

LES APPORTS DE LA CONSTITUTION POUR L'EUROPE À LA THÉORIE DU FÉDÉRALISME

Jacques Ziller

SOMMAIRE: 1. De quelques vrais ou faux débats: constitution c. traité; fédération c. confédération. A. Constitution c. traité. B. fédération c. confédération. C. La consécration du droit de sécession. – 2. Les rapports entre les Constitutions nationales et la Constitution pour l'Europe. A. La reconnaissance des structures constitutionnelles nationales et la loyauté vis-à-vis de l'Union. B. Le déplacement de l'article consacrant la primauté. – 3. De quelques autres innovations de la Constitution pour l'Europe. – *Resum-Abstract.*

En tant qu'objet d'étude, la Constitution pour l'Europe a encore de beaux jours devant elle. Après que les Cassandre aient prédit que la Convention européenne ne parviendrait guère à produire qu'un rapport de plus, que la Conférence intergouvernementale (CIG) ne se remettrait pas de l'échec du sommet de Bruxelles du 12 décembre 2003, et que l'on ne réussirait jamais à faire ratifier ce texte dans les temps avec 25 Etats membres, la surprise est venue des Etats fondateurs. Les référendums négatifs du 29 mai en France (54,67 % des suffrages exprimés, avec un taux de participation 69,37%) et du 1er juin aux Pays-Bas (61,6 % de votes négatifs avec un taux de participation de 62,8 %) ont pour résultat d'interdire aux exécutifs de ces deux pays de ratifier dans l'immédiat le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La possibilité d'une ratification ultérieure du traité dépendra du climat politique et des initiatives des gouvernements des 25, et malgré le pessimisme ambiant au début de l'été 2005, rien ne permet de prédire le sort définitif du texte.

En attendant que les choses se clarifient quant à la possibilité d'une entrée en vigueur du traité du 29 octobre 2004, avec ou sans modifications, la doctrine continue de disséquer le texte qui «établit un Constitution pour l'Europe, et elle le fait à juste titre, car aucune

décision de déclarer mort le texte de ce traité, ni même de le «congeler» n'a été prise. Beaucoup a déjà été écrit et beaucoup continuera d'être écrit sur le rôle des régions, et en particulier celui des «régions législatives» dans la Constitution pour l'Europe.¹ C'est une thématique particulièrement intéressante pour les Etats composés membres de l'Union: qu'ils portent ou non le titre officiel de «Fédération», l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne et l'Italie connaissent une organisation des pouvoirs de type fédéral, de même que quelques autres Etats, pour une partie de leur territoire:² le Danemark,³ la Finlande,⁴ la France,⁵ le Portugal⁶ et depuis moins d'une décennie, le Royaume-Uni.⁷

Une autre thématique est tout aussi intéressante pour les Etats de l'Union, celle de l'apport de la Constitution pour l'Europe à la théorie du fédéralisme. Il n'était pas dans l'intention de la Convention d'établir une fédération européenne, et l'on peut tout au plus s'interroger sur la question de savoir si le texte de la Constitution consacre le modèle d'une «Fédération d'Etats-Nations» cher à l'ancien Président de la Commission européenne Jacques Delors. Au-delà des mots et sans vouloir trancher sur la nature de l'Union européenne qu'instituera le traité établissant une Constitution pour l'Europe une fois entré en vigueur, il peut être utile de faire ressortir ce qu'il y a de nouveau dans ce texte par rapport au système actuel des traités institutifs –Traité de Rome établissant une Communauté européenne⁸ (TCE) et Traité de Maastricht sur l'Union européenne⁹ (TUE), que non seulement la doctrine, mais aussi la Cour de Justice a depuis longtemps qualifié de «Constitution» de la Communauté et de l'Union européennes. La Constitution pour l'Europe a entre autres mérites celui de consolider

1. Voir notamment la brochure du Comité des Régions, *La dimension régionale et locale dans le processus constitutionnel européen*, Bruxelles, 2004.

2. On parle alors de «fédéralisme asymétrique».

3. Groeland et îles Féroé.

4. Îles Åland.

5. Nouvelle-Calédonie et Polynésie française.

6. Açores et Madère.

7. Ecosse et Irlande du Nord –le cas du Pays de Galles ressortissant en réalité de la décentralisation administrative.

8. Tel que révisé en particulier par l'Acte Unique européen de 1986, le traité de Maastricht de 1992, le traité d'Amsterdam de 1997 et le traité de Nice de 2000.

9. Tel que révisé en particulier par le traité d'Amsterdam de 1997 et le traité de Nice de 2000.

les caractéristiques spécifiques de l'Union Européenne dans la perspective de la théorie du fédéralisme, en contribuant à clarifier, voire en permettant de clore quelques débats: constitution c. traité et fédération c. confédération, la vraie nature des rapports entre les Constitutions nationales et la Constitution pour l'Europe; elle introduit également d'intéressants nouveaux mécanismes institutionnels et consacre le fédéralisme d'exécution. Les soubresauts du processus de ratification eux-mêmes incitent à reprendre la réflexion sur ce qui serait un mécanisme plus approprié à la nature de l'Union européenne. La pause de réflexion, à laquelle a invité le Conseil européen des 16 et 17 juin 2005, pourrait entre autre être mise à profit pour revenir sur les textes comparés du projet de la Convention européenne remis au Président du Conseil européen le 18 juillet 2003¹⁰ et du traité signé à Rome le 29 octobre 2004.¹¹ Pour ce faire il est utile non seulement de comparer les textes du 18 juillet 2003 et du 29 octobre 2004, qui existent dans toutes les langues officielles de l'Union, mais aussi le document de travail qui avait été préparé par les experts de la CIG sous la direction du Secrétariat général du Conseil, en langue française et anglaise uniquement.¹²

1. De quelques vrais ou faux débats: constitution c. traité; fédération c. confédération

Une grande partie de la doctrine, mais aussi nombre d'hommes politiques et de journalistes semblent se délecter à des discussions sans fin pour savoir si un texte est une constitution ou un traité, établit une fédération ou une confédération, comme si ces termes avaient une acceptation universelle et intangible alors que ce sont surtout des instruments d'ordre didactique. D'un point de vue technique les réponses sont assez simples: un traité est un accord entre deux ou plusieurs Etats souverains, destiné à avoir des effets de droit, et le terme de traité ne préjuge ni de la forme ni du contenu d'un instrument: la preuve en est qu'en langue allemande le même terme –*Vertrag*– est

10. Journal officiel de l'Union européenne, n° C169 du 18 juillet 2003, p. 1.

11. Le texte du traité et l'Acte final de la Conférence intergouvernementale qui l'a adopté ont été publiés au Journal officiel de l'Union européenne, n° C 310 du 16 décembre 2004, p. 1.

12. Ces textes qui avaient circulé dans le cadre de la CIG avaient été publiés sur les sites des présidences italienne et irlandaise.

utilisé pour désigner un «traité» international ou un contrat entre deux ou plusieurs personnes –que ce soient des personnes physiques ou des personnes morales, des personnes privées ou des personnes publiques. Le terme constitution est utilisé aussi bien pour qualifier la Loi fondamentale d'un Etat– en néerlandais, le seul terme *Grondwet* est utilisé pour traduire les mots Constitution ou Loi fondamentale –que les statuts d'une organisation internationale– comme l'Organisation Internationale du Travail.

De même la discussion sur le fait de savoir si la Communauté et l'Union européennes ont les caractéristiques d'une fédération, d'une confédération, d'une organisation internationale intergouvernementale ou d'un «objet politique non identifié» oublie que là encore l'on a affaire à des catégories contingentes dont la définition technique est utile, mais dont l'appellation importe peu, comme le rappelle le fait que la Suisse porte le titre officiel de «Confédération helvétique» depuis qu'elle est une fédération.

A des fins de classification juridique il est utile de rappeler que l'on désigne usuellement –mais pas obligatoirement– comme confédération un groupement d'Etats souverains qui mettent en commun l'exercice d'un certain nombre de pouvoirs sur le fondement d'un traité de droit international public, alors que l'on désigne usuellement comme fédération un groupement d'entités ayant les caractéristiques des Etats à l'exception de la souveraineté extérieure et de la personnalité internationale et dont les rapports sont basés sur un acte n'ayant pas de portée internationale: peu importe qu'il s'analyse en un acte unilatéral de l'ensemble du groupement, ou un accord de volontés des membres du groupement. Si l'on accepte une telle définition, il est facile de qualifier les Communautés et l'Union européennes de confédération. Et pourtant les débats continuent... Le texte de la Constitution pour l'Europe y apporte un peu de clarté, mais n'empêchera sans doute pas les amateurs de discussions de continuer à s'opposer.

A. Constitution c. traité

C'est le ministre allemand des relations extérieures Joschka Fischer qui a réussi à briser le tabou attaché à l'utilisation du mot «constitution» dans le cadre de l'intégration européenne. Il le fit dans un

discours à l'Université Humboldt de Berlin le 12 mai 2000, où il reprit la proposition, avancée par Robert Schuman cinquante ans auparavant,¹³ d'œuvrer à une «Fédération européenne». Joschka Fischer ne manqua pas dans les mois qui suivirent d'insister sur la force des symboles: l'arrivée de l'Euro dans les poches des citoyens européens devrait être suivie de l'adoption d'une Constitution européenne, comme l'adoption du Deutschemark en juin 1948 avait été suivie en mai 1949 de l'adoption de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne. L'expression avait été à dessein utilisée dans ce discours pour marquer le souhait d'une avancée vers une fédération européenne. Mais le mot constitution n'est plus depuis lors réservé aux «fédéralistes européens» partisans d'une plus forte intégration. De façon significative le Président de la République française Jacques Chirac, en pleine période de cohabitation avec Lionel Jospin le leader de son opposition au Parlement, l'avait aussitôt repris: en effet même des souverainistes déclarés s'étaient mis à parler de constitution, pour bien marquer leur souhait de limiter les pouvoirs des institutions de l'Union européenne.

Les chefs d'Etat et de gouvernement des quinze franchirent ensuite le pas, en évitant toutefois de mettre la question au centre des débats: la Déclaration finale du sommet de Laeken de décembre 2001 utilisait le terme «constitution» tout à la fin d'une série de questions portant sur la remise en ordre et la simplification du contenu des traités: «Se pose enfin la question de savoir si cette simplification et ce réaménagement ne devraient pas conduire à terme à l'adoption d'un texte constitutionnel. Quels devraient être les éléments essentiels d'une telle Constitution? Les valeurs auxquelles l'Union est attachée, les droits fondamentaux et les devoirs des citoyens, les relations des États membres dans l'Union?»

Le terme Constitution ne faisait pas pour autant l'unanimité, y compris à l'intérieur de la Convention sur l'avenir de l'Europe –établie par le Conseil européen de Laeken–, où l'on préféra longtemps parler de traité constitutionnel. Lorsque Valéry Giscard d'Estaing, président

13. La Déclaration du Ministre des Affaires étrangères français, du 9 mai 1950, proposait à l'Allemagne et à la France, ainsi qu'à tous les pays qui voudraient les rejoindre, de mettre en commun leurs productions de charbon et d'acier: «Ainsi sera réalisée simplement et rapidement la fusion d'intérêts indispensables à l'établissement d'une communauté économique et introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes. [...] cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix».

de la Convention européenne,¹⁴ présenta le «squelette» du projet (comme il se plaisait à l'appeler) le 28 octobre 2002, presque personne ne remarqua qu'il portait déjà le titre de «traité établissant une Constitution pour l'Europe». Quelle que soit la force des symboles, le terme Constitution n'est apparu et ne se justifie que parce que la Convention a décidé au début de l'automne 2002, après la première phase «d'écoute» de ses travaux, de répondre positivement à la série de questions posée à ce sujet par la Déclaration de Laeken sous le titre «La voie vers une Constitution pour les citoyens européens». La très grande majorité des intervenants lors de ces séances d'écoute s'étaient en effet prononcés en faveur d'une Constitution, que ce soient les représentants d'intérêts plus ou moins structurés, de la société civile ou encore du monde universitaire. Au mois de juin 2003 il était acquis que le terme Constitution serait bien utilisé par la CIG, ne serait-ce que parce que le projet de la Convention avait été publié sous le titre de «Constitution pour l'Europe», et en effet le titre du traité «établissant une Constitution pour l'Europe» ne fut plus remis en discussion jusqu'au lendemain des référendums du 29 mai 2005 en France et du 1er juin 2005 aux Pays-Bas: nombre de bons esprits ne se sont pas privés d'imputer au titre «Constitution» l'échec de ces référendums, sans avoir le moindre commencement de preuve à cet effet.

L'appellation de «Traité établissant une Constitution pour l'Europe» est techniquement exacte, et plus élégante sans aucun doute que celle d'Acte unique européen,¹⁵ adoptée en 1986 ou de traité «sur» l'Union européenne adoptée en 1992.¹⁶ Le terme «Constitution» est particulièrement bienvenu dans ce contexte du fait qu'il rassemble différents systèmes –communautés et coopérations intergouvernementales institutionnalisées– en un seul. Peut-être eut-il été encore mieux adapté si les mécanismes de révision s'étaient basés entièrement sur les institutions de l'Union –quitte à nécessiter la ratification des Etats

14. L'un des premiers actes de la Convention sur l'Avenir de l'Europe fut de se rebaptiser Convention européenne, marquant par là son caractère d'institution –fût-elle temporaire.

15. Il s'agissait de mettre en évidence qu'un même traité servait d'une part à réviser les traités communautaires et à institutionnaliser la «Coopération politique européenne» depuis lors rebaptisée Politique étrangère et de sécurité commune.

16. Comme l'Acte unique européen six ans plus tôt, le traité de Maastricht révisait d'un côté les traités communautaires et institutionnalisait de l'autre des coopérations intergouvernementales: Politique étrangère et de sécurité commune («11ème pilier de l'Union») et Justice et affaires communes («11ème pilier»).

membres, comme la révision d'une constitution fédérale. Attribuer à l'appellation de Constitution ou à la longueur du texte l'échec des référendums français et néerlandais de 2005 est oublier que nombre de référendums positifs ont porté sur des textes aussi complexes, à commencer par les référendums liés à l'accession de nouveaux Etats membres aux Communautés et à l'Union, ou les référendums portant sur l'approbation de Constitutions nationales, que ce soit en France en 1946 et 1958, en Espagne en 1978 ou en Suisse en 1999 par exemple.

B. Fédération c. confédération

Une fois entrée en vigueur la Constitution pour l'Europe, la Communauté européenne cessera d'exister, puisqu'elle sera fondue dans l'Union. Mais l'Union continuera à appliquer la méthode communautaire, comme il ressort explicitement du premier article de la Constitution:

Article I-1: Établissement de l'Union¹⁷

1. Inspirée par la volonté des citoyens et des États d'Europe de bâtir leur avenir commun, ~~cette~~ **la présente** Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les États membres ~~confèrent~~ **attribuent** des compétences pour atteindre leurs objectifs communs. L'Union coordonne les politiques des États membres visant à atteindre ces objectifs et exerce sur le mode communautaire les compétences qu'ils lui ~~transfèrent~~ **attribuent**.

La teneur de ce paragraphe était clairement établie dès les premières réunions plénières où la Convention a commencé à débattre du projet de traité constitutionnel. Valéry Giscard d'Estaing n'a eu de cesse de répéter que d'une part l'Union continuerait de coordonner –comme prévu depuis le traité de Maastricht– les politiques dans les domaines où les compétences ne lui étaient pas transférées par les États membres, c'est-à-dire essentiellement en matière de PESC, elle exerçait les compétences transférées «sur le mode fédéral», c'est-à-dire par des institutions communes (Parlement, Commission, Conseil).

17. Les mots barrés figurent dans le Projet de la Convention, les mots en gras les remplacent dans le texte du traité.

Cependant, les tentatives pour introduire le terme fédéral dans les traités institutifs se sont toujours heurtées à l'opposition ouverte du gouvernement britannique. Déjà en 1991 John Major avait refusé l'inscription dans le traité de la «vocation fédérale» proposée conjointement par Helmut Kohl et François Mitterrand, parce qu'elle impliquait à ses yeux une évolution de l'Union européenne vers une forme d'État. La formule de 2002 selon laquelle les compétences sont exercées «sur le mode fédéral» était déjà en soi un compromis; cela ne suffit pas. Lors d'une visite au Premier Ministre britannique Tony Blair, le Président de la Convention accepta de rayer le terme fédéral du projet de texte. C'est la raison pour laquelle le texte mentionne le «mode communautaire».

Pour autant que la demande britannique ait été réellement l'expression d'une volonté de marquer les limites du processus d'intégration européenne, il s'agit vraisemblablement d'une victoire à la Pyrrhus. En effet, alors que l'on n'a jamais su ce que pourrait véritablement signifier le terme fédéral dans le cadre de l'intégration européenne, la méthode communautaire est bien identifiée depuis son invention par Jean Monnet et ses collaborateurs en 1951.

Les experts de la CIG quant à eux ont remplacé les mots «confèrent» et «transfèrent» par le mot attribuent, qui est la traduction exacte de l'anglais confer. On pourra longuement s'interroger sur la différence entre les deux versions et la question de savoir si elle est purement d'ordre linguistique. La différence entre l'exercice sur le mode communautaire de compétences «transférées» et le fait que plus généralement les Etats membres attribuent ou «confèrent» des compétences à l'Union, pour être exercées sur le mode communautaire, ou pour coordonner les politiques communes, méritera plus ample réflexion. Elle correspond sans doute à une tentative de formuler la coexistence dans un même ensemble d'aspects fédéraux et d'aspects confédéraux.

C. La consécration du droit de sécession

L'une des innovations les plus intéressantes de la Constitution pour l'Europe du point de vue de la théorie du fédéralisme est la consécration d'un «droit de retrait». La constitution fédérale des Etats-Unis d'Amérique était silencieuse sur la possibilité de la sécession, et

il a fallu une guerre civile pour qu'il soit admis que cela signifiait que la Constitution l'interdisait. Le silence des traités communautaires a agité la doctrine, les uns soutenant que le retrait était juridiquement impossible du fait de ce silence, les autres qu'il était possible en application du droit international, que ce fût par un accord unanime des Etats membres incluant celui qui souhaite se retirer, ou par l'effet d'un changement fondamental de circonstances.

Article I-60: Le retrait volontaire de l'Union¹⁸

1. Tout État membre peut décider, *conformément à ses règles constitutionnelles*, de se retirer de l'Union européenne.
2. L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen, ~~qui se saisit de cette notification~~. À la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union *négoce et conclut* avec cet État 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 325, paragraphe 3**.¹⁹ **Il est** conclu *au nom de l'Union* par le Conseil ~~des ministres~~, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen.

~~Le représentant de l'État membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen ou du Conseil des ministres le concernant.~~

3. La Constitution cesse d'être applicable à l'État 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'État membre concerné, décide de proroger ce délai.

18. Les mots barrés figurent dans le Projet de la Convention, les mots en gras les remplacent dans le texte du traité. Les mots en italiques font ressortir les termes maintenus dans le texte final, et sur lesquels les experts de la CIG avaient posé des questions.

19. Article III-325:

3. La Commission, ou le ministre des affaires étrangères de l'Union lorsque l'accord envisagé porte exclusivement ou principalement sur la politique étrangère et de sécurité commune, présente des recommandations au Conseil, qui adopte une décision européenne autorisant l'ouverture des négociations et désignant, en fonction de la matière de l'accord envisagé, le négociateur ou le chef de l'équipe de négociation de l'Union.

4. **Aux fins des paragraphes 2 et 3, le membre du Conseil européen et du Conseil représentant l'Etat membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions qui le concernent.**
La majorité qualifiée se définit comme étant égale à au moins 72% des membres du Conseil représentant les Etats membres participants, réunissant au moins 65% de la population de ces Etats.
5. Si l'État qui s'est retiré de l'Union demande à adhérer à nouveau, sa demande est soumise à la procédure visée à l'article **I-58**.

La clause de l'article I-60 ne permet pas de trancher définitivement le débat «fédération ou confédération». On notera que les experts de la CIG avaient proposé de supprimer de l'alinéa 1 la mention «conformément à ses règles constitutionnelles», car cette formulation aurait pu être lue comme permettant à l'Union de vérifier si les règles internes d'un Etat membre ont été ou non respectées. Finalement la CIG a maintenu cette disposition qui rappelle les dispositions sur la révision du traité Constitutionnel. L'article I-60 présente en tout état de cause l'avantage non seulement de clarifier la possibilité d'un retrait, mais surtout d'en fixer la procédure. Il est à souligner que c'est l'Union qui négocie, et non les Etats membres, contrairement aux traités d'adhésion: confédération ou fédération?

2. Les rapports entre les Constitutions nationales et la Constitution pour l'Europe

Venant immédiatement après les articles consacrés à l'établissement de l'Union (I-1), à ses valeurs (I-2) et objectifs (I-3) ainsi qu'à ses libertés fondamentales et au principe de non discrimination en raison de la nationalité (I-4), les articles I-5 «Relations entre l'Union et les États membres» et I-6 Article I-5bis: «Le droit de l'Union» sont clairement au cœur de la théorie du fédéralisme applicable à l'Union européenne. Il est remarquable qu'ils aient fait l'objet de modifications importantes entre juillet 2003 et juin 2004, sans que beaucoup d'explications ne soient fournies à ce sujet.

A. La reconnaissance des structures constitutionnelles nationales et la loyauté vis-à-vis de l'Union

La Convention avait tenté d'aboutir à un texte aussi équilibré que possible dans l'article 5 de son projet «Relations entre l'Union et les Etats membres».

1. L'Union respecte l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité intérieure.
2. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant de la Constitution.

Les États membres facilitent à l'Union l'accomplissement de sa mission et s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts figurant dans la Constitution.

Le premier paragraphe consacrait le respect des Etats membres par l'Union, dans leur identité nationale –ce qui figure également dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux– et en particulier le respect de leurs structures politiques et constitutionnelles «y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale». Ce dernier membre de phrase est particulièrement significatif dans sa version allemande, qui parle de «*Grundsatz der Lokalen und Regionalen Selbstverwaltung*» faisant ainsi écho au principe de l'autonomie (littéralement autogestion) communale consacré par la constitution allemande «*Grundsatz der Kommunalen Selbstverwaltung*». La deuxième phrase, connue à la Convention sous le nom de «clause Christophersen» avait été introduite à la demande de l'ancien Commissaire européen et ancien ministre danois Henning Christophersen, qui participait au Praesidium de la Convention au titre des représentants des Parlements nationaux, et est particulièrement intéressante en ce qu'elle tente de définir ce que sont les fonctions essentielles de l'Etat; on notera avec

intérêt qu'il s'agit de fonctions qui ressortissent de la compétence des Etats et non de la fédération dans les ordonnancements fédéraux classiques que sont les Etats-Unis d'Amérique et l'Allemagne fédérale.

Le deuxième paragraphe, en écho au premier, proclame le principe de la loyauté fédérale –également un principe au cœur du fédéralisme allemand– en reprenant une formulation déjà présente dans les traités communautaires, à laquelle l'article 5 du projet de la Convention vient toutefois donner un éclat particulier.

Le texte de la Convention a subi deux modifications importantes. En premier lieu, les experts de la CIG ont jugé bon, sans donner d'explication particulière, de déplacer dans l'article 5, après le premier alinéa du paragraphe 2, ce qui était le paragraphe 2 de l'article 10 consacré au «Droit de l'Union» dans le titre III «Les compétences de l'Union». Il en résulte une certaine redondance du paragraphe 2 de l'article 5, qui insiste plus que ne le faisait le texte de la Convention sur les obligations des Etats membres vis-à-vis de l'Union. Pour faire bonne mesure, les petits Etats membres sont intervenus pendant la CIG, en particulier par la voix du Portugal et de son premier Ministre Barroso –futur Président de la Commission européenne– pour faire ajouter au début de l'article 5 un membre de phrase selon lequel l'Union respecte l'égalité entre ses Etats membres. Cette mention n'ajoute rien de nouveau au système de l'Union, mais souligne qu'il ne saurait s'agir d'un fédéralisme asymétrique. La version définitive de l'article 5 perd en élégance ce qu'elle gagne en précision:

Article I-5: Relations entre l'Union et les États membres

1. L'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale.
2. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant de la Constitution.

Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant de la Constitution ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.

B. Le déplacement de l'article consacrant la primauté

De même qu'ils avaient jugé bon de déplacer le paragraphe 2 de l'article 10 consacré au «Droit de l'Union» dans le titre III «Les compétences de l'Union», les experts de la CIG en ont déplacé le premier paragraphe pour le mettre tout de suite après l'article 5 en un nouvel article 6:

Article I-6: Le droit de l'Union

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 États membres.

Ce changement n'a fait l'objet d'aucune justification officielle ni de débat au sein de la CIG. L'avant-projet officiel préparé par le Secrétariat du Conseil sur la base du texte de la Convention dit simplement «Il est suggéré que l'article I-10 § 1 est mieux à sa place ici. Il a donc été transformé en nouvel article I-5bis». En réalité il y a bien une explication d'ordre juridique: comme c'est clairement le cas en droit communautaire depuis le célèbre arrêt *Costa c. Enel* de 1964, le principe de primauté s'applique non seulement lorsque les institutions de l'Union exercent leurs compétences, mais aussi lorsque les États membres exercent les leurs, si cet exercice peut être en contradiction avec les principes généraux de la charte constitutionnelle. On pouvait donc soutenir que la disposition était mal placée dans un titre intitulé «les compétences de l'Union». Mais ce raisonnement se heurte au fait que c'est dans ce titre même que la Constitution procède à la reconnaissance, par l'article 9 –devenu I-11 dans le traité– de ce que «Toute compétence non attribuée à l'Union dans la Constitution appartient

aux États membres». Cette disposition rappelle clairement le Xème amendement de la Constitution des Etats-Unis, dont Madison avait dû promettre l'adoption pour obtenir la ratification de ce texte par les plus importants des Etats américains.

Le système choisi par la Convention –consistant à faire figurer le principe de primauté dans le titre III, avait plusieurs avantages pour tous ceux qui étaient soucieux de l'équilibre entre l'Union et ses Etats membres. Il suivait en cela la tradition du fédéralisme allemand, qui se retrouve dans l'éphémère Constitution pour l'Empire de 1849, dont l'article 66 était dénommé "*Reichsrecht bricht Landesrecht*", et qui disposait que «les lois de l'Empire ont la primauté sur les lois des *Länder*, à moins que ne leur soit expressément attribuée une fonction subsidiaire» et dont la teneur fut reprise sous une forme légèrement différente par l'art. 2 de la Constitution de l'Empire de 1871. Dans la Constitution de Weimar, l'art. 13 à nouveau dénommé "*Reichsrecht bricht Landesrecht*" figurait immédiatement après les dispositions relatives à la répartition des compétences et disposait que "en cas de contestation sur la possibilité de concilier les dispositions d'un Land avec le droit de l'Empire, les autorités de l'un ou de l'autre peuvent saisir la Cour suprême de l'Empire, dans les formes fixées par une loi d'Empire". Dans la loi fondamentale de Bonn l'article 30, qui suit immédiatement la proclamation du principe d'attribution des compétences, est désormais dénommé primauté du droit fédéral (*Vorrang des Bundesrechts*) et dispose simplement: «*Bundesrecht bricht Landesrecht*».

On retrouvait cette logique dans le projet de la Convention: la mention du principe de primauté juste après le principe d'attribution et le rappel du fait que la compétence résiduelle de principe reste celle des Etats et non de l'Union a l'avantage de faire ressortir l'équilibre entre l'Union et ses Etats membres. De plus l'article 10 avait l'avantage de préciser les conséquences du principe de primauté, puisqu'il était ainsi rédigé:

Article I-10: Le droit de l'Union

1. La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées ont la primauté sur le droit des États membres.

2. Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant de la Constitution ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Le déplacement du principe de primauté dans la partie la plus générale de la Constitution, détaché des articles rappelant les principes d'attribution de subsidiarité et de proportionnalité a conduit plus d'un lecteur –notamment dans le débat référendaire français– à se méprendre sur la portée du principe et à le lire dans la perspective d'un super Etat unitaire, au lieu d'en apprécier toutes les nuances.

3. De quelques autres innovations de la Constitution pour l'Europe

A côté des dispositions fondamentales qui viennent d'être discutées, un certain nombre d'autres dispositions méritent réflexion dans l'optique de la théorie du fédéralisme, et une comparaison entre le projet de la Convention et le texte final du traité.

Le projet de la Convention avait le mérite de chercher à clarifier ce qui dans les institutions de l'Union ressortissait de la représentation de ses Etats membres –le Conseil Européen et le Conseil des Ministres–, ce qui ressortissait de la représentation des peuples européens –le Parlement européen–, et ce qui ressortissait de la personnalisation de l'Union– le Président du Conseil européen et la Commission européenne. Cette base institutionnelle permettait une intervention équilibrée de ces institutions dans l'exercice des fonctions de l'Union, en particulier en matière législative, grâce à la consécration d'un Conseil législatif (et des affaires générales) qui pouvait comprendre jusqu'à 3 ministres pour chaque pays et devait siéger et délibérer en public. Cet équilibre a été largement remis en cause par la CIG, tendant le plus souvent à renforcer la représentation des Etats membres au détriment des deux autres. Ceci est particulièrement clair dans trois directions: le maintien d'un Commissaire par Etat membre jusqu'à la deuxième législature après l'entrée en vigueur de la Convention transforme la Commission en une institution de représentation des Etats membres; la réduction sensible des matières où s'applique la majorité qualifiée (en particulier dans les domaines de l'ancien troisième pilier) renforce

la capacité de blocage des Etats membres même les plus isolés; l'affirmation selon laquelle ce n'est pas l'Union qui coordonne les politiques économiques de ses Etats membres, mais ceux-ci entre eux –pour symbolique qu'elle soit– contribue à affaiblir la capacité de l'Union en matière de gouvernance économique.

Les changements apportés par la CIG ne correspondent pas à une logique cohérente, comme le montre la suppression du Conseil législatif –tout en maintenant l'obligation du Conseil de et délibérer en public pour l'adoption des actes législatifs. Ce changement a la conséquence paradoxale de donner l'impression que le Parlement est le législateur alors que cette fonction est soigneusement répartie entre les trois institutions. Ce n'est d'ailleurs pas la CIG elle-même qui a décidé de la suppression du Conseil législatif, mais les ministres des affaires étrangères réunis lors d'une session informelle à Rive del Garda en septembre 2003: il semble qu'ils agissaient moins en tant que défenseurs des Etats membres que de leurs propres intérêts à l'intérieur des Etats, puisque l'établissement d'un Conseil législatif aurait pu à terme changer les équilibres internes au sein des gouvernements.

La CIG n'a par contre pas modifié les deux textes essentiels qui ont pour objet de renforcer le rôle des Parlements nationaux dans le processus de décision communautaire: les protocoles 1 et 2, relatifs au rôle des Parlements nationaux et au contrôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Ces dispositions ont l'intérêt d'établir un système complexe de coordination verticale entre Etats membres et Union qui est inconnu des systèmes fédéraux tels que les Etats-Unis ou l'Allemagne. De même elle n'est pas revenue sur l'article 36 (devenu I-37) relatif aux «actes d'exécution» qui rattache clairement le système de l'Union au modèle du «fédéralisme exécutif» allemand, dans lequel les lois fédérales sont en principe exécutées par les institutions des Etats membres, et exceptionnellement par les institutions fédérales, contrairement au modèle américain.

Pour conclure on rappellera que la Convention n'a pas innové par rapport aux traités actuels en matière de révision, alors que la CIG a fait un pas vers un mécanisme de type fédéral pour la révision de la troisième partie:

Article IV-445: Procédure de révision simplifiée concernant les politiques et actions internes de l'Union

1. Le gouvernement de tout État membre, le Parlement européen ou la Commission peut soumettre au Conseil européen des projets tendant à la révision de tout ou partie des dispositions de la partie III, titre III, relatives aux politiques et actions internes de l'Union.
2. Le Conseil européen peut adopter une décision européenne modifiant tout ou partie des dispositions de la partie III, titre III. Le Conseil européen statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen et de la Commission ainsi que de la Banque centrale européenne dans le cas de modifications institutionnelles dans le domaine monétaire.

Cette décision européenne n'entre en vigueur qu'après son approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

3. La décision européenne visée au paragraphe 2 ne peut pas accroître les compétences attribuées à l'Union dans le présent traité.

Cette disposition est remarquable du point de vue de la théorie du fédéralisme pour deux raisons. Le mécanisme de révision est clairement de nature fédérale: peu importe que le Conseil européen statue à l'unanimité, ce qui compte c'est qu'il s'agit d'une institution de l'Union, par opposition aux conférences intergouvernementales qui sont clairement des mécanismes de droit international public. Le plus intéressant est le paragraphe 3, qui fait clairement la distinction entre la révision interne, qui peut concerner la formulation des politiques, leurs objectifs, les procédures de décision, alors qu'un éventuel accroissement des compétences ne peut être décidé que par une révision sous forme de traité, en ligne avec le principe d'attribution, dont on sait qu'il se retrouve aussi bien dans les statuts des organisations internationales que dans les constitutions fédérales.

RESUM

Malgrat l'aturada del procés de ratificació i l'entrada en vigor després dels resultats dels referèndums francès i holandès, l'autor considera igualment útil continuar analitzant el Tractat pel qual s'institueix una Constitució per a Europa, el qual, a curt o mitjà termini haurà de tornar a tenir un paper decisiu en la construcció europea. Sobre aquesta base analitza el debat sobre si és un tractat o una constitució, sobre si institueix una federació, una confederació o quelcom diferent, i analitza algunes de les seves característiques més rellevants, com ara la consagració d'un dret de secessió dels membres, el reconeixement de les estructures institucionals nacionals i la manera de regular la relació entre els estats i la Unió, el paper del principi de primacia, l'estructura institucional comunitària o algunes particularitats del procés de revisió.

ABSTRACT

This article analyzes the role that in the medium and long term the Treaty establishing a Constitution for Europe will have eventually in the process of European integration. In spite of the failed results of the French and Dutch referenda for its ratification, the Treaty, claims the author, will readopt a central role in the future of the European Union. From this perspective, the author explores different aspects and features of the Treaty: he firstly deals with the debate about the nature of the Treaty itself, that is, whether it is just a treaty or whether it can be considered a constitution; secondly, the discusses about the possible political directions the Treaty sets for Europe: whether it establishes a path for a federation, a confederation or a third way. Thirdly, the author looks at other central features of the Treaty such as the right of secession of the Member States, the recognition of national institutional structures, the establishment of the European Union's institutions, the regulation of relations between the European Union and the Member States, and the primacy principle.