Cap.

« Il faut se faire les gardiens d'une idée de l'Europe, d'une différence de l'Europe mais d'une Europe qui consiste précisément à ne pas se fermer sur sa propre identité et à s'avancer exemplairement vers ce qui n'est pas elle, vers l'autre cap ou le cap de l'autre, voire, et c'est peut-être tout autre chose, l'autre *du* cap. »

Jacques Derrida, *L'Autre Cap*, Paris, Minuit, 1991, p. 33.

Août 2004