

A PROPOS DU TRAITE ETABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE

*Michel de Villiers**

Le 29 octobre 2004, les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne ont signé à Rome le "Traité établissant une Constitution pour l'Europe" (TECE), traité qui s'appliquera à compter du 1^{er} novembre 2006 sous réserve de sa ratification par les vingt-cinq Etats membres. Mais un traité peut-il être aussi une Constitution?

*"Je suis oiseau, voyez mes ailes,
Je suis souris, vive les rats".*

Question hors sujet? Et bien non, c'est le sujet car, selon qu'un texte est un traité ou une constitution, les conséquences politiques et juridiques ne sont pas du tout les mêmes. A quoi il faut ajouter que, dans ce débat pré-référendaire, on mélange à peu près tout. Normalement, on devrait parler essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, du contenant: Qui peut adhérer à l'Union européenne? Quels sont les domaines de compétence respectifs de l'Union et des Etats membres? Comment décide-t-on au sein de l'Union? Quelle est l'autorité des décisions prises par l'Union? Quelles sont les modalités de révision de ce texte? Or ces questions sont peu abordées et même, pour certaines, ne le sont pas du tout. En revanche, que de discours sur le contenu: l'avenir des services publics ("à la française" bien entendu), l'exception culturelle (française, cela va sans dire), l'avenir de l'agriculture (les agriculteurs, français, seront-ils gagnants ou perdants) etc. Bref, le débat n'est pas à la hauteur de l'enjeu... Il arrive parfois que l'on dise: un peuple a les dirigeants qu'il mérite. Pas faux. Mais la remarque peut être retournée: les dirigeants ont le peuple qu'ils méritent. Et quand on choisit de se faire interviewer par MM Fogiel, Delarue et Chain, il ne faut pas s'étonner qu'à l'arrivée, le peuple ne soit pas aussi intelligent qu'on l'eut souhaité.

I POURQUOI UN NOUVEAU TRAITE?

La construction communautaire européenne a été inaugurée par le traité de Paris du 18 avril 1951 créant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), un an après que, le 9 août 1950, la "Déclaration Schuman" ait défini l'objectif d'une "union sans cesse plus étroite des nations

* Professeur émérite.

européennes". Le 25 mars 1957, sont signés les traités de Rome, l'un créant la Communauté économique européenne (le marché commun), l'autre l'Europe atomique (Euratom). De nombreux traités sont ensuite intervenus, soit à l'occasion de l'adhésion de nouveaux membres (19 pays se sont joints aux 6 pays fondateurs, soit 25 pays membres à la date du 1^{er} mai 2004), soit surtout pour reprendre le chantier de la construction communautaire afin de lui faire franchir de nouvelles étapes. Ont été essentiels à cet égard le traité de l'Acte unique des 16 et 18 février 1986 qui organise le passage du marché commun (marché sans frontières douanières internes) au marché unique (marché dans lequel sont harmonisées les conditions de concurrence entre les entreprises), et le traité de Maastricht du 7 février 1992 qui, en même temps qu'il institue l'union économique et monétaire, jette les bases d'une union politique avec la création de l'Union européenne se superposant à la Communauté européenne (économique disparaît de l'appellation). Les traités d'Amsterdam (2 octobre 1997) et de Nice (26 février 2001) apportent des retouches plus ou moins importantes à ces traités. Après 45 ans de vie communautaire, il a été jugé nécessaire de codifier tous ces textes et de les remplacer par un seul traité supposé être plus clair et plus lisible.

II LE TECE NE SERAIT DONC UN TRAITE NOUVEAU QUE SUR LE PLAN FORMEL? EST-IL AU MOINS PLUS CLAIR ET PLUS LISIBLE QUE L'ENSEMBLE DES TRAITES QU'IL REMPLACE?

Plus clair et plus lisible? Oui, si l'on veut. La rédaction d'un nouveau traité, composé d'articles numérotés de façon uniforme et en continu, facilite la compréhension de l'entreprise communautaire. Mais il faut relativiser le résultat obtenu: le TECE comporte 448 articles et 36 protocoles (un protocole ayant la même valeur juridique que les articles du texte principal). Rien à voir avec la Constitution des Etats-Unis et ses 7 articles (même en tenant compte des 27 amendements qui lui ont ajoutés).

Mais il est évident que s'il ne s'agissait que de ce travail de remise en forme, on n'en parlerait pas tellement, et on n'aurait pas jugé utile d'organiser un référendum. Il y a des changements de fond qui concernent surtout les institutions et les compétences de l'Union (essentiellement dans la partie I) et les droits fondamentaux (partie II du Traité). Encore faut-il bien discerner ce qui est nouveau. Exemple: la possibilité donnée à des Etats membres d'instaurer entre eux des compétences renforcées pour réaliser un approfondissement de la construction européenne (article I-44). Or l'article qui prévoit cette procédure n'est que la reprise des articles 43, 43A, 43B et 44 du traité sur l'Union européenne, avec seulement quelques modifications de procédure! Ou bien alors certaines clauses sont sans portée juridique comme, autre exemple significatif, la possibilité de politiques de relations privilégiées avec des pays de l'environnement proche (article I-57). Un Etat (ou une organisation internationale qui a la personnalité juridique) est absolument libre de conclure de tels traités de partenariat. Il y a un peu plus de quarante ans, la France et l'Allemagne ont signé un traité d'amitié: aucune disposition de la Constitution française ne le prévoyait... L'article I-57 relève du bavardage!

L'essentiel est donc ailleurs. Depuis 1957, chaque nouvelle étape de la construction européenne a vu:

- le nombre de matières dans lesquelles l'Europe peut intervenir augmenter;
- ces matières s'ouvrir progressivement à des domaines qui mettent en cause la souveraineté des Etats (monnaie, contrôle aux frontières et réglementation des visas, justice...);
- et le vote à la majorité qualifiée l'emporter significativement sinon définitivement sur le vote à l'unanimité.

Et voilà que le Conseil européen des chefs d'Etat et de gouvernement décide que l'Union européenne (à finalité d'abord politique) doit absorber la Communauté européenne (à finalité essentiellement économique), et que le traité qui va consacrer cette absorption sera appelé Constitution.

Inévitablement et logiquement, l'électeur qui réfléchit un tant soit peu réalise que c'est un seuil décisif qui se présente, le seuil qui sépare une organisation internationale de type confédéral d'un Etat fédéral.

III POURRIEZ-VOUS PRECISER LE SENS DE CES EXPRESSIONS QUI REVIENNENT SOUVENT DANS LE DEBAT?

Une confédération et un Etat fédéral reposent tous les deux sur un processus d'association d'Etats. Mais alors que dans la confédération, chaque Etat conserve sa pleine et entière souveraineté avec cette conséquence que les décisions se prennent à l'unanimité, le produit d'une fédération est un véritable Etat qui se superpose aux Etats fédérés, ce qui suppose évidemment qu'il y ait un pouvoir politique commun et permanent qui peut engager la fédération. Les Etats fédérés participent bien à la vie de l'Etat fédéral mais des règles de majorité sont établies par la Constitution pour que le pouvoir de décision de l'Etat fédéral ne soit pas paralysé (exemple du Sénat américain composé de deux sénateurs par Etat et qui doit approuver à la majorité des 2/3 la conclusion de traités).

IV ET L'UNION EUROPEENNE, OU SE SITUE-T-ELLE PAR RAPPORT A CES DEUX TYPES D'ORGANISATION?

C'est toute la difficulté de la qualifier. Jacques Delors avait d'ailleurs pu dire que l'Europe était un "objet politique non identifié". Pourquoi?

L'UE avait à l'origine une organisation de type confédéral, avec un organe de décision qui était le Conseil des ministres, lequel statuait à l'unanimité dès que les questions évoquées étaient jugées importantes (ou mettaient en cause les intérêts vitaux des Etats membres selon le compromis du Luxembourg, 30 janvier 1966). La Commission n'était -et n'est toujours- qu'un organe de préparation et d'exécution des décisions (notamment des règlements communautaires et des directives pris par le Conseil des ministres).

Mais, et ce sont des éléments de fédéralisme, la mission de la Commission est aussi d'être le gardien des traités et d'en défendre l'esprit communautaire. Les parlementaires européens, élus au suffrage universel direct, ne sont pas des représentants de leurs nations respectives et ils siègent au Parlement dans des groupes transnationaux. Enfin les traités sont placés sous la juridiction d'une Cour de justice (la Cour de justice des Communautés européennes ou CJCE), Cour qui interprète les traités toujours dans le sens communautaire. Or, dans la terminologie en usage, communautaire signifie fédéral (on dit également supranational).

Ce qui est vrai sur le plan institutionnel l'est également sur le plan fonctionnel puisque les règlements communautaires et les directives ont la primauté sur les lois nationales, ceci par l'effet d'une jurisprudence convergente de la CJCE et des juridictions nationales, et sur le plan politique dès lors que dans certains domaines, il y a vraiment intégration (l'instauration d'une monnaie unique a été à cet égard un moment décisif).

V LE TECE RENFORCE-T-IL CETTE DYNAMIQUE COMMUNAUTAIRE (OU FEDERALE)?

Certainement, mais de façon masquée, ce qui explique les divergences d'appréciation. Les enseignements que l'on peut tirer des aménagements apportés aux modalités d'organisation et de fonctionnement de l'Union européenne sont en effet contradictoires car certaines clauses du traité paraissent, à la première lecture, favorables aux Etats.

VI LESQUELLES?

D'abord, le TECE pose le principe selon lequel l'UE n'a qu'une compétence d'attribution: elle ne peut intervenir que dans les domaines qui lui sont attribués. Dans les autres domaines, la compétence appartient automatiquement aux Etats (compétence de droit commun). C'est une nouveauté (relative, le mouvement ayant été amorcé avec le traité de Maastricht) car le traité de Rome de 1957 ne définissait pas des compétences mais des objectifs.

Ensuite, un protocole annexé au TECE prévoit que l'Union doit motiver ses projets d'actes législatifs européens au regard du principe de subsidiarité, principe placé sous la surveillance des Parlements nationaux.

Et enfin la compétence de principe pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union appartient toujours aux Etats membres qui sont en quelque sorte l'exécutif de l'Union.

VII VOUS VENEZ DE FAIRE ALLUSION AU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE. DE QUOI S'AGIT-IL?

La subsidiarité, c'est le caractère de ce qui est subsidiaire, accessoire. Ce principe, dont l'origine se trouve dans l'enseignement social de l'Eglise catholique, a pour objet de protéger les collectivités inférieures des interventions des collectivités de rang plus élevé. Ce qui veut dire, s'agissant de l'Europe, que pour pouvoir être utilement invoqué par les Etats membres, le champ de ces

interventions doit être circonscrit, en d'autres termes que les compétences de l'Union doivent être strictement définies. Sinon, comment un Etat membre pourrait-il reprocher à l'Union de s'occuper de ce qui ne la regarde pas?

VIII EST-CE LE CAS?

Cette question est quasiment passée sous silence et pourtant elle est essentielle. Il s'agit tout simplement de savoir si, avec le TECE, l'Union pourra en faire plus ou moins qu'en en restant au traité de Nice. Or la réponse est: plus.

-Certaines compétences de l'UE sont exclusives (les Etats ne peuvent intervenir, article I-12 et I-13). Il s'agit, notamment, de l'union douanière, de l'établissement des règles de concurrence, de la politique commerciale commune et de la politique monétaire (pour les Etats qui ont adopté l'euro).

D'autres compétences sont partagées. La liste est impressionnante: agriculture et pêche, marché intérieur, environnement, transports, énergie, politique sociale pour certains aspects, enjeux communs de sécurité en matière de santé publique... (liste non exhaustive, v. article I-14). Or, dans ces compétences partagées, les Etats peuvent intervenir, mais seulement dans la mesure où l'Union n'a pas exercé sa compétence ou a décidé de cesser de l'exercer, ce qui veut dire qu'il y a un droit de priorité de l'UE: toute intervention de l'Union a pour effet de dessaisir les Etats membres.

L'Union dispose encore de deux compétences dites spécifiques (pour promouvoir et coordonner les politiques économiques et de l'emploi des Etats membres, et pour mettre en œuvre une politique étrangère et de défense commune, article I-15 et I-16), d'une compétence d'appui (pour mener des actions afin d'appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres, (article I-17), et d'une compétence directe d'exécution "lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires" (article I-37).

Enfin l'Union peut invoquer le bénéfice d'une clause de flexibilité permettant à l'Union, après décision prise à l'unanimité par le Conseil des ministres, de disposer de pouvoirs d'action pour atteindre des objectifs prévus par le traité (article I-18).

Il y a dans toutes ces clauses un arsenal considérable de moyens d'action donnés à l'Union qui sort renforcée de l'opération de délimitation des compétences.

IX ET LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE POURRAIT PERMETTRE DE DEFENDRE EFFICACEMENT LES DROITS DES ETATS NATIONAUX DANS L'HYPOTHESE OU L'UNION FERAIT UN USAGE ABUSIF DE CES COMPETENCES?

Sur le papier, tout est beau! Concrètement, c'est une autre affaire... Curieusement, c'est à l'Union qu'il revient de justifier qu'elle est mieux à même que les Etats membres d'atteindre les objectifs d'une action envisagée (article 11). Mais tout Parlement national peut, dans un certain délai, exprimer un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles il est estimé qu'un projet de

L'Union ne respecte pas le principe de subsidiarité (autrement dit, que l'Union n'a pas à intervenir parce que les Etats membres seraient mieux placés pour atteindre les objectifs de l'action envisagée). Si l'Union, qui n'est tenue de réexaminer son projet que si les avis motivés représentent au moins un tiers des voix attribuées aux Parlements nationaux, passe outre, chaque Parlement national peut saisir la Cour de justice européenne pour violation du principe de subsidiarité (Protocole n.2 annexé au TECE). Dans le cadre de la révision de la Constitution de 1958 qui a été approuvée par le Congrès le 28 février 2005, des dispositions ont été prévues pour permettre aux assemblées d'exercer leur contrôle (futur article 88-5). Tout dépendra donc de la vigilance des parlementaires pour exercer leur contrôle sur les projets d'actes européens. Encore faudra-t-il que d'autres Parlements européens réagissent comme le Parlement français, et que la Commission – qui, rappelons-le, a le monopole de l'initiative législative – accepte de prendre en compte les protestations qui lui seront adressées. Or trop de parlementaires français se comportent comme des intermittents de la représentation nationale pour qu'il soit possible de faire preuve d'un grand optimisme, ce que confirme la découverte subite du projet de directive Bolkestein plusieurs mois après que la Commission l'ait proposé!

En d'autres termes, le TECE étend le périmètre d'intervention de l'Union européenne et donne plus de moyens aux Etats membres pour se défendre des interventions non justifiées de l'Union. Mais dans ce nouvel agencement, les mesures prises au profit de l'une et des autres ne pèsent pas le même poids.

**X VOUS VENEZ DE FAIRE ALLUSION A LA DIRECTIVE BOLKESTEIN.
Y A-T-IL UN ENSEIGNEMENT A TIRER DE CETTE AFFAIRE?**

Une affaire extraordinaire!

D'abord il n'y a jamais eu de directive Bolkestein, mais simplement un *projet* de directive, élaboré par la Commission il y a plusieurs mois.

Ensuite, ce projet de directive ne faisait que mettre en œuvre un principe de liberté de circulation des services inscrit dans les traités communautaires depuis les origines!

Et enfin, ce principe étant bien entendu repris par le TECE, les mêmes (le président de la République, le ministre des affaires étrangères M Barnier qui faisait partie de la Commission à l'époque où le projet de directive a été élaboré...) demandent à la fois l'abandon du projet de directive et l'approbation du TECE!

XI ON VIENT D'EVOQUER LA QUESTION DE LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE L'UNION ET LES ETATS. QUELS ENSEIGNEMENTS PEUT-ON TIRER DES CHANGEMENTS QU'APPORTE LE TECE A L'ORGANISATION DU POUVOIR A L'INTERIEUR DE L'UNION? LES PARTISANS DU TRAITE DISENT QU'AVEC CE TEXTE, LE POLITIQUE PREND LE PAS SUR L'ECONOMIQUE...

Il s'agit plus d'ajustements que de véritables changements. Un européen aussi convaincu (et partisan du oui) que J.L. Bourlanges écrit ainsi: "Nos concitoyens pensaient avoir rendez-vous avec l'Histoire, on leur propose de bénir quelques aménagements institutionnels passablement incompréhensibles".¹

-Le Conseil européen (qui donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques) est présidé par une personnalité extérieure au Conseil élue par lui pour une durée de deux ans et demi, cette présidence se substituant à l'actuelle présidence semestrielle assurée par rotation par les chefs des exécutifs des Etats membres.

-L'Union est dotée d'un ministre des affaires étrangères.

-Les modalités de nomination du président et des membres de la Commission sont calquées sur les procédures en usage dans les régimes parlementaires (le Conseil européen jouant le rôle d'un chef d'Etat collégial).

-Quant à la procédure de décision au sein de l'Union, le principe est celui d'une adoption conjointe (dite codécision) par le Parlement, organe de type fédéral, et le Conseil (des ministres), organe de type confédéral. Cependant, au sein de ce Conseil, le principe est celui du vote à la majorité qualifiée: dynamique fédérale. Dans le cadre du traité de Nice actuellement en vigueur, et qui le resterait si la ratification du TECE devait être refusée par l'un quelconque des Etats membres, la majorité qualifiée se définit comme étant la majorité des Etats et, des voix étant attribuées par le traité aux Etats membres, au moins 232 voix sur un total de 321, soit 72,3% du total (la France dispose actuellement de 29 voix, soit 9%). A quoi il faut ajouter l'éventuelle vérification à la demande d'un Etat membre que le projet d'acte est approuvé par des Etats représentant au moins 62% de la population de l'Union. Avec le TECE, la majorité qualifiée se définit, sauf cas particuliers où les exigences sont plus grandes, comme réunissant 55% des membres du Conseil, comprenant au moins quinze d'entre eux, et représentant des Etats membres rassemblant au moins 65% de la population des Etats. Ce nouveau mode de calcul est généralement estimé plus simple que l'ancien et, par la disparition du mécanisme de répartition des voix au sein du Conseil, renforce le poids relatif de la France (et d'autres pays comparables). Mais c'est en même temps un mode de calcul qui ne garantit plus aux Etats un nombre de voix déterminé, de telle sorte que tout élargissement a pour conséquence l'affaiblissement du poids relatif de chaque Etat. C'est ici que la

1 Le Figaro, 24 mars 2005.

question des adhésions futures (Turquie ou autre) rejoint celle de la ratification du TECE. En d'autres termes, l'avantage ici obtenu est réel mais provisoire.

-Il est enfin prévu par l'article 47 un droit de pétition qui permet à un million de citoyens européens de suggérer à la Commission de présenter une proposition. C'est la seule innovation précise du traité pour rendre l'UE plus démocratique et qui ne va pas très loin puisque c'est la Commission qui décide de la suite à donner.

En dehors du mode de calcul de la majorité qualifiée, rien de tout cela n'est vraiment décisif. On évacue d'ailleurs très rapidement les difficultés qui pourraient survenir, en particulier concernant la rivalité entre le président du Conseil européen (élu pour 2 ans et demi, mandat une fois renouvelable) et le président de la Commission élu lui pour 5 ans.

Et faut-il encore souligner que la politique monétaire est toujours confiée à la Banque centrale européenne, institution indépendante non seulement des Etats membres mais aussi de l'Union elle-même (article I-30, §3). Affirmer que l'Union devient grâce au TECE plus démocratique et plus politique est une pure pétition de principe.

XII MAIS, TOUT DE MEME, LA PROCEDURE DE CODECISION RENFORCE LE ROLE DU PARLEMENT EUROPEEN. OR LES DEPUTES EUROPEENS SONT BIEN ELUS AU SUFFRAGE UNIVERSEL DIRECT? IL Y A LA UN PROGRES DEMOCRATIQUE...

Là encore, oui sur le papier. Mais vous savez très bien comment sont constituées les listes de candidats aux élections européennes, en France en tout cas. Sauf exceptions notables, ces listes sont le plus souvent une épreuve de repêchage des candidats battus aux élections précédentes. Les élections européennes? La voiture balai des courses cyclistes!

XIII C'EST CE DISPOSITIF INSTITUTIONNEL QUI PERMET A L'UNION DE CONDUIRE LES POLITIQUES DEFINIES DANS LA 3^{EME} PARTIE DU TRAITE?

Ce n'est pas vraiment l'habitude (sauf dans les Constitutions de type soviétique, fâcheuse comparaison) de définir dans une Constitution les politiques qui devront être conduites. Le travail d'un véritable constituant est de séparer ce qui est constitutionnel (ce qui constitue la société politique) et est appelé à une certaine permanence, et ce qui est changeant, autrement dit ce qui est politique. Or cette 3^{ème} partie est de très loin la partie la plus longue du texte, et elle est contraignante. Le fait d'avoir inséré ces politiques dans un texte dénommé Constitution a soulevé beaucoup d'émotion et d'inquiétude en donnant à penser que ces politiques étaient intangibles. En réalité il n'y a rien de nouveau pour la raison que le TECE ne fait pour l'essentiel que reprendre le contenu des traités qu'il remplace. Mais c'est vrai que la critique "de gauche" qui dénonce la présence de cette 3^{ème} partie dans le traité est absolument fondée.

Trois indicateurs permettent d'analyser cette 3^{ème} partie:

- le premier a déjà été vu, ce sont les domaines dans lesquels l'UE peut intervenir (compétences exclusives, partagées, d'appui, spécifiques...);
- 2^{ème} indicateur, ce sont les instruments dont dispose l'Union pour intervenir. On retrouve ici les deux grandes catégories d'actes législatifs, mais avec un changement d'appellation qui est significatif: les règlements communautaires (directement applicables sur le territoire des Etats membres) deviennent des lois; les directives (qui lient l'Etat membre tout en lui laissant le choix de la forme et des moyens) deviennent des lois-cadres. Ces lois et lois-cadres sont adoptées, sauf exception, par le Parlement et le Conseil à égalité (codécision). C'est rappeler ici que l'Union européenne gouverne par le droit (et non par les finances puisque le budget de l'Union est plafonné à 1,24% du PNB de l'Union). A ces actes législatifs s'ajoutent des actes non législatifs (décisions européennes), des règlements européens délégués et des actes d'exécution;
- 3^{ème} indicateur enfin, le principe d'adoption des actes de l'Union. Le TECE marque à cet égard un avancée décisive du principe majoritaire puisque le nombre de domaines concernés est multiplié par 2. L'unanimité est renvoyée à des hypothèses en nombre limité. Elles ne sont certes pas négligeables et soulèvent parfois de vives controverses (par exemple en matière d'harmonisation des législations fiscales relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, article III-171, ou pour certains aspects de la politique sociale, article III-210). Mais elles peuvent disparaître et être remplacées par le principe majoritaire si le Conseil européen, statuant à l'unanimité, en décide ainsi.²

XIV VOUS NOUS AVEZ DIT QUE L'UNION AURAIT COMPETENCE POUR METTRE EN ŒUVRE UNE POLITIQUE ETRANGERE ET DE SECURITE COMMUNE ET QU'ELLE SE DOTERAIT D'UN MINISTRE DES AFFAIRES ETRANGERES. EST-CE QUE CELA VEUT DIRE QUE LA FRANCE POURRAIT ETRE ENGAGEE CONTRE SON GRE DANS UN CONFLIT MILITAIRE DU TYPE DE LA GUERRE EN IRAK?

Non Les Etats membres restent maîtres de leur politique étrangère et de sécurité. Le TECE stipule d'ailleurs dans son article 5 que l'Union "respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale". Il est simplement prévu à l'article I-41 que l'union européenne conduit *une* politique étrangère et de sécurité commune dont le Conseil européen définit les objectifs, les décisions européennes en ce domaine étant prises à l'unanimité. Mais cette politique pourra (ou devra?) conduire à une défense commune dès lors que le Conseil européen, statuant à l'unanimité, en aura décidé ainsi. Il est également précisé que la politique de sécurité et de défense commune de l'Union doit respecter les obligations découlant du traité de l'Atlantique nord (article

2 C'est ce qu'on appelle une *clause passerelle*, v article IV-444.

I-41, §2), obligation qui pour certains révèle l'orientation atlantiste (ou pro-américaine) du TECE. En tout état de cause, la complexité du mécanisme de décision en ce domaine de la défense (article I-41 et III-312) fait douter qu'une politique ambitieuse soit possible. En ce domaine, n'oublions pas ceci: la volonté des hommes compte beaucoup plus que les textes.

Dans le débat classique qui oppose les partisans d'une Europe privilégiant la puissance et ceux d'une Europe centrée sur les droits de l'homme, ce sont incontestablement les tenants de la seconde thèse qui l'emportent. Tout ce qui relève de la puissance est écrit sur le mode mineur, tout ce qui relève des droits de l'homme est écrit sur le mode majeur.

XV VOUS FAITES ALLUSION ICI A LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX? N'EST-CE PAS UN GRAND PROGRES QU'IL Y AIT UNE TELLE CHARTE?

La réponse n'est pas si simple. Il y a déjà sur le plan européen (mais extra communautaire) un dispositif de protection des droits de l'homme. C'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales -CEDH- de 1950, avec une Cour qui peut être saisie en cas de violation de cette Convention. L'Union européenne a décidé, à la fois, d'adhérer à la CEDH et d'avoir sa propre Charte qu'il appartiendra à la CJCE de faire respecter (article I-9). D'où la superposition de deux documents et de deux juridictions, avec le risque de divergences de jurisprudence entre les deux Cours (qui siègent, l'une à Strasbourg, et l'autre à Luxembourg). On peut douter que ce soit un progrès pour le justiciable!

XVI ET SUR LE FOND?

La Charte n'est pas la simple reproduction de documents antérieurs. Ainsi prend-elle position sur le clonage en n'interdisant que le clonage dit "reproductif" (donnant ainsi à entendre que le clonage "thérapeutique" serait possible) alors même que la loi française interdit toute forme de clonage et que l'Assemblée générale des Nations unies vient de voter une résolution dans le même sens d'une interdiction totale.

De même, si la Charte décline à plusieurs reprises un principe d'égalité de l'homme et de la femme que la CEDH ne connaît que sous la forme classique de l'interdiction de discriminations fondées sur le sexe, elle fait de l'orientation sexuelle un droit fondamental interdisant également toute discrimination, ce qui évidemment n'est pas neutre quand on se rappelle que les personnes homosexuelles qui réclament la possibilité de se marier dénoncent comme une discrimination à leur encontre le refus qui leur est opposé au motif qu'elles sont de même sexe. Certes, le droit de la famille reste du ressort des lois nationales (article II-69), mais l'orientation donnée n'en est pas moins significative. Et surtout, c'est l'illustration d'une tendance très actuelle qui consiste à transformer des comportements privés que la société n'a pas à connaître en valeurs fondamentales s'imposant à tous. C'est une profonde perversion de la notion de droits de l'homme. Mettre sur le même plan la distinction des sexes, qui est constitutive du genre humain, et l'orientation sexuelle,

qui relève des choix personnels de chacun, est une attitude caractéristique du relativisme contemporain.

Et ajoutons que la référence aux droits de l'homme participe de cette ouverture sur l'universel dont une conséquence majeure est le refus d'aborder la question des frontières de l'Union. L'article I-1 ouvre l'adhésion à l'Union européenne à tous les Etats européens qui respectent les valeurs de l'Union, valeurs qui sont définies à l'article I-2. Toute demande d'adhésion est soumise au Conseil européen qui statue à l'unanimité après approbation du Parlement européen (article I-58). Mais comme le traité ne dit pas ce que c'est qu'un Etat européen, et que l'Union ne fait l'objet d'aucune définition en termes de frontières, il en résulte que l'adhésion aux valeurs est le critère déterminant d'éligibilité à l'Union. En se définissant comme une Europe de la démocratie et des droits de l'homme, l'Union se définit en même temps comme une Europe sans rivages.

XVII UN DOMAINE DE COMPETENCES CONSIDERABLE, DES INSTRUMENTS JURIDIQUES APPROPRIES, UNE CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX... ET CEPENDANT L'UNION EUROPEENNE NE SERAIT PAS UN ETAT? ALORS QU'EST-CE QUE C'EST?

C'est bien toute la difficulté!

L'UE n'est pas en effet un Etat. Le test est l'exercice des compétences régaliennes (de *regalia*: droits du roi, pouvoirs propres à la souveraineté royale). Une organisation ne peut se prétendre un Etat si elle ne dispose pas de ces compétences dont les principales sont: droits de battre monnaie, de lever l'impôt, de commandement de l'armée et de rendre justice. Seule la compétence monétaire (et ce n'est pas rien) a été transférée à l'Union, les autres appartiennent toujours aux Etats nationaux (alors que dans les fédérations classiques – Etats-Unis, Allemagne – ces compétences appartiennent toutes à l'Etat fédéral).

Mais si l'Union européenne, ne disposant pas des attributs de la puissance (les britanniques ne l'auraient jamais admis), n'est pas un Etat, elle est beaucoup plus qu'une organisation internationale comme par exemple l'Organisation des Nations unies car elle poursuit un but d'intégration des économies des pays membres en exerçant un véritable gouvernement qui lui permet d'*entrer* dans la vie de ces Etats par des mécanismes, essentiellement juridiques, de centralisation sur le respect desquels veille jalousement la Cour de justice européenne. Faute de pouvoir répondre à la question posée, on s'en tire par une pirouette, comme Jacques Delors (l'UE est un OPNI), ou en recourant à la facilité de langage bien connue des juristes: l'UE serait une organisation *sui generis*. On dit également: l'UE est une fédération d'Etats-nations. Mais cette formule, également due à J Delors, n'éclaire pas plus: cette fédération, de quel côté bascule-t-elle?

XVIII MAIS ALORS, SI L'UE N'EST PAS UN ETAT, POURQUOI QUALIFIER LE TRAITE DE CONSTITUTION?

C'est une question essentielle. C'est même la question qui est pour une large part à l'origine des passions que soulève la ratification de ce traité. Historiquement en effet, Etat et Constitution sont liés. La Constitution est très classiquement définie comme le statut de l'Etat. Bien entendu, le mot constitution peut être utilisé pour désigner autre chose (ainsi dans l'Eglise catholique, les ordres monastiques ont-ils des constitutions et les documents conciliaires sont-ils également dénommés constitutions). Mais quand il s'agit d'une société politique, la Constitution renvoie à l'Etat.

XIX POURRIEZ-VOUS ETRE PLUS PRECIS? QU'EST-CE QUI DISTINGUE UNE CONSTITUTION D'UN TRAITE?

Une Constitution est un acte de droit interne par lequel un peuple organise sa vie commune: il proclame des principes et des droits considérés comme fondamentaux, il choisit son mode de gouvernement et il définit des procédures (d'élection de ses dirigeants, d'élaboration et d'adoption des règles de droit qui s'appliqueront dans le pays: traités, lois, décrets etc. ainsi que de révision de la Constitution). Mais plus que cela, une Constitution est l'acte d'émergence d'un peuple, d'une nation, à une vie politique et juridique reconnue, nationalement et internationalement, c'est un acte de souveraineté. La Constitution des Etats-Unis de 1787 commence par ces mots: "Nous, peuple des Etats-Unis, ..., ordonnons et établissons la présente Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique". Cette affirmation est essentielle, même si, concrètement, une Constitution est toujours élaborée par un groupe restreint de personnes (gouvernement, assemblée constituante, convention...).

Un traité est un accord conclu entre deux ou plusieurs Etats dont le contenu résulte de la volonté librement exprimée par les parties contractantes. Le traité relève donc du droit international, c'est-à-dire du droit des relations entre Etats. Certains de ces traités fondent des organisations internationales qui, dès lors que la personnalité juridique leur est reconnue, peuvent à leur tour, être parties à des traités. Ce sera le cas de l'UE dans le cadre du TECE. Le vocabulaire exprime cette différence de nature. Une Constitution, acte de droit interne, dispose; un traité, acte de droit international, stipule.

XX ALORS, LE TECE, C'EST UN TRAITE OU UNE CONSTITUTION?

Un traité bien sûr, et seulement un traité!

Pourquoi?

Il y a plusieurs arguments à donner. L'argument majeur est que, même si le texte a été élaboré par une convention ("convention pour l'avenir de l'Europe", composée en majeure partie de parlementaires nationaux et européens – mais désignés par leurs assemblées respectives sans débat constitutionnel préalable – ainsi que de représentants des gouvernements des Etats membres et de la Commission, et présidée par V Giscard d'Estaing), la procédure de négociation et d'approbation du traité relève exclusivement des règles de chaque pays concernant la négociation et l'approbation des

traités (article IV- 447). Il en va de même de la procédure de révision du traité (article IV-443). Il y a bien des procédures de révision simplifiées mais même dans ces procédures, le consentement unanime des Etats membres est requis. Enfin le traité prévoit un droit de retrait de l'Union (article I-60), ce qui est proprement extraordinaire: alors que les différents traités qui se sont succédé depuis 1957 ne connaissaient pas ce droit de retrait, c'est au moment de passer à une (soit disant) Constitution, texte de droit interne, que le droit de retrait est prévu dans le cadre d'une procédure de droit international! Il faut ajouter que tout nouvel Etat adhérent devant respecter les "acquis communautaires", il serait d'une extrême complexité, en sens inverse, de défaire les relations liant l'UE à un Etat désirant se retirer!

XXI EST-CE QUE CETTE QUESTION DE DENOMINATION EST FINALEMENT IMPORTANTE? EST-CE QUE CE N'EST PAS DISCUTER SUR LE SEXE DES ANGES?

On pourrait le penser mais il y a un enjeu, c'est celui de la primauté. Le vocabulaire n'est jamais neutre. Chaque Etat membre a une Constitution. Si l'Union européenne a sa Constitution, il faut bien savoir quelle est celle qui l'emporte en cas de conflit. Pour les rédacteurs du TECE, c'est très clair, c'est la Constitution européenne. Tel est le sens de l'article 6 du TECE: "La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres". Le droit des Etats membres, c'est tout le droit des Etats membres, y compris les Constitutions nationales. Or, en droit constitutionnel français, c'est l'inverse. C'est ainsi qu'un traité ne peut être ratifié si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'il comporte une clause contraire à la Constitution.³ Quand le Conseil constitutionnel a été saisi du TECE, on aurait pu s'attendre à ce qu'il déclare cet article 6 contraire à la Constitution française. Il a préféré le neutraliser en considérant que le TECE n'était qu'un traité et que, par conséquent, le principe de primauté que définit l'article 6 ne concernait pas la Constitution française qui conservait ainsi sa primauté. Si le Conseil avait censuré l'article 6, il aurait fallu inscrire dans la Constitution française qu'elle devait s'incliner devant la Constitution européenne: véritable entreprise d'autodestruction, et on imagine sans peine le débat passionné qui n'aurait pas manquer de s'en suivre. Mais la solution du Conseil constitutionnel, quelque soit son habileté, n'en est pas moins très aléatoire dans son efficacité et donc extrêmement dangereuse. Ce n'est pas en effet devant le Conseil constitutionnel que sont portés les contentieux relatifs à l'application du TECE mais devant la Cour de justice de l'Union européenne. Or cette Cour de justice ne cesse d'affirmer depuis bientôt quarante ans que le droit communautaire dans ses différentes composantes (traités – qualifiés par la Cour de charte constitutionnelle, règlements communautaires et directives) l'emporte sur le droit des pays membres. Ce n'est évidemment pas maintenant que le principe de primauté est inscrit dans un traité dénommé Constitution que la Cour va tout à coup revenir en arrière!

3 Article 54 de la Constitution de 1858.

XXII MAIS, EXCUSEZ-MOI D'INSISTER, SI LE PEUPLE RATIFIE LE TECE LE 29 MAI, EST-CE QU'ON NE PEUT PAS DIRE QU'IL SE COMPORTE COMME UN VERITABLE POUVOIR CONSTITUANT?

Pardon, le peuple n'est pas appelé le 29 mai à ratifier le TECE. La question qui lui sera posée est très exactement celle-ci: "Approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe?". C'est le président de la République qui ratifie les traités (procédure prévue à l'article 52 du titre VI de la Constitution, titre précisément intitulé *Des traités et engagements internationaux*). Et, munie de cette autorisation, le président peut très bien ne pas ratifier, pour tel ou tel motif qu'il apprécie. En d'autres termes, on est vraiment dans une procédure de conclusion d'un traité et non dans celle d'adoption d'une Constitution.

XXIII ET CEPENDANT, CE TRAITE POURRAIT EFFECTIVEMENT ETRE CONSIDERE PAR LA COUR DE JUSTICE EUROPEENNE COMME UNE VERITABLE CONSTITUTION!

Exactement, vous avez très bien compris. Il y a là une sorte de passage en force pour imposer le concept de Constitution, passage en force voulu par les rédacteurs du texte (qui connaissent bien entendu la jurisprudence de la Cour de justice) et qui, combiné à la mécanique des transferts de compétence et à la généralisation du vote à la majorité qualifiée, peut conduire à terme à faire de l'Etat national une coquille vide. Et au-delà de l'Etat, c'est évidemment la nation dont la fin comme cadre traditionnel de la solidarité est programmée. En disant cela, je pense à une réponse de Lénine. Une théorie importante du marxisme-léninisme était celle du dépérissement de l'Etat., dépérissement devant concrétiser la fin de l'exploitation de l'homme par l'homme. Mais quand l'événement devait-il se produire? Impossible de prévoir la date répondait Lénine, pas plus qu'on ne peut dire quand un homme qui perd ses cheveux un à un devient chauve...

XXIV CETTE QUALIFICATION DE CONSTITUTION EST-ELLE UNE RAISON SUFFISANTE POUR VOTER NON?

Non seulement c'est une raison suffisante mais c'est une raison déterminante. Il ne faut pas se laisser abuser. Dans une interview au *Figaro*, M Badinter, ancien président du Conseil constitutionnel, à qui on demande: "pourquoi ces difficultés des partisans de la Constitution?", répond: "A cause de l'usage abusif du terme de Constitution". Et pourtant, il plaide vigoureusement pour le *oui*. Là est l'erreur car, une fois le traité ratifié – s'il doit l'être – il sera soumis à la seule juridiction de la Cour de justice européenne.⁴ Et on sait très bien ce que sera la jurisprudence de la Cour.

4 Article I-29: "La Cour de justice...assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application de la Constitution".

**XXV BIEN COMPLIQUE TOUT CELA... LES ELECTEURS NE SONT-ILS PAS
DEPASSES PAR LA RESPONSABILITE QU'ON LEUR DEMANDE
D'ASSUMER?**

C'est vrai que tout cela est bien compliqué. Il convient de ne pas oublier que le TECE a été adopté par consensus, d'abord au sein de la convention qui a préparé le texte, puis entre les vingt-cinq pays membres! Le consensus, c'est se mettre d'accord sans vote. Comment y arriver quand sont réunies 105 personnes provenant de 25 pays et représentant tout l'éventail des positions politiques? En d'autres termes, comment leur donner suffisamment de raisons d'approuver un texte si ce n'est en compensant ce que l'on a du mal admettre (par exemple le libéralisme) par ce qui fait plaisir (par exemple un peu de social). Le consensus? C'est une somme algébrique de dissensions. Ainsi s'explique le véritable dialogue de sourds entre partisans et adversaires du traité. Par exemple, certains affirment que ce traité consacre la conception française de la construction européenne, d'autres, la conception anglo-saxonne. Le plus fort est que chacun peut trouver des arguments au soutien de sa position!

Mais est-ce compliqué au point de soustraire le traité à un vote populaire? Il ne suffit pas de dire: le TECE comporte des avancées par rapport aux traités qu'il remplace (c'est bien le moins que, techniquement, il y ait des améliorations dans un traité de 448 articles, la question est de correctement les apprécier). Ou bien: la France doit approuver le traité, sinon elle se met en marge et elle paiera la note (elle, c'est-à-dire les agriculteurs et bien d'autres corporations). Si la réponse est commandée, aussi bien ne pas organiser un référendum!

C'est un vieux problème qui agitait déjà Montesquieu ("Il faut que le peuple fasse par ses représentants ce qu'il ne peut faire par lui-même") et Rousseau ("Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle"). Comment concilier l'exercice minoritaire du pouvoir (c'est-à-dire l'exercice par une élite, plus ou moins bien sélectionnée), et la souveraineté du peuple? On ne peut proclamer à chaque instant que le peuple est souverain et le suspecter de ne pas être suffisamment intelligent pour lui soumettre des questions difficiles.

Toute démocratie doit assumer et surmonter ses contradictions.

**XXVI ET SI CES CONTRADICTIONS DEVAIENT SE TRADUIRE PAR UN REFUS
D'AUTORISER LA RATIFICATION DU TECE?**

Dans l'immédiat, et sauf décision contraire d'un Etat membre, les procédures de ratification continuent d'être organisées: un premier *non* ne bloque pas le processus. Bien entendu, un *non* peut entraîner un autre (on imagine déjà la jubilation plus ou moins discrète des britanniques!). Ce n'est que si, dans un délai de 2 ans après la signature (soit après le 29 octobre 2006), toutes les procédures de ratification ayant eu lieu, il manque un cinquième des ratifications, que le Conseil européen (des chefs d'Etat et de gouvernement) se saisit de la question.⁵ Que pourrait-il décider

5 Déclaration n. 30 annexée au traité.

(étant entendu que le traité de Nice du 26 février 2001 continuerait d'être appliqué)? Difficile de dire...

Une première hypothèse serait, moyennant quelques ajustements mineurs, de demander aux États récalcitrants de recommencer la procédure (il y a eu des précédents: le Danemark pour Maastricht en 1992 et l'Irlande pour Nice en 2001). Mais ce serait une procédure bien risquée (et d'une régularité juridique douteuse) pour une opération aussi ambitieuse que l'adoption d'une (prétendue) Constitution.

Une seconde hypothèse serait d'abandonner précisément cette ambition et de reprendre le travail sur des bases plus modestes, avec trois exigences:

- faire disparaître toute référence à la notion de Constitution et aux conséquences que cette notion implique;
- éliminer du futur traité l'essentiel de la partie III (les politiques) au profit d'un autre traité aux modalités de révision plus souples;
- reprendre la rédaction de certains articles, en particulier des articles II-63 et II-81, qui suscitent les plus vives réserves sur le plan éthique. Mais, dans le contexte ambiant de relativisme philosophique et anthropologique, ne nous cachons pas que cet objectif est probablement hors d'atteinte.

XXVII CONCLUSIONS?

Rappelons d'abord à l'électeur pressé quels sont les articles clefs du traité:

- les articles I-1, I-2 et I-58 (valeurs de l'Union);
- l'article I-6 (primauté du TECE);
- les articles I-11 à I-18 (les compétences de l'Union);
- l'article I-25 (définition de la majorité qualifiée);
- l'article I-29 (confie à la Cour de justice de l'Union l'interprétation et l'application du TECE);
- l'article IV-444 (procédure de révision simplifiée permettant de remplacer le vote à l'unanimité par le vote à la majorité qualifiée).

Mais au-delà de ces articles, il faut se poser la vraie question, ainsi formulée par le philosophe Paul Thibaud: "devant ce traité, on ne doit pas se demander ce qu'il apporte mais ce que vaut l'Europe qu'il consacre".⁶ On voudrait une argumentation à la hauteur de l'enjeu, et non pas se faire

6 Le Figaro, 28 mars 2005.

traiter de menteur.⁷ Quelle est la philosophie du TECE? Le mot clef du traité est celui de marché, il en est ainsi depuis les origines et, plus encore, depuis 1986 (instauration du marché unique). Le mot "social" peut être plus souvent cité que le mot "concurrence" dans le traité (J. Delors encore), ce qui compte, c'est la logique qui sous-tend l'ensemble. Ainsi ne faut-il pas s'étonner que les arguments en faveur du traité soient le plus souvent d'ordre économique. Sur ce plan, comme sur le plan éthique, la philosophie de ce traité est profondément libérale. Si elle ne l'était pas, le Premier ministre britannique M Tony Blair n'aurait jamais accepté d'apposer sa signature au bas du traité. En revanche l'organisation institutionnelle n'est ni libérale (elle ignore la séparation des pouvoirs), ni démocratique (le seul vrai pouvoir d'initiative législative appartient à la Commission): le gouvernement de l'Union relève du "despotisme éclairé": la centralisation est plus forte dans l'Union européenne que dans les Etats fédéraux classiques. Ce despotisme n'est pas appelé à diminuer. Une observation de Rousseau doit être méditée: "Plus l'Etat s'agrandit, plus la liberté diminue". L'Union européenne n'est pas (encore) un Etat, mais l'observation garde toute sa pertinence.

La prétention de qualifier ce traité de Constitution est une entreprise de mystification. Les rédacteurs du texte ont voulu jouer sur la symbolique constitutionnelle. Les chefs d'Etat et de gouvernement ont emboîté le pas. Mais jouer sur les symboles est dangereux. L'Union européenne n'a pas atteint le stade où une véritable opération constituante serait possible. Ce qu'ont fait les rédacteurs du traité, c'est du nominalisme: une représentation de l'esprit l'a emporté sur la représentation vraie des choses. Mystification d'autant plus flagrante que, dans le même temps où est présenté à la ratification ce TPC (traité prétendument constitutionnel), les procédures d'élargissement se poursuivent. Or, indépendamment de la question spécifique de l'adhésion de la Turquie, il y a contradiction entre une problématique de constitutionnalisation, qui signifie retour vers soi pour affirmer ce que l'on est, et une problématique d'élargissement qui signifie au contraire ouverture et dilution. Une véritable Constitution ne sera possible que le jour où l'Union européenne aura regardé en face le problème de ses frontières. Il n'est pas suffisant de dire: "L'Europe est ouverte à tous les Etats européens qui respectent ses valeurs et qui s'engagent à les promouvoir en commun".⁸

Pendant longtemps on s'est enthousiasmé pour la construction européenne parce que c'était la première fois dans l'histoire que les européens faisaient quelque chose ensemble sans y être contraints par la guerre. Est-ce une raison pour forcer l'allure et voter un texte contestable, fondé sur ce que le philosophe Rémi Brague appelle le "déli volontaire du passé" (et il ne s'agit pas seulement de l'héritage chrétien)?⁹ Dans son Cours familial de philosophie politique,¹⁰ P Manent écrit: "Il

7 J Delors dans un numéro récent du *Nouvel Observateur*.

8 Article 1, al 2.

9 Le Figaro, 5-6 mars 2005.

10 Fayard 2001, p. 107.

faudra bien que les européens qui font l'Europe finissent par dire ce qu'ils veulent faire en la faisant". Mais le peuvent-ils? Et le savent-ils? Et s'ils ne le savent pas, faut-il reprocher aux électeurs de le leur faire savoir?