

FONDEMENTS DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPEEN

par
Ingolf Pernice

Professeur à l'Université Humboldt de Berlin, directeur de l'Institut « Walter Hallstein »,
Institut de Droit Constitutionnel Européen de l'Université Humboldt de Berlin
(<http://www.WHI-berlin.de>).

Avant-propos

L'intégration européenne est arrivée à un nouveau stade. Les milieux politiques et académiques s'occupent de plus en plus de la question d'une constitution pour l'Union européenne. L'auteur de la présente étude a eu l'honneur d'être invité, en avril 1999, à donner un cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université Paris II (Panthéon-Assas) sur les aspects du droit constitutionnel européen. Il en a profité pour y exposer sa conception, développée depuis 1995, de ce droit constitutionnel européen, en qualifiant de système constitutionnel composé (« Verfassungsverbund ») le système que constituent les constitutions nationales dans leur ensemble avec les traités instituant l'Union et les Communautés européennes, afin d'attirer l'attention sur la base de légitimité qui est commune à ces deux niveaux constitutionnels, à savoir la volonté des citoyens des Etats membres. Entre temps, cette approche du « multilevel constitutionalism » a reçu un accueil assez favorable dans les milieux académiques, ce qui a encouragé l'auteur à mettre à jour le texte original du cours (www.WHI-berlin.de/pernice-fondements.htm), de le compléter par un nombre de suggestions d'ordre politique et de le publier dans la présente forme.

L'auteur exprime sa profonde reconnaissance à ses collègues Pierre-Marie Dupuy et Charles Leben de l'I.H.E.I., ainsi qu'à Jacqueline Dutheil de la Rochère qui lui ont permis de réaliser ce cours. Il remercie le professeur Joe Verhoeven d'avoir pris en charge la publication du présent texte. Et il manifeste la même reconnaissance envers Franz Mayer, Philipp Steinberg et Daniel Thym, assistants à l'Institut Walter Hallstein, pour leur lecture critique et leur collaboration très utile dans la rédaction de ce texte, ainsi qu'à Alexandra Hähnel pour la révision linguistique du texte initial.

Berlin, 30 août 2002

Ingolf Pernice

Table des Matières

§ 1 INTRODUCTION	5
1. L'Europe a-t-elle besoin d'une constitution?.....	10
a. Légitimité, déficit démocratique et Europe des citoyens.....	10
b. Le principe de la primauté et la compétence d'en juger.....	11
c. Délimitation des compétences: efficacité, subsidiarité, flexibilité	12
d. Cohésion, modèle social européen et stabilité du système.....	13
e. L'élargissement et la réforme institutionnelle	14
2. Quelques notions de base	15
a. Etat, nation, société: trois cultures politiques européennes ?	16
b. La constitution: de la conception étatiste au contractualisme ?.....	18
c. La souveraineté: unité, divisibilité, utilité?	22
3. Constitution européenne et droit constitutionnel européen.....	24
4. Conclusions	29
§ 2 LA CONSTITUTION COMPOSÉE DE L'EUROPE	30
1. Les fonctions du pouvoir public et les bases de sa légitimité	31
2. Le contrat social européen.....	32
a. Le droit communautaire et les constitutions nationales.....	34
b. Le statut du citoyen de l'Union.....	35
c. Citoyenneté de l'Union et peuple européen	36
3. Distribution des compétences et dédoublement des fonctions	38
a. Le principe des compétences attribuées	39
b. La répartition des compétences nationales et européennes	40
aa. Répartition fonctionnelle.....	41
bb. Attributions positives racione materiae.....	41
cc. Délimitations négatives.....	42
dd. Conclusions.....	43
c. Fonction et loyauté européennes des institutions nationales	44
d. Contrôle parlementaire des institutions communautaires.....	45
4. Homogénéité essentielle et autonomie constitutionnelle	47
§ 3 CLAUSES CONSTITUTIONNELLES D'INTÉGRATION.....	48
1. Analyse comparative des clauses d'intégration	49
a. Auteur, nature, objet et destinataire de l'acte.....	50
b. Buts et objectifs.....	52
c. Conditions essentielles d'intégration européenne	53
d. La procédure constitutionnelle: de la loi simple au vote populaire	54
e. Clauses d'intégration des futurs Etats Membres	55
2. Effets juridiques et constitutionnels de l'acte d'intégration.....	56
a. Mutation des constitutions nationales	56
b. Tâches et régime juridique pour des institutions nationales.....	58

c. Primauté du droit communautaire dans un ordre non hiérarchique	60
d. Nécessité d'adapter les textes des constitutions	65
3. Limites posées à l'intégration: l'identité des Etats Membres	67
a. Les valeurs constitutionnelles et l'identité nationale	68
b. Qualité d'Etat et fédéralisme supranational	69
c. Souveraineté nationale	71
d. Le principe démocratique	74
4. Conclusion: Fonction et utilité de clauses d'intégration	75
§ 4 UN NOUVEAU CONTRAT SOCIAL EUROPÉEN	76
1. Structure de l'Union Européenne	80
a. La consolidation des traités: une charte constitutionnelle de l'Union	80
b. La réorganisation des compétences de l'Union	82
c. Droits fondamentaux et valeurs communes	84
d. Révision des traités et processus constitutionnel européen	89
2. Légitimité démocratique dans un système institutionnel efficace	90
a. L'équilibre institutionnel en question: vers un système bi-caméral	91
b. Fonction et contrôle politique de la Commission	91
c. Vote majoritaire, double majorité et pondération des voix au Conseil	93
d. Responsabilité financière de l'Union	94
3. La Cour de justice: contrôle juridique efficace dans l'Union	94
a. Composition et organisation de la Cour et élection des juges	95
b. L'architecture judiciaire dans l'Union Européenne	96
c. Un Conseil constitutionnel pour l'Union ?	97
4. L'exécutif européen: comment donner à l'Union un visage ?	98
§ 5 CONCLUSIONS	102

§ 1 Introduction

Dans la déclaration de Laeken adoptée en décembre 2001¹, le Conseil Européen a pour une première fois posé la question d'une « constitution » pour les citoyens européens. A ce titre, une soixantaine de questions plus concrètes ont été posées sur le statut de la Charte européenne des droits fondamentaux, une délimitation plus précise des compétences de l'Union vis-à-vis des Etats membres, la simplification des moyens d'action et des traités, ainsi que le renforcement de la démocratie et de l'efficacité de l'Union et de ses institutions. Toutes ces questions doivent être abordées par la Convention constitutionnelle que le même Conseil a convoquée et qui a entamé ses travaux fin février 2002 sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing². Que veut dire ce terme : « constitution » ? Pourquoi une constitution pour l'Union européenne ? Quelle sera la place d'une telle constitution par rapport aux constitutions nationales ?

Avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, l'intégration européenne a franchi un nouveau stade : par son intégration dans l'Union européenne, la Communauté a perdu son caractère technique et instrumental centré sur les questions économiques et le marché intérieur. Elle s'est transformée dans une union politique de plus de trois cents – et bientôt cinq cents – millions de citoyens qui y trouvent le moyen d'assurer la paix et les bases économiques et écologiques de leur vie et pour faire face aux défis de la mondialisation que les Etats seuls sont de plus en plus incapables d'affronter. Les réformes destinées à mieux adapter l'Union à ses tâches se poursuivent : ni le traité d'Amsterdam, et moins encore la nouvelle révision des traités au sommet de Nice en décembre 2000 avec ses réformes timides, n'ont atteint cet objectif³. On constate que la méthode intergouvernementale de révision des traités n'est plus adéquate pour aboutir à des solutions satisfaisantes.⁴

¹ Conclusions du Conseil Européen de Laeken, Annexe II, Déclaration concernant le futur de l'Union Européenne du 15 décembre 2001, SN 300/01. Le travail de la Convention est accessible via le site web <<http://european-convention.eu.int>>. Pour une analyse de la déclaration de Laeken, v. « K. Lenaerts, « La déclaration de Laeken, premier jalon d'une Constitution Européenne », *JTDE*, 2002, p. 29.

² Pour une brève analyse de la Convention sur l'avenir de l'Europe, v. V. Constantinesco, « Quelle constituante pour quelle constitution ? », *L'Europe en formation*, 2002, p. 17.

³ Pour une analyse du traité de Nice, v. P. van Nuffel, « Le traité de Nice », *RDUE*, 2001, p. 329. Le traité comme tous les documents de préparation accessibles au public peuvent être consultés sur le site web <<http://europa.eu.int/comm/nicetreaty/indexfr.htm>>.

⁴ V. les contributions de F. Maiani, in Melissas/Pernice (éds.), *Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference in 2004*, 2002, p. 94 et suiv.

Or, la convocation d'une Convention composée aux trois quarts de parlementaires nationaux et européens⁵ pour élaborer un catalogue de droits fondamentaux, et le succès de cette entreprise démontrée par la proclamation, également à Nice, de la Charte européenne des droits fondamentaux, ont ouvert une nouvelle perspective. Cette Convention a servi de modèle pour la convocation, par la Déclaration de Laeken, de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne qui doit présenter des options, sinon un véritable projet de traité constitutionnel, pour la Conférence intergouvernementale de 2004.

Suite à la nouvelle initiative prise en mai 2000 par le ministre allemand des affaires étrangères, Joschka Fischer, à l'Université Humboldt de Berlin⁶, de nombreux discours prononcés par des Chefs d'État et de gouvernement⁷, ainsi que des publications académiques, ont préparé le terrain. On constate que l'idée et le mot « constitution » par rapport à l'Union européenne ont cessé de constituer un tabou pour les hommes et les femmes politiques, ainsi que pour la doctrine⁸. On réalise

⁵ La convention était composée de 62 membres : 15 représentants des chefs d'État et de gouvernement, 16 membres du Parlement européen, 30 membres des Parlements nationaux, un commissaire représentant le président de la Commission européenne. Sur la méthode de travail de la Convention et les auditions et consultations qui ont été organisées : v. A. Vitorino, *RDUE*, 2000, p. 499, et son discours « The Convention as a model for European Constitutionalisation » du 14 juin 2001, FCE 6/01, <http://www.whi-berlin.de/vitorino.htm>.

⁶ J. Fischer, « Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration », *FCE-Spezial* 2/2000, <<http://www.whi-berlin.de/fischer.htm>>, publié également in : Walter Hallstein-Institut (Éd.), *Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union*, 2000, p. 171, et *Integration*, 2000, p. 149.

⁷ V. notamment, J. Chirac, « Mit Deutschland und Frankreich eine « Avantgarde-Gruppe » bilden. Die Europa-Rede des französischen Staatspräsidenten Jacques Chirac vor dem Deutschen Bundestag in Berlin », *Frankfurter Allgemeine Zeitung* n° 147 du 28. 6. 2000, p. 10, 11 ; C.A. Ciampi, Discours prononcé à l'occasion de l'attribution d'un docteur honoris causa de l'université de Leipzig, (5-6 juil. 2000) ; « Europe's Political Future », discours du Premier Ministre britannique, Tony Blair, devant la Bourse Polonaise, Varsovie, 6 oct. 2000, <<http://www.fco.gov.uk>>; L. Jospin, L'avenir de l'Europe élargie, discours du 28 mai 2001, <http://www.premier-ministre.gouv.fr> ; J. Rau, Plaidoyer pour une Constitution européenne. Discours prononcé devant le Parlement européen le 4 avr. 2001 <<http://www.bundespraesident.de>>.

⁸ Dans la doctrine, v. notamment les études très riches de J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, 1997 ; D. Blanchard, *La Constitutionnalisation de l'Union européenne*, 2001 ; P. Magnette (éd.), *La constitution de l'Europe* ; I. Pernice/P. M. Huber/G. Lübbecke/Wolff/C. Grabenwarter, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, VVDStRL 60 (2001), p. 148/194/246/290, avec débat, *ibid.* p. 350 et suiv. ; A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001 ; P. Craig, « Constitutions, Constitutionalism, and the European Union », *ELRev.*, 2001, p. 125 ; D. Scott, « Constituting Europe : In Defence of Public Reason », *King's Coll. LJ*, 2001, p. 75. Certains auteurs, comme M. Andenas/J. Gardener, « Introduction: Can Europe have a Constitution ? », *King's Coll. LJ*, 2001, p. 1, 3, attirent l'attention sur la distinction entre l'écriture en majuscule et en minuscule. Voy. aussi R. Toulemon, « Quelle Constitution pour quelle Europe », *RMUE*, 2001, p. 293. Pour une analyse économique, v. L. Guihery, « Économie du Fédéralisme – Quelle constitution pour l'Europe ? », 2001.

que les traités constituant l'autorité publique de l'Union ne répondent ni aux besoins d'efficacité, de démocratie et de transparence, ni aux aspirations des citoyens de voir une réglementation claire et précise de « qui fait quoi » dans l'Union et quels est leur statut juridique, quelles sont les valeurs communes qui nous réunissent. On s'aperçoit, enfin, que le dogme de la souveraineté nationale est de plus en plus mis en cause par l'attribution de compétences à l'Union, d'une part, et par la mondialisation, d'autre part.

C'est l'utilisation d'une monnaie commune dans la vie quotidienne, depuis le premier janvier 2002, qui montre le plus clairement l'impact européen sur la vie quotidienne. L'introduction de l'Euro affecte un élément principal de la souveraineté des Etats membres au sens traditionnel : la souveraineté monétaire est passée à la Banque centrale européenne. Mais sur le même plan, la compétence retenue des Etats membres en matière de politique économique est aussi soumise à une coordination étroite, et les Etats Membres doivent aujourd'hui observer une discipline stricte et parfois douloureuse dans la pratique de leur politique financière et, notamment, budgétaire⁹.

Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, a mené à un nouveau transfert de compétences important à l'Union européenne, cette fois-ci en matière de politique des visas, d'asile, d'immigration et de libre circulation des personnes. Le Conseil constitutionnel français a considéré que ce transfert de compétence touchait aux « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale » et que le traité d'Amsterdam ne pouvait être ratifié par la France qu'après une nouvelle révision de la constitution française¹⁰. Ceci n'est pourtant pas le cas pour le traité de Nice, où les transferts de compétences sont très limités. En effet, pour remédier aux « left-overs » d'Amsterdam, le Conseil européen de Helsinki (7 déc. 1999) a déterminé le mandat de la CIG de Nice : elle devait examiner « la taille et la composition de la Commission européenne, la pondération des voix au sein du Conseil, l'extension éventuelle du vote à majorité qualifiée au sein du Conseil, ainsi que d'autres modifications qu'il faudra apporter aux Traités à propos des institutions européennes, en liaison avec les questions précitées dans le cadre de la mise

⁹ V. M. Herdegen, « Price stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union : The Law as Guardian of Economic Wisdom », *CMLRev.*, 1998, p. 9. Pour plus de détails v. I. Pernice/F. Hoffmeister, « The Division of Economic Policy Powers Between the European Community and its Member States – Status quo and Proposals de lege ferenda », *Mélanges à l'hommage de C.-D. Ehlermann*, 2002, p. 363-382.

¹⁰ Conseil constitutionnel Décision no 97-394 DC du 31 déc. 1997 – *Amsterdam*, Rec. p. 344. V. à ce propos D. Maus/O. Passelecq (éds.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, 1998 avec le texte de l'arrêt pp. 97 et s. Pour les nouveaux Art. 88-2 et 88-4, v. la Loi constitutionnelle N° 99-49 du 25 janv. 1999, *J.O.* 26 janv. 1999, p. 1343. Pour une perspective plus théorique, v. I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution-Making Revisited », *CMLRev.*, 1999, p. 703-750.

en œuvre du traité d'Amsterdam ». ¹¹ Cela n'impliquait pas une adaptation des compétences. Sauf si l'on considère l'extension modérée – certains disent insuffisante – du vote à majorité qualifiée au sein du Conseil comme un transfert de compétences, ce qui semble être une qualification abusive, le traité de Nice n'a donc pas étendu les compétences communautaires ¹².

Sur le plan extérieur, la position de L'Union Européenne lors de la guerre du Kosovo nous a confronté à de nouveaux défis. Pouvons-nous continuer à nous contenter de voir les Etats-Unis jouer le rôle de « grand frère » et de guide pour l'Europe dans des questions aussi essentielles que la sécurité et la sauvegarde de la paix en Europe? Il est grand temps de mettre fin à l'incapacité de l'Europe dans ce domaine et de trouver un mécanisme efficace pour trancher les questions de sécurité et de paix en Europe. Ils doivent permettre une prise de décision rapide au niveau européen dans les domaines de politique extérieure et de sécurité. Il est regrettable qu'il ait fallu une guerre dans les Balkans pour ouvrir les yeux aux européens et les convaincre que l'actuelle incapacité de l'Europe sur le plan international est inacceptable, voire « irresponsable » ¹³. Evidemment, la création d'une véritable compétence en politique extérieure et de sécurité au niveau européen impliquerait que les Etats membres renoncent une nouvelle fois à un élément important de leur souveraineté nationale au profit de l'Union Européenne. Le Sommet d'Helsinki marque un pas important vers une solution de coopération intergouvernementale « renforcée » dans la mesure où de nouvelles institutions ont été proposées, sans que toutefois de vrais pouvoirs de décision ne leur aient été attribués ¹⁴. L'article 24 TUE modifié et la Déclaration annexée à l'acte final de la Conférence intergouvernementale relative à la politique européenne de sécurité et de défense,

¹¹ V. le rapport de la présidence intitulé « Suggestions pour la Conférence intergouvernementale » (doc. du Conseil 1366/99 du 7. 12. 1999).

¹² V. P. van Nuffel, « Le traité de Nice », *R.D.U.E.*, 2001, p. 329, (360). Il y a, cependant, quelques modifications qu'on pourrait qualifier comme extension des compétences communautaires. Ici, il faut signaler notamment les modifications apportées aux articles 133 et 137 CE. La compétence de la Communauté pour négocier et conclure des accords internationaux sur la base de l'article 133 CE a été étendue – avec deux exceptions – au commerce des services et aux aspects commerciaux. En ce qui concerne la politique sociale, l'innovation la plus importante consiste dans l'octroi explicite au législateur communautaire de la compétence pour adopter, dans tous les domaines de la politique sociale, des mesures dites de « coordination ouverte ». Sur la procédure de ratification par la France, sans intervention du Conseil Constitutionnel et sans modification préalable de la Constitution française, v. F. Chaltiel, « La ratification du traité de Nice par la France », *RMUE*, 2001, p. 442. V. aussi Raepenbusch, « Traité de Nice – entre espoir et déception », *G.P.*, 2001, p. 6.

¹³ K. Haensch, « L'Allemagne et la France, deux concepts pour une Europe ? », *Documents 2/98*, p. 25 (33), constatation faite le 12 mars 1998, donc un an avant le déclenchement de la guerre.

¹⁴ Point II et Annexe IV des Conclusions de la Présidence, Conseil européen (Helsinki) du 10 et 11 décembre 1999 (SN 300/99) : un comité permanent de questions politiques et de sécurité, un comité militaire, et un état-major européen.

adoptés à Nice et, à nouveau, concrétisés dans l'annexe 2 de la Déclaration de Laeken montrent une volonté ferme de progresser rapidement afin de rendre plus efficace l'action commune des Etats membres au sein de l'Union.¹⁵ Il est clair que les évènements choquants du 11 septembre 2001 incitent à aller plus loin et à ne plus dissocier la sécurité externe et interne. Il faudra trouver des solutions institutionnelles qui permettent à l'Union de formuler une politique commune propre. Il convient aussi d'assurer la cohérence substantielle de cette politique qui ne se limite point aux mesures militaires et de police, mais doit comprendre également des moyens de politique commerciale, de développement durable et de coopération sur le plan mondial.

Toutes ces considérations montrent que l'Union européenne s'approche de plus en plus à ce que sont les fonctions d'un Etat, remplaçant partiellement celles des Etats membres. Ceci pourrait expliquer pourquoi la question d'une constitution pour l'Union reçoit une attention de plus en plus large. Toutefois, ce qui nous occupe en premier lieu, n'est pas la question de savoir si et dans quelle mesure l'Union Européenne constitue, ou deviendra, un Etat au sens juridique ou restera un simple instrument de coopération renforcée entre les Etats membres. Ma thèse est que, dans les conditions du « post-nationalisme », la notion de constitution n'est plus liée à l'existence d'un Etat¹⁶. Or, c'est la question de la constitution européenne: comment cette Union est-elle constituée, et, compte tenu des défis auxquels elle doit se mesurer, a-t-elle déjà une constitution ou sinon en a-t-elle besoin ? Quel est, enfin, le rapport entre la constitution de l'Union et les constitutions des Etats membres ?

Avant d'aborder ces questions très controversées, du moins en Allemagne¹⁷, il conviendra de préciser tout d'abord les problèmes de droit constitutionnel devant

¹⁵ Pour les développements depuis le traité d'Amsterdam v. D. Thym, « Die Begründung einer europäischen Verteidigungspolitik : Anforderungen des europäischen und deutschen Verfassungsrechts », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p. 676 et suiv., mis à jour après Nice dans WHI-paper 3/01, <<http://www.whi-berlin.de/thym-301.htm>>.

¹⁶ V. I. Pernice, « Europäisches und nationales Verfassungsrecht », *Veröffentlichungen deutscher Staatsrechtslehrer*, 2001, p. 148, (155 et suiv.) ; I. Pernice, « Die europäische Verfassung », *Mélanges H. Steinberger*, 2002, p. 1319 (1324) ; v. aussi S. D. Scott, « Constituting Europe : In Defence of Public Reason », *King's Col. LJ*, 2001, p. 75 et suiv. et D. Blanchard, *La Constitutionnalisation de l'Union européenne*, 2001, p. 38 et suiv., qui parle du « dépassement du critère de la souveraineté de l'État ».

¹⁷ V. notamment, d'un côté D. Grimm, « Does Europe need a Constitution ? », *ELJ*, 1995, p. 281, et plus récemment encore: « Ohne Volk keine Verfassung », *Die Zeit* n° 12 du 18 mars 1999, p. 4 ; de l'autre côté J. Habermas, « Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?' », *E.L.J.*, 1995, p. 303. V. également A. Schmitt Glaeser, *Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts*, 1996 ; W. Hertel, *Supranationalität als Verfassungsprinzip. Normativität und Legitimation als Elemente des Europäischen Verfassungsrechts*, 1999 ; T. Bruha/J.J. Hesse/C. Novak (éds.) *Welche Verfassung für Europa ?*, 2001 ; Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (éd.), *Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung*, FCE

lesquels les hommes et femmes politiques et les juristes se trouvent actuellement confrontés et qui doivent être traités en priorité (*infra*, 1). L'analyse des différentes propositions devra être fondée sur une définition commune des notions de base comme l'Etat, la constitution et la souveraineté (*infra*, 2); selon la thèse proposée ci-après, l'Union Européenne dispose déjà d'une constitution au sens large, bien qu'elle soit détachée de la notion de l'Etat (*infra*, 3). Tout ceci repose sur une approche théorique que j'ai proposé de qualifier de « *multilevel constitutionalism* »¹⁸ soit, en français, une sorte de « système constitutionnel composé »¹⁹. Elle sera expliquée et confrontée aux approches existantes de manière plus approfondie, ce qui fera précisément l'objet des paragraphes ultérieurs de ce cours (*infra*, 4).

1. L'Europe, a-t-elle besoin d'une constitution?

Les questions qui se posent à propos de la construction européenne actuelle et de son développement futur en ce qui concerne le droit constitutionnel vont de pair. Il ne s'agira pas d'aborder tous ces problèmes, et encore moins de trouver des réponses à toutes les questions soulevées. Il convient de se limiter aux problèmes essentiels, la première étape étant de soulever les bonnes questions. Ces questions seront traitées dans cinq titres qui donneront une première idée de ce qu'on entend par « droit constitutionnel européen », en laissant de côté, pour l'instant, les réponses possibles aux questions soulevées.

a. Légitimité, déficit démocratique et l'Europe des citoyens

Face aux défis décrits ci-dessus, mais tenant compte également des pouvoirs

vol. 1, 2000 ; Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (éd.), *Die Reform der europäischen Institutionen*, FCE vol. 3, 2002. Particulièrement instructives les contributions récentes de A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, et P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 2001/2002.

¹⁸ V. I. Pernice, « Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism », in: E. Riedel (ed.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law*, Bristol, 26 July to 1 August 1998, 1998, p. 40 ; v. égalt. I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution-Making Revisited », *CMLRev.*, 1999, p. 703. V. aussi A. v Bogdandy, *A Bird's Eye view on the Science of European Law : Structures, Debates and Development Prospects of Basic Research on the Law of the European Union in a German Perspective*, ELJ, 2000, p. 208 (226).

¹⁹ V. plus en détail I. Pernice/F. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, p. 623 ; I. Pernice, « The European Constitution, Discussion-paper », in: Herbert Quandt Foundation (ed.), *Europe's constitution – a framework for the future of the Union*, Sinclair House Debates 16 (2001), p. 21.

transférés aux institutions de l'Union Européenne, la question probablement la plus difficile est celle de la légitimité des pouvoirs des institutions de l'Union. Suffit-il de créer, par un traité dit « international », des organes qui se substituent aux parlements nationaux, de leur donner des compétences législatives et d'action politique, tout en ne les soumettant qu'au seul contrôle juridique d'une Cour de justice qui fait partie de ce même système supranational? N'y a-t-il pas un déficit démocratique, de transparence et de proximité avec les citoyens, un manque de participation directe des citoyens dans le processus décisionnel? Et si tel est le cas, quels sont les moyens d'y remédier? Comment est-il possible de concevoir un pouvoir supranational dans une Europe qui n'est pas ressentie par les citoyens comme „leur Europe”, basée sur des valeurs communes et menant des politiques reflétant les besoins des peuples réunis dans cette Union? Suffit-il à cet effet d'introduire un catalogue de droits fondamentaux ?

b. Le principe de la primauté et la compétence d'en juger

Les questions de légitimité ainsi soulevées se posent d'une manière encore plus aiguë compte tenu du fait que la Cour de justice affirme, dans une jurisprudence constante, le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national²⁰. Cette doctrine peut-elle être justifiée dans le sens absolu que la Cour lui accorde, étant donné que, selon certaines juridictions suprêmes nationales, le droit communautaire semble trouver sa base et sa validité dans des dispositions spécifiques des constitutions nationales ? Comme l'ont souligné un grand nombre d'auteurs, cette question mène directement à un problème de contentieux, à savoir qui, en dernier ressort, dispose de la compétence de juger de la primauté: la Cour de justice ou les juridictions suprêmes (constitutionnelles) des Etats Membres?²¹ La Cour constitutionnelle allemande et, suivant son exemple, la Cour suprême danoise ont tranché la question en faveur des juridictions nationales, même si l'on peut constater récemment un assouplissement au moins de la position de la Cour constitutionnelle allemande²². Convient-il de résoudre ce type de conflit par une instance encore supérieure, un Conseil constitutionnel Européen, tel que proposé par Joseph Weiler²³, ou suffit-il de compter sur le bon sens des juges pour

²⁰ C.J.C.E. 15 juil. 1964, *Costa/E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141 ; 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 609.

²¹ Sur ces questions très importantes, v. l'étude récente et approfondie de F. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, 2000.

²² V. *infra*, note 203.

éviter la « guerre des juges »²⁴?

c. Délimitation des compétences: efficacité, subsidiarité, flexibilité

La question soulevée ci-dessus serait peut-être bien moins importante si les compétences de la Communauté étaient plus clairement définies et si les Etats membres – ou leurs subdivisions régionales, comme les Länder allemands – n’avaient pas à craindre la perte progressive des compétences et pouvoirs indispensables pour justifier leur autonomie ou même leur existence. La question posée, donc, est celle de savoir s’il est possible de délimiter plus précisément ce qui relève du domaine de l’Union Européenne et quels sont les domaines d’action politique plus ou moins réservés aux Etats membres. Des traités accordant plus de sécurité juridique dans ce domaine devraient atténuer les réticences au transfert de nouvelles responsabilités et compétences à l’Union Européenne et au passage à la majorité qualifiée comme mode normal de décision au Conseil.

Faudra-t-il sinon trouver d’autres solutions que celle de la définition des compétences pour contrôler les compétences de l’Union ? Le principe de subsidiarité, destiné à « freiner » l’acquisition tacite par la Communauté de nouvelles compétences par la simple mise en œuvre de dispositions générales, comme les articles 100 et 235 de l’ancien traité CEE, a été considéré comme étant une éventuelle alternative à cette solution de la définition plus précise des compétences²⁵.

D’un autre côté, une approche purement « anti-communautaire » en matière de compétences, ne serait-elle pas aussi dangereuse pour l’intégration européenne que l’abus des compétences communautaires existantes ?

Un manque de compétences effectives de la Communauté et le refus de quelques Etats membres de lui en confier, mais aussi le principe de l’unanimité maintenu, même après Amsterdam, dans de nombreux domaines, a mené les négociateurs du traité d’Amsterdam à introduire des clauses de flexibilité permettant aux Etats membres qui désirent établir une coopération renforcée dans certains domai-

²³ J. H. H. Weiler, « The European Union Belongs to its Citizens : Three Immodest Proposals », EL, 1997, p. 150. V. aussi C. Schmid, « From Pont d’Avignon to Ponte Vecchio », *EUI Working Paper LAW* N° 98/7, qui propose une instance de conciliation telle que nous la connaissons dans le droit international public. Pour d’autres solutions v. la thèse sous la dir. de B. Simma de F.C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, p. 323 et suiv.

²⁴ Tel est l’espoir du Commissaire du gouvernement Genevois dans ses conclusions dans la célèbre affaire Cohn-Bendit, D., 1979, 155 (156) : « [...] ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ».

²⁵ Pour une étude complète de ce principe, v. C. Callies, *Das Subsidiaritätsprinzip*, 2^e éd., Baden-Baden, 1999.

nes de le faire sans être bloqués²⁶. Le traité de Nice n'a pas introduit de réformes profondes de l'instrument des coopérations renforcées. Les modifications les plus importantes sont l'introduction de l'instrument dans la PESC, l'abrogation du « droit de veto » et la fixation du nombre minimal d'États membres à huit²⁷.

Une telle flexibilité, comporte-t-elle le danger de faire éclater l'Union ou est-elle la solution adéquate pour répondre aux différents intérêts des Etats membres, c'est-à-dire de progresser plus ou moins vite dans l'intégration, une solution plus souple que celle mise en œuvre dans le cas du Protocole sur la politique sociale ou dans le cas de l'Union économique et monétaire ?

d. Cohésion, modèle social européen et stabilité du système

La cohésion économique et sociale, en tant que condition posée par la constitution portugaise pour la participation du Portugal à l'Union Européenne²⁸, semble être un principe fondamental des traités constituant la Communauté et l'Union Européenne. Il est en effet essentiel dans la perspective d'une véritable intégration des peuples européens et du développement d'un sens de solidarité et d'identité commune sans laquelle un système démocratique au niveau européen ne saurait fonctionner. Comment garantir cette cohésion économique et sociale, qui exprime une exigence de solidarité humaine et régionale, dans le contexte constitutionnel de l'Union ? Dans cette perspective, des dispositions du Traité tel que le nouvel article 16 CE peuvent jouer un rôle primordial. Notons que cette nouvelle disposition rapproche la notion des « services d'intérêt économique général » de celle de la « cohésion sociale et territoriale », tout en la situant « parmi les valeurs communes de l'Union »²⁹.

Cette notion de « valeurs communes de l'Union » est nouvelle dans le contexte

²⁶ Pour des détails supplémentaires, v. V. Constantinesco, « Les clauses de « coopération renforcée ». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », *CDE*, 1997, p. 751-767 ; F. Chaltiel, « Le traité d'Amsterdam et la coopération renforcée », *RMCUE*, 1998, p. 289-293 ; C.-D. Ehlermann, « Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation : The New Provisions of the Amsterdam Treaty », *ELJ*, 1998, p. 246-270 ; H. Kortenber, « Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam », *CMLRev.*, 1998, p. 833-854 ; S. Rodrigues, « L'intégration différenciée dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », in Ph. Manin/J.-V. Louis (éds.), *Études de droit des Communautés européennes, Vers une Europe différenciée ?*, 1996, p. 69.

²⁷ La CIG a toutefois procédé à une refonte complète des dispositions relatives aux coopérations renforcées ; les actuels articles pertinents 40 et 43 – 45 TUE et 11 CE ont été remplacés intégralement par de nouvelles dispositions générales en la matière (nouveaux articles 43 – 45), ainsi que des dispositions particulières dans les domaines concernés. Pour plus de détails, v. P. van Nuffel, *supra* note 12, p. 376 et suiv.

²⁸ Article 7, alinéa 4 de la constitution portugaise de 1976.

²⁹ Pour une analyse de l'art. 16 CE, v. les contributions dans Lyon-Caen/Champeil-Desplats, (éds.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, 2001.

communautaire, et indique l'importance attribuée par le traité aux principes relevant du rapport entre le citoyen et les objectifs de l'Union: il convient de définir d'une façon de plus en plus claire le modèle social européen en tenant compte des traditions nationales au sens de l'article 6, al. 3, TUE qui vise « l'identité nationale » des Etats membres. Définir progressivement les valeurs communes des citoyens européens, soit dans les objectifs du traité, soit dans la Charte des droits fondamentaux, n'est pas une tâche facile mais semble être une des conditions de base du fonctionnement et de la stabilité de la construction européenne.

e. L'élargissement et la réforme institutionnelle

Finally, il paraît clair que les institutions de l'Union Européenne, en leur forme actuelle, ne pourront pas fonctionner de façon satisfaisante avec vingt, vingt-cinq ou trente Etats membres. Le nombre des membres de la Commission, les modes de décision au Conseil, le nombre et la répartition des sièges au Parlement européen et même la composition de la Cour de justice et de ses chambres doivent être révisés afin de s'assurer qu'au lendemain de l'élargissement, les procédures ne deviennent pas trop lourdes et inefficaces par suite de l'augmentation considérable du nombre des Etats membres. Les questions qui se posent ainsi sont, par ailleurs, étroitement liées aux questions de légitimité et de fonctionnement démocratique de l'Union, et elles doivent être abordés en même temps que celles-ci.

La CIG de Nice n'a que partiellement trouvé des solutions à ces questions. Après de longues discussions, on a réussi à procéder à une nouvelle répartition des sièges au Parlement en restreignant à 535, à partir de 2004, le nombre des parlementaires pour les quinze Etats actuellement membres de l'Union. Quant à la Commission, le compromis final prévoit qu'elle sera composée, à partir de 2005, d'un commissaire par Etat membre et que, lorsque l'Union comptera 27 membres, sa composition sera plus restreinte. C'est donc un compromis minimal. Dorénavant, la désignation du Président, exerçant des pouvoirs renforcés notamment en ce qui concerne l'organisation interne de la Commission, incombe au Conseil Européen, statuant à la majorité qualifiée. Comme par le passé, la Commission est soumise à « un vote d'approbation » par le Parlement européen.

On s'est mis d'accord sur une nouvelle méthode de détermination de la majorité qualifiée au Conseil ayant comme conséquence une grande rigidité. A partir du 1^{er} janvier 2005, la majorité qualifiée sera atteinte lorsque deux conditions sont réunies, à savoir que la décision recueille au moins un nombre de voix déterminé (169 voix sur 237, article 3 (1) sous a) i) du Protocole sur l'Élargissement de l'Union Européenne) *et* le vote favorable de la majorité des États membres. En

outre, un membre du Conseil a la possibilité de demander qu'il soit vérifié que la majorité qualifiée représente au moins 62 % de la population totale de l'Union.

Cependant, la Conférence intergouvernementale n'a pas trouvé des solutions pour un grand nombre de questions complexes et politiquement fort difficiles. C'est à nous, citoyens européens, qu'il appartient d'imaginer, de mettre en œuvre et de soutenir les réformes nécessaires dans le futur.

2. *Quelques notions de base*

Il est impossible de discuter efficacement des conceptions et modèles de la construction européenne sans trouver un certain accord sur quelques notions de base, et de développer un courant commun dans les nombreuses interprétations de ces notions qui sont utilisées dans tous les Etats membres. La situation actuelle ne permet pas encore de satisfaire ces exigences et de trouver des réponses conformes aux attentes des citoyens dans chaque Etat membre, c'est-à-dire quinze – ou bientôt trente – traditions constitutionnelles différentes. Il convient donc d'élaborer et d'appliquer une stratégie de « discours européen » pour mieux se comprendre en discutant des conceptions de base et des modèles concernant l'avenir de l'Europe.

Une brève analyse des trois plus grands pays de l'Union – l'Allemagne, la France et le Royaume Uni – suffit pour constater qu'il existe au moins trois conceptions de philosophie politique très différentes pour déterminer l'essentiel de la vie politique : globalement, et même si cela manque un peu de subtilité, on peut dire que l'Allemagne se base sur la conception de *Staat* (Etat), la France sur celle de *nation*, et le Royaume Uni sur celle de *society* (société)³⁰.

Ayant constaté cette divergence, il devient évident que des questions comme celle de savoir si l'Union Européenne est un Etat (fédéral) ou une confédération, ou bien, comme le soutient la Cour constitutionnelle allemande, un groupement d'Etats³¹ ne sont pas comprises de la même façon d'un Etat membre à l'autre. Autre exemple: comment répondre à la question posée par l'ancien juge à la Cour constitutionnelle allemande Dieter Grimm, qui se demandait si l'Europe avait besoin d'une constitution³², avant même d'avoir trouvé un accord sur la notion même de constitution. Peut-on par ailleurs discuter efficacement des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sans avoir une idée claire de ce que

³⁰ V. pour cette distinction P. Allott, « The Crisis of European Constitutionalism : Reflections on the Revolution in Europe », *CMLRev.*, 1997, p. 439 (444 et suiv.) et les sources qu'il indique.

³¹ Arrêt du 12 oct. 1993, BVerfGE 89, 155 (184 ff.: « Staatenverbund »). Commentaires par M. Fromont, « L'Allemagne », in D.Maus/O. Passelécq (éds.), *op. cit.* p. 51 et suiv.

³² D. Grimm, « Does Europe need a Constitution ? », *ELJ*, 1995, p. 281. V. la reprise de cette question 5 ans plus tard par J.C. Piris, « Does the European Union have a Constitution ? Does it need one ? », *ELRev.*, 1999, p. 557.

l'on entend par souveraineté ?

Essayons donc de trouver quelques points communs sur lesquels fonder la réflexion.

a. Etat, nation, société : trois cultures politiques européennes ?

Dans la philosophie politique allemande, la notion d'Etat semble avoir quelque chose d'absolu, d'omnipotent, même de sacré³³. C'est avec Hegel que nous avons associé l'Etat à l'idée de raison, de réalité objective, de personne morale qu'Hegel voyait dans le monarque³⁴. L'Etat est vu comme un organisme responsable du bien-être et de la sécurité de tous³⁵, les citoyens y étant assujettis de façon inconditionnelle et inévitable³⁶. Le *Staat* est caractérisé par sa *Kompetenz-Kompetenz* (la compétence sur sa compétence), c'est-à-dire par sa capacité de se créer de nouvelles compétences³⁷.

De son côté, la notion de nation ne semble pas, du moins historiquement, être

³³ V. par ex. E.-W. Böckenförde, *Welchen Weg geht Europa ?*, 1997, p. 24 : « Zur Staatlichkeit gehört die Gesamtzuständigkeit und -verantwortung für das Gemeinwohl der zu einer politischen Einheit verbundenen Menschen » ; J. Isensee, « Staat und Verfassung », in J. Isensee/P. Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tome I (1987), § 13 no. 34. *Contra* H.P. Ipsen, *Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*, in J. Isensee/P. Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tome VII (1992), § 181 n° 55 : « ihre Allzuständigkeit und ihr Monopol über das Öffentliche ist beendet ».

³⁴ V. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7 (éd. E. Moldenhauer/K.M. Michel), p. 398 et suiv. (§§ 257) : « Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee », oder « das an und für sich Vernünftige » ; « diese substantielle Einheit ist absoluter unbewegter Selbstzweck..., objektiver Geist », (*ibid.*, § 258) ; « Die Persönlichkeit des Staates ist nur als eine *Person, der Monarch*, wirklich » (*ibid.*, § 279).

³⁵ V. par ex. J. Isensee, « Staat und Verfassung », in J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome I (1987), § 13 no. 41, 62 : « Der moderne Staat ist die institutionelle Überwindung des Bürgerkrieges », « Friedenseinheit und politische Einheit », auquel est attribué le monopole de l'emploi légitime de la force physique (« Monopol physischer Zwangsgewalt ») dans le but de souvegarder la sécurité (« Sicherheitszweck »), v. *ibid.*, n° 74 et suiv.

³⁶ V. Pour la nationalité allemande : « unentrinnbar », J. Isensee, « Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik », *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 1973, p. 59. L'importance des idées d'Hegel sur la notion de l'Etat en Allemagne est expliquée par P. Allott, *op. cit.*, p. 439 (459 et suiv.).

³⁷ Ceci est la position classique, toujours prépondérante, soutenue par la Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE 75, 223 (242) – *Kloppenburg*; 89, 155 (181, 192, 195 ff., 197) – *Maastricht*; v. également U. di Fabio, « Der neue Art. 23 des Grundgesetzes », *Der Staat*, 1993, p. 191 (201 suiv.) ; C.W. Beyer, « Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften », *Der Staat*, 1996, p. 189 (208). Pour la position opposée, v., I. Pernice, in H. Dreier (éd.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II (1998), Art. 23 note 21 ; pour une critique basée sur la notion de compétence, v. P. Lerche, « Kompetenz-Kompetenz und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts », in *Festschrift Heymanns-Verlag*, 1995, p. 409 (415 et suiv.).

liée à celle d'Etat. La nation allemande existait bien avant l'unification des multiples petites principautés, royaumes etc., tels que la Prusse ou la Bavière: le concept de « nation » était, dans l'histoire allemande, l'expression non politique d'une communauté culturelle et de langue. Elle a ensuite servi d'idée-force ou d'idéologie destinée à fonder le mouvement d'unification allemande qui s'est développé au 19^{ème} siècle³⁸. En ce qui concerne les britanniques, la notion de nation semble avoir une signification très limitée³⁹.

Le concept de nation joue par contre un rôle primordial en France, au moins depuis l'Abbé Sieyès. Selon lui, la nation est « un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par la même législature »⁴⁰. Elle est définie par la naissance. Comme le démontre la conception de la nationalité française, il suffit d'être né sur le territoire français pour appartenir à la nation française⁴¹. La notion d'Etat semble cependant jouer un rôle beaucoup plus modeste qu'en Allemagne, c'est principalement une façon d'organiser la nation⁴².

Enfin, réduisant encore plus la complexité de la philosophie politique, les britanniques semblent avoir adopté la notion de société. Celle-ci s'est organisée à des fins politiques en une structure étatique, système de « gouvernance » qui n'est qu'une des nombreuses formes et structures d'auto-organisation de la société⁴³. Ceci explique notamment les hésitations du Royaume-Uni quant à toute constitution écrite, afin de ne pas séparer un pouvoir public d'autres pouvoirs inhérents à

³⁸ V. N.I. Goes, « Mehrfache Staatsangehörigkeit in Deutschland, Verfassungsrechtliche Kriterien, internationale und europäische Determinanten », *Rechtsvergleichung*, 1997, p. 38 et suiv. ; R. Grawert, « Staatsvolk und Staatsangehörigkeit », in J. Isensee/P. Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome I, § 14 n° 10; avec évocation des nationalismes romantique, hellénique et Hegélien, v. aussi P. Allott, *op. cit.*, p. 439 (456 et suiv.).

³⁹ V. N. I. Goes, *op. cit.*, p. 119 et suiv.

⁴⁰ E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* (1789), éd. R. Zapperi 1970, p. 126, 204 et suiv.; v. également les explications données par P. Allott, *op. cit.*, p. 452 et suiv.

⁴¹ Il n'est pas surprenant qu'on attribue à l'individu allemand une *Staatsangehörigkeit* et à l'individu français une *nationalité*. V. dans ce contexte R. Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, 1997, et P. Weil, « L'histoire de la nationalité française: une leçon pour l'Europe », in P. Weil/ R. Hansen (éds.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, 1999, p. 55 et suiv.

⁴² L'histoire et le contenu des notions de *Staat* et d'*Etat* sont trop compliqués pour que je les traite à fond dans le contexte présent. Il en va de même pour les échanges sur les notions respectives entre l'Allemagne et la France ; v. dans ce contexte les contributions par O. Beaud, *La théorie générale de l'Etat en France, Quelques notions sur un dialogue contrarié*, p. 83, et C. Schönberger, « Der « Staat » der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich », p. 111, in O. Beaud/ E.V. Heyen (éds.), *Une science juridique franco-allemande ?*, 1999. Pour une analyse récente, v. aussi C. Möllers, *Staat als Argument*, 2000.

⁴³ V. P. Allott, *op. cit.*, p. 447 et suiv.

la société. La même raison explique l'absence d'une distinction traditionnelle entre droit public et droit civil⁴⁴.

Il en ressort qu'au Royaume-Uni et en France – sans parler d'autres Etats membres – la notion d'Etat joue un rôle bien plus modeste qu'en Allemagne et qu'il convient de considérer ces différences de conception lorsque l'on discute de l'Etat, de la nation et de la société en Europe. Mais ce qui est le plus important, c'est l'apport que pourraient représenter ces différentes conceptions dans le cadre de la construction européenne. Elles pourraient contribuer à la compréhension, voire à l'identification, d'une philosophie politique européenne, base de la constitution de l'Europe.

b. La constitution : de la conception étatiste au contractualisme ?

Il va de soi que la notion de constitution ne peut pas, elle non plus, être définie au niveau européen sans égard aux cultures politiques et constitutionnelles des différents Etats membres. Il semble toutefois que, comme l'a démontré Jörg Gerkrath, la tradition du constitutionnalisme occidental constitue une base commune suffisamment homogène de la pensée constitutionnelle. Cette base commune du constitutionnalisme repose tout d'abord sur le caractère limitatif d'une constitution quant au pouvoir et sur son caractère constitutif des pouvoirs⁴⁵.

Ces deux aspects résument parfaitement la discussion doctrinale allemande divisée en deux écoles: l'une que j'appellerais plus étatiste, l'autre que l'on pourrait nommer contractuelle.

Pour la première, l'Etat existe en soi, comme donnée historique ou sociologique, et la constitution en est soit – comme l'avait proposé Carl Schmitt – la décision fondamentale prise une fois pour toutes sur sa structure de base⁴⁶, soit tout simplement – comme l'exprimerait la majorité des auteurs de nos jours – son ordre juridique de base mettant en place l'organisation du pouvoir et définissant ses limites par rapport aux citoyens. Il faut remarquer que dans ce second cas l'ordre juridique de base mis en place est largement susceptible de modifications par le pouvoir constitué⁴⁷. Mais ce qui caractérise l'école « étatiste », c'est l'assomption

⁴⁴ *Ibid.*, p. 449 et suiv.

⁴⁵ J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, 1997, p. 33 et suiv.

⁴⁶ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, p. 20 et suiv., qui en distingue la loi constitutionnelle qui est susceptible de révision par le législateur. Pour l'application des théories de Carl Schmitt et Rudolf Smend à l'Union européenne, v. I. Pernice, « Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration », *AöR*, 1995, p. 100 et suiv.

⁴⁷ V. dans ce sens : K. Stern, *Staatsrecht I*, 2^e éd. 1984, p. 83 et suiv.; D. Grimm, *Vertrag oder Verfassung, Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1995, p. 509 ; J. Isensee, *Staat und Verfassung*, in J. Isensee/P. Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tome I (1987), § 13 n° 140.

que l'Etat préexiste et que la constitution lui est octroyée ensuite. L'expérience historique allemande en ferait preuve: Après la seconde guerre mondiale, l'Etat allemand continuait d'exister, mais il fallait lui donner une (nouvelle) constitution⁴⁸. La notion d'Etat et celle de constitution sont étroitement liées l'une à l'autre, la dernière étant conditionnée par la première. Suivant cette conception, il ne peut y avoir de constitution sans qu'il y ait d'Etat auquel elle s'applique et sans peuple qui forme le pouvoir constituant⁴⁹. La faiblesse principale de cette position est la valeur explicative qu'elle accorde à des exemples historiques précis comme celui de l'Allemagne où, effectivement, l'Etat a précédé à la constitution, sans pourtant pouvoir expliquer pourquoi cet ordre serait immuable.

La thèse contraire, dite « contractuelle » est fondée sur l'argument qu'il ne peut pas y avoir « plus d'Etat » ou, en d'autres termes, plus de pouvoir public légitime que n'en établit ou constitue la constitution. Cette conception, défendue notamment par Peter Häberle, nie l'existence de tout pouvoir, de toute autorité publique légitime qui n'aurait pas été constituée, autrement dit créée et investie de pouvoirs, par la constitution⁵⁰. La constitution est ainsi l'expression du « contrat social » entre les personnes qui simultanément :

- se constituent en tant que communauté au sens classique et organisent un nouveau pouvoir public, créent les organes auxquels ce pouvoir et les compétences respectives sont confiés, en déterminent la composition et en fixent les procédures de décision ;
- se définissent elles-mêmes comme membres de cette communauté ou, le cas échéant, comme les citoyens de l'Etat ainsi constitué et organisé et, ce faisant, se définissent, elles-mêmes, comme pouvoir constituant de cet Etat ;
- fixent leur « statut » dans cette communauté, c'est à dire leurs droits et obligations vis-à-vis du pouvoir public et des organes qui l'exercent, leurs droits fondamentaux y compris leurs droits de participation active dans le processus politique.

⁴⁸ Exemple donné par J. Isensee, *Staat und Verfassung*, in J. Isensee/P. Kirchhof (éd.), *Handbuch des Staatsrechts*, tome I (1987), § 13 n° 7 et 119.

⁴⁹ J. Isensee, *ibid.*, n° 1 ; plus prudente la définition de K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., 1995, p. 10 et suiv., qui parle plus généralement de l'ordre juridique fondamental de la communauté (*Gemeinwesen*). Crit. J. Schwarze, « Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischen und nationalem Verfassungsrecht », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999, 1677 (1682) : « etatistische Verengung des Verfassungsbegriffs ».

⁵⁰ P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2^e éd. 1998, p. 620 ; plus récemment P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, p. 15 et suiv. ; cette conception a été exprimée par A. Arndt, « Umwelt und Recht », *NJW*, 1963, p. 24, 25 : « In einer Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt ».

Cette conception a sans aucun doute des liens avec la philosophie politique classique de Jean-Jacques Rousseau et celle de John Locke. Elle rappelle, en effet, la formule célèbre d'un « plébiscite de tous les jours » telle que proposée par Ernest Renan par rapport à la nation (sic !) en 1882⁵¹. Elle peut également prétendre s'intégrer dans la perspective des idées plus récentes de John Rawls avec sa théorie sur la justice⁵² et être compatible avec les définitions des fonctions essentielles d'une constitution telles que développées par exemple par Dieter Grimm : « détermination de la légitimité de l'existence et des conditions de l'exercice du pouvoir politique, institution et organisation de ce pouvoir, et délimitation entre le pouvoir politique légitime et les libertés individuelles et l'autonomie de la société »⁵³. Ce qui s'y ajoute, cependant, c'est précisément la fonction créatrice ou « constitutive » de la constitution⁵⁴ : sans elle, il n'y a ni pouvoir politique (légitime), ni pouvoir constituant, ni peuple, ni même nation au sens politique. L'Etat est, suivant la définition proposée par Emmanuel Kant, l'association d'un ensemble d'êtres humains sous des règles de droit⁵⁵. Cependant, « le peuple » se définit par la loi (constitutionnelle) qui non seulement crée des institutions communes et les investit de pouvoirs, mais aussi institue la citoyenneté de ceux qui sont à la source de la communauté ainsi créée, à savoir des « associés »⁵⁶. Ainsi, semble-t-il, la nation française n'était et n'est pas une donnée naturelle ou sociologique, mais la suite de la révolution, de l'acte commun de libération des individus contre la domination de l'absolutisme, des gens qui, par la constitution, se sont déclarés, eux-mêmes, maîtres de leur propre destin⁵⁷.

La constitution est, dès lors, l'expression du contrat social par lequel un groupe de gens sur un territoire déterminé convient de se donner le statut de citoyens d'un nouvel ordre politique, de former le peuple qui, par son pouvoir constituant, se

⁵¹ V. E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882, 1882, p. 26 et suiv.

⁵² J. Rawls, *A Theory of Justice*, éd. rev., 1999.

⁵³ D. Grimm, *Vertrag oder Verfassung, Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1995, p. 509 (512 et suiv.).

⁵⁴ Pour plus de détails sur la discussion de cette notion de constitution, v. I. Pernice, « Europäisches Verfassungsrecht im Werden », in H. Bauer/P.-M. Huber (éds.), *Ius Publicum im Umbruch, XI. Deutsch-Polnisches Verwaltungsrechtskolloquium*, 2000.

⁵⁵ I. Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, 2. Teil. Das öffentliche Recht*, § 45 : « Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen ».

⁵⁶ Ainsi H. Steiger, « Der Vertrag von Amsterdam : Auf dem Weg zu einer europäischen Republik ? », in G. Weick (éd.) : *Competition or Convergence. The Future of European Legal Culture*, 1999, p. 31 (40), qui fait dépendre la constitution d'organes représentatifs communs aux peuples des Etats parties aux traités, de l'existence d'un peuple européen.

⁵⁷ Ainsi l'interprétation donnée par H. Hofmann, « Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung », *JZ*, 1999, p. 1065 (1070, 1069).

crée des institutions et des procédures, des droits et obligations propres pour accomplir certaines tâches ou fonctions dans l'intérêt de tous. Pas plus de pouvoir public que la constitution n'en constitue : dans un système démocratique peut-il y avoir une définition plus adéquate du rôle de la constitution⁵⁸? Elle a non seulement l'avantage de ne pas dépendre, essentiellement, de l'existence d'un Etat, ce qui permet d'exclure l'existence d'une autorité publique légitime en dehors d'une constitution. Elle permet aussi de concevoir la constitution comme l'expression – continuellement renouvelée dans l'application, l'évolution, voire la révision de la constitution – d'un accord des citoyens ou, plus généralement, des individus « associés » à d'autres formes et structures d'organisation politique, soit au-dessous, soit au-dessus du niveau étatique. C'est leur consentement continu, s'exprimant dans le discours politique et juridique quotidien, qui est la source de la légitimité de la constitution ; celle-ci trouve sa forme dans des conventions ou dans un texte déterminé, mais reste exposée aux modifications expresses ou mutations implicites que lui apportent son application, interprétation ou amendement⁵⁹.

Il est donc proposé de caractériser la constitution comme l'expression solennelle et normative d'un consensus dans la société sur l'établissement d'organes, représentés par des personnes sélectionnées conformément à des procédures déterminées et auxquelles certains pouvoirs sont confiés. Ces pouvoirs sont exercés en vertu de normes et procédures précises, en fonction des objectifs fixés et dans le respect des dispositions qui définissent le statut des particuliers concernés, c'est à dire des citoyens de la communauté ainsi créée, vis-à-vis des organes constitués et, notamment, leurs droits fondamentaux. Cette définition semble en outre refléter les conditions qu'énonce l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, non seulement concernant les droits des particuliers à sauvegarder et la division des pouvoirs, mais qui évoque surtout la « société » qui a – ou

⁵⁸ Pour une analyse plus approfondie, v. I. Pernice/ F. Mayer/ S. Wernicke, « Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism », in Andenas/Gardener (éds.), « Can Europe Have a Constitution ? » Kings College London, February 2000, *Kings Coll. LJ*, 2001, p. 61.

⁵⁹ La critique apportée par A. Peters, *op. cit.* note 17, p. 499, 529 et suiv., ignore le caractère procédural de la constitution, dans le sens que le consentement n'est pas limité à l'acte créatif, mais – dans un processus de *trial and error* – est soumis à une critique permanente de sa performance et à une approbation implicite ou explicite répétée. Un modèle discursif ou communicatif de la légitimité constitutionnelle, suivant les termes développés par J. Habermas, semble mieux décrire le « processus contractuel » autoreflexif de la société qui fonde la légitimité que la distinction entre une légitimité existante et ex post (input et output) appliquée par A. Peters (*ibid.*, p. 517 et suiv., 521-625) sur base des développements de F. Scharpf. Pour une approche communicative de légitimation, v. I. Pernice, « Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund », *EurR.*, 1996, p. 27, 38 et suiv. : « Richterrecht als kommunikativer Prozeß » ; récemment S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo ? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come « potere costituente »*, 2002, p. 201 et suiv. : « Al di là di olismo e individualismo: Il paradigma comunicativo ».

n'a pas – de constitution, plutôt que de se référer à la nation ou à l'Etat.

c. La souveraineté : unité, divisibilité, utilité ?

Ceci nous mène à la troisième notion, celle de la souveraineté. Comment définir la souveraineté? Quelles sont la fonction et la portée juridique de cette notion? La souveraineté nationale est-elle « une et indivisible » ? De longue date, certains auteurs allemands ont cherché à éliminer complètement cette notion du vocabulaire juridique⁶⁰. Il semble bien qu'en dehors de sa fonction en droit international public⁶¹, elle soit effectivement devenue de plus en plus marginale, du moins en droit allemand. Cela s'explique certainement par les restrictions de souveraineté qui ont subsisté jusqu'à la réunification de 1989/1990⁶². Le juriste allemand qui se tourne vers la France trouve une signification de la souveraineté bien différente. Le texte même de la constitution française de 1958 en fait mention à plusieurs reprises⁶³, et notamment dans l'article 3 où il est fait référence à la tradition déjà établie par la Déclaration de 1789, à savoir que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation », tout en y intégrant la conception de souveraineté du peuple : « la souveraineté nationale appartient au peuple ». Il n'échappe pas à l'observateur étranger que, depuis 1789, la conception française de la souveraineté a subi certaines modifications⁶⁴. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour sa part, semble exprimer une nouvelle modification de la notion de souveraineté, due à la participation de la France à l'intégration européenne.

Toutefois, le Conseil constitutionnel semble être plus prudent qu'autrefois dans sa jurisprudence récente sur l'Union Européenne. Il ne parle plus de délégation de souveraineté⁶⁵, mais de « transferts de compétences consentis par les Etats mem-

⁶⁰ H. Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889, p. 92 et 135. V. S. Oeter, « Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union », *ZaöRV*, 1995, p. 659 (704).

⁶¹ V. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 1984, § 35 suiv.

⁶² V. sur le statut non souverain de l'Allemagne entre 1949 et 1990, R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1^e éd., 1985, pp. 30-97.

⁶³ V. le préambule et les articles 3, 4.

⁶⁴ V. R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, 1920, p. 73 suiv. ; G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, 1985, pp. 19 et suiv., 53 et suiv.

⁶⁵ V. les décisions suivantes du Conseil constitutionnel : n° 76-71 DC du 29-30 déc. 1976, *Suffrage universel*, *Rec.*, p. 15 ; n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole N° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, *Rec.*, p. 15 ; n° 94-294 DC du 25 juillet 1991, *Schengen*, *Rec.*, p. 91 ; pour le changement, v. les références dans la thèse minutieuse de J. Gundel, *Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung*, 1997, p. 131 et suiv. ; v. aussi J.-C. Masclet, in D.Maus/O. Passelecq (éds.), *op. cit.*, p. 48 ; F. Chaltiel, « Droit constitu-

bres »⁶⁶ auxquels le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle. La Constitution française, quant à elle, se borne à qualifier dans ses articles 88-1 à 88-4 les attributions de pouvoirs aux institutions communautaires par les Etats membres comme un exercice commun de leurs compétences (article 88-1) ou un transfert commun de compétences (article 88-2). Dans sa décision du 31 décembre 1997, le Conseil constitutionnel réaffirme que l'engagement européen de la France ne doit pas mettre « en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁶⁷, sans pourtant fournir une définition exacte de ces conditions. Je reviendrai sur cette conception d'une souveraineté souple⁶⁸.

D'autres développements semblent indiquer que la notion de souveraineté perd de plus en plus son caractère absolu, au moins dans le contexte international : il me paraît remarquable que le Président de la République française, Jacques Chirac, dans un discours prononcé le 3 novembre 1998 devant l'Union mondiale pour la nature, se réfère à « une conception dépassée de [la] souveraineté [des Etats] » qui ferait obstacle à la mise en œuvre des conventions de Rio de 1992 et qu'il fasse appel à « des mécanismes régulateurs universels, des dispositions impartiales et efficaces de mise en œuvre et de contrôle des engagements pris »⁶⁹. Ces propos doivent sans doute être interprétés dans leur contexte particulier, mais une telle perception de la souveraineté, aurait-elle pu être proposée par le Président de la République de Gaulle ?

N'est-ce pas le début d'une ouverture vers la conception d'un exercice de souveraineté divisée ou partagée entre plusieurs niveaux d'action politique ? C'est, en effet, la voie suggérée par J.-C. Masclet qui, d'abord, met en question la notion de « transfert de compétence » pour attirer ensuite l'attention sur le fait que certaines compétences accordées à la Communauté ou à l'Union (comme celle de réaliser le marché intérieur) n'ont pas de correspondance au niveau national, en soulignant que « la communauté ne nous est pas étrangère, elle n'est pas « autre » par rapport aux Etats. Elle est une partie des Etats eux-mêmes, de même que les Etats sont présents dans les institutions de l'Union Européenne ». Il continue, à juste titre, en disant « que, dans notre analyse constitutionnelle, nous avons, faute de tradition dans ce domaine, complètement négligé les analyses alternatives qui peuvent être

tionnel et droit communautaire », *RTDE*, 1999, p. 395 et suiv. ; J. Boulouis, « Le juge constitutionnel français et l'Union Européenne (1991-1993) », *CDE*, 1994, p. 505 et suiv.

⁶⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, *Rec.*, p. 55.

⁶⁷ V. Conseil constitutionnel, décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Amsterdam*, *Rec.*, p. 344. Pour une tentative d'éclairer ces notions, v. les commentaires de J. Roux, in D.Maus/O. Pas-selecq (éds.), *op. cit.*, p. 116 et suiv.

⁶⁸ V. *infra*, § 3, point 3.c.

⁶⁹ <http://www.elysee.fr>.

faites, comme celles qui s'appuient sur la notion de souveraineté partagée, sur l'exercice en commun de la souveraineté »⁷⁰.

Si le côté allemand comprend mal l'importance fondamentale que le Français accorde à la notion de la souveraineté nationale, une remarque de M. Fromont dans sa critique bien justifiée de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande ouvre néanmoins une voie d'interprétation très pertinente : les problèmes que les allemands considèrent comme relevant du domaine démocratique, par suite des pertes de compétences des parlements nationaux, seraient ressentis en France comme étant un problème relevant de la souveraineté. Ce qui constitue pour les uns une « atteinte au principe démocratique » est pour les autres plutôt une « atteinte à la souveraineté nationale »⁷¹. En effet, si en France la souveraineté nationale désigne une « exigence démocratique » au lieu de « l'omnipotence de l'Etat » comme en Allemagne⁷², il est compréhensible que la notion n'ait plus de raison d'être dans le discours constitutionnel allemand, tout en jouant un rôle fondamental dans le débat français.

L'on découvre qu'en fin du compte, c'est le même problème de contrôle du pouvoir public communautaire qui se dévoile sous des débats à première vue bien différents.

3. Constitution européenne et droit constitutionnel européen

Aujourd'hui, parler d'une constitution européenne ne semble plus être aussi révolutionnaire qu'il y a quelques années. C'est le Ministre allemand des affaires étrangères Joschka Fischer qui a proposé l'élaboration et l'adoption d'une constitution de l'Union Européenne⁷³. Le premier pas sur ce chemin difficile⁷⁴ a été la

⁷⁰ J.C. Masclat, in D.Maus/O. Passelecq (éds.), *op. cit.*, p. 48 et suiv. ; sur l'application de la notion d'une souveraineté partagée, discutée déjà lors des débats sur le fédéralisme allemand à la fin du 19^{ème} siècle et utilisée, sans problème, en Suisse, v. I. Pernice, « Verfassungsentwurf für eine europäische Union », *EurR.*, 1984, p. 126, 138 ; I. Pernice, « Deutschland in der Europäischen Union », in Isensee/Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VIII (1995), § 191 note 44 (p. 259 et suiv.). Pour la Suisse, v. M. Freiermuth/R. Mosters, *EU-Recht und Nationale Verfassungen*, FIDE-Kongress 2002, Länderbericht Schweiz, p. 9 (www.FIDE2002.org), et déjà T. Fleiner-Gerster, *Allgemeine Staatslehre*, 1980, p. 190.

⁷¹ M. Fromont, *op. cit.* note 31, p. 55.

⁷² *Ibid.*

⁷³ V. à ce propos le discours du 12 janv. 1999 devant le Parlement européen à Strasbourg, <http://www.auswaertiges-amt.de/6_archiv/index.htm> et, ensuite, le discours à l'Université Humboldt du 12 mai 2000, *ibid.* (version française). Depuis, de nombreux hommes politiques ont utilisé cette notion ; v. avec références I. Pernice, *op. cit.* note 19, p. 18 et suiv.

⁷⁴ Il suffit de rappeler le rapport *Spinelli* de 1984, à la suite duquel le Parlement européen n'a plus ouvertement proposé une constitution mais une consolidation des traités ; v. les rapports préparés sur

mise en place de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée les 11 et 12 septembre 2000⁷⁵. La déclaration de Laeken et l'instauration de la Convention sur l'avenir de l'Europe peuvent être considérées comme le deuxième pas sur ce chemin, même si le résultat n'est pas encore connu.

L'objectif de ce cours n'est pas d'envisager la constitution européenne sous cet aspect. Il n'est pas nécessaire de réinventer la roue, il s'agit de mieux la faire rouler. En fait, l'Union dispose déjà d'une constitution « post nationaliste »⁷⁶, dans un sens plus large bien entendu. Il nous faut tout d'abord comprendre sa structure et ses dispositions, et ensuite fusionner ses bases contractuelles dans un seul traité et les simplifier, plutôt que d'essayer de remplacer « l'acquis constitutionnel » par une constitution au sens classique d'une constitution d'Etat, mettant ainsi en cause la spécificité de la construction européenne.

Depuis 1991, Peter Häberle a développé la conception d'un droit constitutionnel européen au sens d'un « *ius commune europaeum* »⁷⁷. Malgré l'importance du rapprochement – « spontané », mais aussi soutenu par le développement du droit communautaire et, notamment, de la jurisprudence de la Cour de justice – des différentes conceptions de droit constitutionnel à travers de l'Europe, cela ne fera pas non plus l'objet de ce cours.

Ce que je propose d'examiner, par contre, c'est la question de savoir en quoi nous pouvons dire que l'Union Européenne dispose déjà aujourd'hui d'une constitution et quels sont les structures et le contenu essentiels du droit constitutionnel européen correspondant.

Malgré l'évolution de la notion de constitution européenne, le titre même de ce cours – Fondements du droit constitutionnel européen – reste une provocation pour tous ceux qui conçoivent l'Union Européenne comme une organisation principa-

demande du Parlement européen par R. Bieber, European Parliament Working Document Political Series W-16 and W-17, et par C. Ehlermann/A. von Bogdandy, *A Unified and Simplified Model of the European Communities Treaties and the Treaty on European Union in Just One Treaty*, Report for the European Parliament, Robert Schuman Centre, European University Institute (1996), <<http://www.iue.it/RSC/TREATY/Welco-fr.html>>. ; v. aussi J.-P. Jacqué, « La simplification et la consolidation des traités », *RTDE*, 1997, p. 903 et suiv.

⁷⁵ V. les Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999, n° 44 et annexe IV, <<http://www.europarl.eu.int/dg7/summits/de/koll.htm>>, où on a posé le principe et tracé les grandes lignes; pour une analyse d'un des membres de la Convention, v. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2001, p. 19 et suiv.; v. aussi A. Pecheul, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Rev.fr.dr.adm.*, 2001, p. 688 et suiv.

⁷⁶ Cette conception est développée par I. Pernice, *op. cit.*, note 16, p. 155 et suiv.

⁷⁷ P. Häberle, « Gemeineuropäisches Verfassungsrecht », *EuGRZ*, 1991, p. 261, P. Häberle *in*, R. Bieber/P. Widmer (éds.), *L'Espace Constitutionnel Européen*, 1995, p. 361 et suiv.; P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 2001/2002. V. aussi A. Peters, *op. cit.*, note 17, p. 38; dans le même sens v. M. Heintzen, « Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union », *EuR* 1997, p. 1.

lement internationale, régie par le droit international. Au niveau des juridictions suprêmes des Etats membres, c'est surtout la Cour constitutionnelle allemande qui a confirmé cette position⁷⁸. La Cour suprême du Danemark s'y est rattachée⁷⁹ et la Cour constitutionnelle italienne s'était déjà exprimée dans ce sens⁸⁰. Cette doctrine internationaliste ne tient pas compte, cependant, de la spécificité de la construction européenne qui, mis à part l'acte formel de sa création, n'a que peu en commun avec une organisation internationale classique. Cette Union Européenne se rapproche bien plus d'une organisation de type étatique⁸¹. Si l'on dit que ce sont des Etats qui sont devenus les membres formels de l'Union pour en conclure à son caractère international, le fait demeure que, dans un Etat *démocratique*, le caractère abstrait de la personnalité étatique ne saurait pas cacher que ce sont finalement les *peuples* – ou les *citoyens* – des Etats membres qui en sont la source et qui ont chargé leurs institutions constitutionnelles d'agir pour eux. Isolément ou dans leur ensemble, ils restent porteurs de la souveraineté qui est exercée, désormais avec un effet direct vis-à-vis d'eux-mêmes, à deux ou plusieurs niveaux, en fonction des attributions respectives de compétences aux Etats et, par les traités successifs constituant les Communautés et l'Union Européenne, à celle-ci⁸². La Communauté seule – aucune autre organisation internationale – est compétente pour légiférer et pour agir avec

⁷⁸ BVerfGE 89, 155 (188, 190). Pour une comparaison des positions de juridictions suprêmes des autres Etats-membres avec la position du BVerfG allemand dans l'arrêt Maastricht, v. la thèse sous la dir. de B. Simma de F.C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, p. 67 et suiv.

⁷⁹ Cour suprême du Danemark, 6 avr. 1998, *Maastricht*, att. 9.6., *UfR* 1998, p. 800 ; pour des commentaires v. K. Høegh, « The Danish Maastricht Judgment », *ELR*, 1999, p. 80. V. également R. Hofmann, « Der Oberste Gerichtshof Dänemarks und die europäische Integration », *EuGRZ*, 1999, p. 1 ; O. Due, « The Danish Constitution and Two-level Constitutionalism », in U. Battis/P. Kunig/I. Pernice/A. Randelzhofer (éds.), *Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung – zum 50-jährigen Bestehen des Grundgesetzes*, 2000. Sur l'importance de la décision de la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire Maastricht sur les orientations de la Cour suprême du Danemark, v. H. Rasmussen, « Denmark's Maastricht Ratification Case : The Constitutional Dimension », in A. Jyränki (éd.), *National Constitution in the Era of Integration*, 1999, p. 87 (108 et suiv., 111).

⁸⁰ V. la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne et sa Décision no. 232/89 du 13 avr. 1989, *Spa Fragn c. Ministro delle Finanze, For.it.*, I, 1990, p. 1855 ; M. Cartabia, The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian legal system and the European Union, in A.M. Slaughter/A. Stone Sweet/J.H.H. Weiler (éd.), *The European Court and National Courts*, 1998, p. 133 suiv. ; v. dans ce contexte M. Luciani, « L'Italie », in D.Maus/O. Passelécq (éd.), *op. cit.*, p. 58, parlant d'un dualisme comme en Allemagne, s'opposant à la conception défendue par « une minorité de spécialistes italiens ».

⁸¹ V. sur cette différence C.J.C.E., avis du 14 déc. 1991, n° 1/91, *Espace Economique Européen, Rec.*, 1991, p. I-6079 (6102) ; v. aussi P. Manin, *Les Communautés européennes. L'Union Européenne*, 4^{ème} ed., 1998, p. 64. Pour une analyse très récente des éléments qui distinguent l'Union Européenne d'une organisation internationale, v. J.-C. Piris, *L'Union Européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ?*, *RTDE*, 1999, p. 599 (602 et suiv.).

⁸² V. ci-dessous, § 2.2.

un effet direct ; ce n'est dès lors qu'au niveau européen que se pose la question d'une protection des droits fondamentaux vis-à-vis l'autorité créée. La doctrine internationaliste reste encadrée dans une conception étatiste des siècles passés, basée sur la souveraineté nationale comme clef pour le maintien de la paix. Or, l'originalité de la construction européenne réside dans la négation de l'absolutisme de l'Etat souverain et dans l'établissement d'un ordre juridique supranational dans lequel les Etats comme les particuliers trouvent leur place, tous soumis à la règle de droit qui se substitue aux rapports de force⁸³.

La Cour de justice des Communautés européennes a développé, dans une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Van Gend & Loos*⁸⁴, la doctrine supranationaliste bien connue en vertu de laquelle les traités ont créé un nouvel ordre juridique, distinct de celui des Etats membres ainsi que du droit international, qui crée des droits et obligations pour les particuliers et s'intègre dans les ordres juridiques nationaux. C'est sur la base de cette jurisprudence qu'ont été développés les principes de l'intégration et de la primauté du droit communautaire⁸⁵. Par la suite, comme l'a fait d'ailleurs la Cour constitutionnelle allemande dans son ancienne jurisprudence⁸⁶, la Cour de justice des Communautés européennes a qualifié les traités de « charte constitutionnelle d'une communauté de droit »⁸⁷ afin de caractériser encore plus clairement la spécificité de ce nouvel ordre juridique.

Il paraît difficile de résoudre le conflit entre la norme européenne et la norme nationale dans un cas précis à partir des théories dualistes concernant le droit national et le droit international ou supranational⁸⁸. Il ne semble possible de faire jouer la règle de conflit qui accorde la primauté au droit communautaire⁸⁹ que si

⁸³ V. à l'égard de cette nouvelle conception, développée par Walter Hallstein, de la « communauté de droit », I. Pernice, *Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, www.whi-berlin.de/pernice-rechtsgemeinschaft.htm (WHI Paper 9/01).

⁸⁴ C.J.C.E. 5 févr. 1963, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3.

⁸⁵ V. par exemple P. Manin, *op. cit.*, §§ 640 à 672 ; G. Isaac, *Droit communautaire général*, 5. éd. 1996, p. 177 à 181.

⁸⁶ V. BVerfGE 22, 293 (296).

⁸⁷ C.J.C.E. 23 avr. 1986, *Parti écologiste « Les Verts »*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1365 : « charte constitutionnelle de base », jusqu'à l'avis 1/91 du 14 déc. 1991, *Espace économique européen*, *Rec.*, p. 6102. V. aussi P. Manin, *op. cit.*, § 84.

⁸⁸ V. les développements de A. Peters, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 248-295.

⁸⁹ Pour un « nouveau monisme », v. I. Pernice, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German "Constitution and Multilevel Constitutionalism"*, in E. Riedel (éd.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998*, 1998, p. 40 (43 et suiv.) et plus récemment I. Pernice, « *Europäisches und nationales Verfassungsrecht* », *Veröffentlichungen deutscher Staatsrechtslehrer*, 2001, p. 148 (155 et suiv.) ; F. Chaltiel, *op. cit.*, *supra*, note 65, p. 402 voit une « osmose progressive des deux ordres juridiques » ; v. également T. Öhlinger, « *Unity of the Legal System or Legal Pluralism : The Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe* », in A.

l'on conçoit les deux niveaux de normes comme faisant partie d'un seul système normatif. Il n'est, en effet, pas concevable d'exiger l'application uniforme du droit communautaire, d'une part, et de réserver aux juridictions et à l'ordre juridique national le droit de décider de l'application – ou non – d'une norme communautaire⁹⁰, d'autre part. L'unité de la norme européenne et la garantie formelle de l'égalité, inhérente à la loi, seraient mises en cause. Leur respect par chaque Etat membre est la base du contrat social européen et du respect de la norme communautaire comme légitime par les particuliers⁹¹.

L'effet direct et la primauté du droit communautaire ont des répercussions importantes sur les ordres juridiques nationaux. La constitution nationale ne peut être comprise dans sa totalité sans tenir compte du droit communautaire, pas plus que le droit primaire de l'Union Européenne ne peut fonctionner ou s'expliquer sans égard aux constitutions nationales. Les deux ordres constitutionnels sont complémentaires ; l'un dépend de l'autre⁹². Ils ne sont que deux aspects d'un seul système juridique qui est destiné à produire une seule solution dans chaque cas particulier. Dès lors, je propose de concevoir les constitutions nationales et le droit primaire de l'Union Européenne comme deux éléments dans un système constitutionnel unique, composé ou intégré (*Verfassungsverbund*) ou, plus simplement, de considérer cet ensemble de normes constitutionnelles à deux niveaux comme une constitution composée : la « Constitution européenne »⁹³. Cette « constitution » n'est pas un

Jyränki (éd.), *op. cit.*, p. 163 et suiv., qui doute pourtant du réalisme d'une pyramide de normes unique, comprenant le droit européen et les ordres juridiques nationaux : «to integrate all the legal systems of the individual Member States and European law into a single huge pyramid representing a unitary European legal system would amount to a complete suppression of the claims of the individual states to have established independent normative conditions for an integrated Europe » ; il exclut, en même temps, la solution dualiste d'un « legal pluralism » et reste sans solution du problème (*ibid.*, p. 172 et suiv.).

⁹⁰ Pour les fondements de l'approche proposée, v. *infra*, § 3.

⁹¹ L'argument sera développé plus en détail *infra*, § 3.2.c.

⁹² V. aussi M. Fromont, « Konflikt und Gleichlauf zwischen den Verfassungen der Mitgliedstaaten und der Verfassung der EG/EU ? », in P.-C. Müller-Graf/E. Riedel, *Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, 1998, p. 149 et suiv. ; J.-C. Piris, *supra*, note 61, p. 609 et suiv., souligne que « l'UE est, et demeurera sans doute en premier lieu, presque entièrement dépendante de ses Etats membres et de leurs instances législatives, exécutives, administratives et judiciaires, pour inspirer les règles qu'elle adopte et, en second lieu, pour appliquer des règles et veiller à leur application ».

⁹³ V. pour le fondement de l'approche « *Verfassungsverbund* », I. Pernice, « Bestandssicherung der Verfassungen : Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung », in R. Bieber/P. Widmer (éds.), *L'espace constitutionnel européen*, 1995, p. 225 (262 et suiv.). Le terme a été introduit dans I. Pernice, *op. cit.* note 66, p. 44, 47 et étendu dans I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited ? », *CMLRev.*, 1999, p. 703 (707 et suiv.), et I. Pernice, « Die europäische Verfassung », *Mélanges Steinberger*, 2002, p. 1319 et suiv. ; v. aussi P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, p. 16 ; D. H. Scheuing, « Deutsches Verfassungsrecht und Europäische Integrati-

ordre statique immuable, mais elle est en développement permanent. Non seulement par les révisions successives de traités, mais également par les transferts de compétence qui s'opèrent, jours après jours, par suite de l'application des dispositions des traités. Il s'agit plus d'un « processus constitutionnel » que d'une constitution, d'un dynamisme constitutionnel conduisant vers une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, comme c'est d'ailleurs expressément prévu dans le préambule du traité sur l'Union Européenne.

4. Conclusions

L'objectif du cours est, non seulement d'expliquer la doctrine traditionnelle en ce qui concerne l'ordre constitutionnel européen, mais aussi de fournir les éléments d'une explication basée sur une approche « constitutionnaliste » permettant de mieux comprendre ce qu'est, juridiquement, le processus de l'intégration européenne et d'en tirer quelques conclusions en vue des révisions des traités à venir.

A cet effet, il conviendra d'expliquer tout d'abord, d'une façon plus détaillée, la conception de ce système constitutionnel composé au sens du *multilevel constitutionalism* (*infra*, § 2), pour examiner ensuite plus profondément les clauses d'intégration ou d'ouverture des constitutions nationales qui constituent, en quelque sorte, le « relais » entre les deux niveaux de droit constitutionnel européen (*infra*, § 3). En conclusion, il s'agira d'analyser les propositions faites suite au sommet de Nice et à la Déclaration de Laeken pour la Convention constitutionnelle y créée en vue de la Conférence Intergouvernementale de 2004 (*infra*, § 4).

on », *Europarecht-Beiheft*, 1997, p. 7 (54) ; M. Heintzen, « Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union », *EurR.*, 1997, p. 1 (15 et suiv.) ; R. Bieber, « Die Europäisierung des Verfassungsrechts », in K.F. Kreuzer/D. H. Scheuing/U. Sieber (éds.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, p. 71 (84) ; R. Steinberg, « Grundgesetz und Europäische Verfassung », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1999, p. 365 (373) ; A. von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, 1999, p. 13 ; F. Schorkopf, *Homogenität in der Europäischen Union - Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, 2000, p. 219 et suiv. ; R. Wahl, « Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts », *Der Staat*, 1999, p. 495 (500 et suiv.) ; dans le même sens C. Walter, *Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion*, DVBl. 2000, 1 (8), J. Hergenhan, « Le fédéralisme allemand et la construction européenne », Notre Europe (éd.), *Problématiques européennes* n° 5, 2000, p. 31 ; A. Peters, *op. cit. supra*, note 17, p. 205 et suiv. ; M. Nettesheim, *EU-Recht und nationales Verfassungsrecht. Deutscher Bericht für die XX. FIDE-Konferenz 2002*, www.FIDE2002.org, p. 27 et suiv. ; S. Dellavalle, *op. cit. supra*, note 59, p. 276 et suiv.

§ 2 La constitution composée de l'Europe

L'approche du *multilevel constitutionalism* suggère que l'Union Européenne constitue un système constitutionnel composé d'un niveau national et d'un niveau supranational, les deux étant complémentaires. Elle résulte d'une critique de la conception de l'Etat-nation classique, qui n'a pas, comme l'a souligné Walter Hallstein, premier Président de la Commission de la Communauté Européenne, « réussi l'examen ». Au cours du XX^{ème} siècle, l'Etat-nation a manqué trop souvent à son devoir de sauvegarder la paix internationale, ainsi qu'à celui de faire respecter les droits et libertés de l'homme. De plus, les nouveaux défis de la mondialisation dépassent la capacité de tout Etat agissant seul. C'est pourquoi il est nécessaire de développer de nouvelles structures capables d'accomplir les fonctions essentielles d'un pouvoir public légitime. Pour ce faire, il convient de réfléchir à la détermination de ces fonctions et de poser la question de savoir quelle est la base matérielle de la légitimité des autorités publiques au niveau national (*infra*, 1).

La question de légitimité se pose aussi pour les institutions et l'action de l'Union. Comme au niveau constitutionnel national, la conception d'un « contrat social » semble justifier la légitimité du pouvoir public européen, notamment si les traités instituant – ou plutôt *constituant* – l'Union Européenne sont interprétés comme l'expression d'une volonté commune des citoyens des Etats membres de créer cet instrument commun, l'Union Européenne, pour mieux pouvoir faire face aux défis de la société moderne (*infra*, 2).

La citoyenneté de l'Union, s'ajoutant à la citoyenneté nationale, n'est pas le seul indice d'une « identité multiple » qui émerge au sein de l'Union Européenne. Les institutions nationales aussi, tant judiciaires qu'administratives, gouvernementales et même législatives exercent une double fonction. En effet, elles restent des institutions nationales, mais sont également des autorités communautaires, chargées d'appliquer la norme européenne et participant au processus législatif européen, conformément aux compétences attribuées à l'Union. La définition des compétences respectives des Etats membres et de la Communauté gagne, dans cette perspective, une importance fondamentale, et il semble inévitable de reconsidérer la doctrine de la compétence-compétence des Etats membres (*infra*, 3).

Cette question semble être étroitement liée à celle de l'autonomie constitutionnelle qui reste aux Etats membres de l'Union Européenne. Non seulement le principe de la primauté du droit communautaire, mais aussi et surtout les nouvelles exigences formulées dans l'article 6 TUE avec la procédure de sanction en cas de non-conformité dans le nouvel article 7 TUE semblent indiquer que les Etats membres ne sont plus autorisés à définir librement leur statut. Le contrat social

européen a donc pour conséquence non seulement que, contrairement à la position de la Cour constitutionnelle allemande ⁹⁴, les Etats membres ne sont pas les « maîtres des Traités », mais qu'au delà ils ne sont même plus les maîtres de leur propre constitution (*infra*, 4).

1. Les fonctions du pouvoir public et les bases de sa légitimité

Dans la philosophie politique classique comme dans la doctrine moderne, la question des objectifs et fonctions de l'Etat joue un rôle primordial et reste un des problèmes les plus controversés⁹⁵. De plus, c'est à chaque constitution et aux institutions de chaque Etat qu'il appartient de déterminer ses buts et tâches en fonction des orientations générales, des procédures législatives et des fonctions établies par la constitution. Certaines tâches ou fonctions, notamment la sauvegarde de la paix et des droits de l'homme, la sécurité extérieure et intérieure, la solidarité et le bien-être humain ou depuis peu la protection de l'environnement indispensable à la survie des générations futures, sont toutefois communes à tous les Etats. Malgré leur âge, les théories « contractualistes » de Hobbes et Locke – selon lesquelles les individus confient à l'Etat justement le pouvoir de force et de contrainte pour qu'il se charge de la sauvegarde de la paix et de la sécurité des gens, ou bien de la propriété privée et des libertés individuelles⁹⁶ – nous offrent une base théorique pour expliquer le lien entre l'individu et les objectifs « publics » poursuivis par des entités publiques telles que les Etats.

En ce sens, la théorie contractualiste est loin d'être dépassée, au delà de sa « résurrection » dans la philosophie politique moderne comme en témoigne la théorie de la justice de John Rawls⁹⁷. Elle offre une meilleure compréhension de la nature et de la fonction des traités constituant la Communauté et l'Union Européenne qui peuvent être, en effet, qualifiés de contrat social européen⁹⁸.

⁹⁴ V. notamment BVerfGE 75, 223 (242) ; 89, 155 (181, 190).

⁹⁵ V., pour la philosophie politique classique, T. Hobbes, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, publié par I. Fetscher (éd.), 1991 ; J. Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, publié par W. Euchner (éd.), 1989 ; pour la discussion moderne H.-C. Link, « Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz (Bericht des 1. Berichterstatters) », *VVdStRL*, 1990, p. 7, notamment p. 43 ; G. Ress, « Staats-zwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz (Bericht des 2. Berichterstatters) », *VVdStRL*, 1990, p. 56 ; I. Pernice, « Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz - Grundlagen, Bestand und Perspektiven », *NJW*, 1990, p. 2409 (2411) ; C. Möllers, *Staat als Argument*, 2000.

⁹⁶ V. T. Hobbes, *op. cit.*, chap. 17, p. 135 ; J. Locke, *op. cit.*, 2. Abhandlung, chap. 9, § 123, p. 278.

⁹⁷ V. J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1997, p. 11.

⁹⁸ V. déjà J.H.H. Weiler, « '...We will do. And Hearken'. Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union », in R. Bieber/P. Widmer (éds.), *The European Constitutional Area*,

Nous observons que toutes les fonctions et missions de l'Etat mentionnées ci-dessus ont été reprises d'une façon ou d'une autre dans les objectifs des traités instituant la Communauté Européenne⁹⁹, et cela bien plus clairement que ne le font les constitutions nationales. L'analyse ne peut pourtant pas se limiter à ce constat : en effet, la libéralisation continue des marchés mondiaux, le développement des marchés financiers internationaux, les dangers provenant des nouvelles techniques de communication et le terrorisme international – le 11 septembre 2001 l'a montré avec une brutalité jusqu'alors inconnue – s'ajoutent aux défis déjà mentionnés. Or, la question se pose de savoir si la construction européenne sera à même d'y faire face ou si un niveau supérieur d'action ne s'impose pas au-delà de la structure européenne.

2. Le contrat social européen

Parler d'un contrat social européen pour désigner les traités conclus successivement sur la Communauté et sur l'Union Européenne semble osé dans la mesure où la conclusion d'accords internationaux est une des tâches des Etats. Mais, malgré la forme d'accords internationaux, les traités CE/UE créent, comme cela a été expliqué ci-dessus¹⁰⁰, un ordre juridique qui s'applique directement aux particuliers et forme un ensemble constitutionnel avec les constitutions nationales. Ainsi convient-il de revenir sur la notion de souveraineté. Dans toutes les démocraties modernes, où réside la souveraineté ? Prenons l'exemple français : la souveraineté nationale appartient « au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». L'article 20, al. 2, de la loi fondamentale allemande parle du « pouvoir d'Etat » et non pas de la souveraineté nationale. On trouvera des dispositions semblables dans toutes les constitutions des Etats membres. En fin de compte, la source de toute souveraineté réside dans l'individu¹⁰¹ qui, suivant l'approche contractuelle du *multilevel constitutionalism*, consent avec les autres à confier certains pouvoirs (« d'autorité publique ») à certaines institutions de la

1995, p. 413 (439) ; I. Pernice, « The framework revisited : Constitutional, federal and subsidiarity issues », *Col.JEL*, 1996, p. 403 (419) ; I. Pernice/F. Mayer/S. Wernicke, *op.cit.*, *supra*, note 58, p. 61 ; E. Mestmäcker, « Risse im europäischen Contrat Social », in Hans Martin Schleyer-Preis 1996 und 1997, *Veröffentlichungen der Hanns Martin Schleyer-Stiftung*, vol. 48, p. 53 (54).

⁹⁹ V. notamment les préambules des traités et les articles 1, 2 TUE et 2 TCE.

¹⁰⁰ V. ci-dessus, § 1.3.

¹⁰¹ Partant de l'individu au lieu d'un collectif fictif ou imaginé, v. I. Pernice, « Europäisches und nationales Verfassungsrecht », *VVDStRL*, 2001, p. 148, 162 : le terme souveraineté exprime aujourd'hui l'autodétermination de l'individu, un élément de la dignité humaine. V. aussi A. Peters, *op. cit. supra*, note 17, p. 368 et suiv., 562, 657 et suiv. : les citoyens sont les sujets de la souveraineté nationale et de la démocratie.

communauté qu'il constitue et dont il devient citoyen: au niveau local, régional, national, européen, peut-être un jour mondial. James Madison a exprimé ce partage d'attributions d'autorité publique entre les niveaux étatique et fédéral très clairement à propos de l'union américaine :

« The federal and the State Governments are in fact but different agents and trustees of the people, instituted with different powers, and designated for different purposes »¹⁰².

C'est en vertu des procédures respectives de représentation et de ratification prévues dans les clauses d'intégration de leurs constitutions nationales que les citoyens des Etats membres, représentés par leurs gouvernements et leurs parlements nationaux – sinon s'exprimant par voie de référendum¹⁰³ –, constituent progressivement, par les traités instituant la Communauté et l'Union Européenne, une autorité publique européenne qui est originaire et autonome et dont la légitimité repose uniquement sur leur volonté commune¹⁰⁴ :

- ils constituent des nouvelles institutions supranationales et leur attribuent certaines compétences d'autorité publique à l'égard des Etats membres et des particuliers ;
- ils établissent des principes fondamentaux et des valeurs communes sous forme d'objectifs à poursuivre par les institutions ainsi créées ;
- ils fixent les procédures à suivre y compris les formes de la participation et du contrôle du pouvoir ainsi constitué par les représentants des gouvernements et des citoyens ;
- ils se définissent ainsi comme citoyens de l'Union et déterminent leur statut vis-à-vis de l'Union et de ses institutions, c'est-à-dire leurs droits de participation démocratique et leurs droits et libertés fondamentaux.

Ce faisant, les ressortissants des Etats membres adoptent progressivement une identité supplémentaire : la citoyenneté européenne. Non seulement ils se confèrent un nouveau statut au regard d'un nouveau pouvoir public (européen), mais ils modifient en même temps leur statut national : autrement dit, ils se donnent de nouveaux droits vis-à-vis de leur propre Etat, mais également – et de manière réci-

¹⁰² *Federalist*, n° 46.

¹⁰³ Sur les référendums nationaux, v. J. Rideau, « Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne », in A. Auer/J.-F. Flauss (éds.), *Le référendum européen*, 1997, p. 81 et suiv.

¹⁰⁴ Pour cette approche, v. déjà I. Pernice, *op. cit.* note 37, Art. 23 note 20, et I. Pernice, *Constitutional Law Implications*, *op. cit.*, note 37, p. 44 (47) ; v. A. von Bogdandy, « The Legal Case for Unity : The European Union as a Single Organization with a Single System », *CMLRev.*, 1999, p. 887 (899) : « This original authority is based on a collective act of the citizens (now of the Union) in which they constituted this authority through the relevant procedures set out in their national constitutions ».

proque – vis-à-vis des autres Etats membres. La règle de non-discrimination et les quatre libertés garanties par le traité CE n'en sont que des exemples. Dans ce sens, les traités constituent l'expression d'un « contrat social européen », et en ce qui concerne la constitution de l'Union Européenne ainsi établie, les citoyens des Etats Membres se sont non seulement définis comme citoyens européens mais en plus, dans leur ensemble, comme le pouvoir constituant de cette Union.

Cette conception permet d'aborder un nombre de questions centrales de la construction européenne dans une nouvelle perspective.

a. Le droit communautaire et les constitutions nationales

Investir les institutions européennes de pouvoirs et de compétences d'agir en vue de la réalisation de certains objectifs communs est un acte qui ne se distingue pas, en principe, de celui qui crée un organe national et lui confie certaines compétences. On ne saurait davantage parler d'une délégation ou d'un transfert de compétences ou de souveraineté¹⁰⁵. Il s'agit, au contraire, d'une sorte de réaménagement des responsabilités respectives des autorités publiques nationales et communautaires par les souverains – les citoyens des Etats membres –, ainsi que de la définition de nouvelles tâches confiées aux institutions européennes.

Les clauses d'intégration, ainsi que les procédures constitutionnelles visant la conclusion et la ratification des traités négociés et conclus conformément à l'article 48 TUE, assurent que les modifications implicites ou explicites apportées aux constitutions nationales qui sont rendues nécessaires par la révision s'effectuent sans difficulté majeure. Ce qu'il est important de noter, c'est que chaque révision a effectivement des répercussions sur les constitutions nationales. Ceci est bien illustré par l'exemple de l'Autriche où l'acte d'adhésion à l'Union a été considéré comme une « révision intégrale » de la constitution pour laquelle un référendum était obligatoire¹⁰⁶. Dès lors, il semble difficile de contester la nature constitutionnelle – indiquée d'ailleurs par les procédures applicables suivant les clauses d'intégration des constitutions nationales¹⁰⁷ – des actes instituant ou révi-

¹⁰⁵ V. également les critiques faites à ce propos par J.-C. Masclet, in D.Maus/O. Passelecq (éds.), *op. cit.*, p. 48 et suiv.

¹⁰⁶ V. P. Pernthaler, « Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich », in U. Battis/D.Th. Tsatsos/D. Stefanou (éds.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 1995, p. 437, 444 et suiv. ; v. à cet effet l'article 44 alinéa III de la constitution autrichienne. Suivant les explications de H.F. Koeck, *EU Law and National Constitutions – The Austrian Case*, www.FIDE2002.org, p. 8, le point essentiel était l'ouverture pour une législation européenne du principe démocratique qui excluait tout pouvoir public qui n'avait pas comme base la volonté du peuple autrichien exclusivement.

¹⁰⁷ V. *infra*, § 3.1.d.

sant les traités européens. Mais il s'en suit surtout que le droit qui trouve son origine et sa légitimité dans la volonté commune des citoyens de l'ensemble des Etats membres doit, sauf exception explicite, primer sur une norme contraire issue d'un législateur national. Le principe de l'application uniforme et égale de la loi établie au niveau européen sur la base de valeurs communes et conformément aux procédures prévues par les traités constitue, en effet, la règle du jeu et la condition à laquelle chacun des citoyens des Etats membres a consenti à l'instauration de ce pouvoir législatif supranational. C'est dans ce sens que la « réciprocité » des obligations au sens des articles 88-2 et 88-3 de la Constitution française ou de l'article 7 al. 6 de la Constitution du Portugal est observée ; ce sont la Commission et la Cour de justice qui sont chargées de veiller à ce que cette règle du jeu ne soit pas négligée.

b. Le statut du citoyen de l'Union

L'article 17 CE prévoit qu'il « est institué une citoyenneté de l'Union ». La question se pose donc de savoir ce que cela peut signifier, notamment du fait que les articles relatifs à cette citoyenneté semblent se limiter en substance à créer, pour les ressortissants d'un Etat membre résidant dans un autre Etat membre, le droit de vote et d'éligibilité au niveau municipal dans ce dernier Etat, ainsi que pour les élections au Parlement européen.

La citoyenneté, ainsi instituée, a une importance qui va bien au-delà de ces droits de vote. Dans son arrêt sur le traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle allemande voyait dans cette disposition le noyau d'un statut de nationalité qui pourrait se développer au niveau européen et constituerait déjà aujourd'hui l'expression d'un lien essentiel entre le citoyen et l'Union¹⁰⁸.

Ceci dit, l'importance primordiale de la citoyenneté de l'Union réside dans son rôle actuel et potentiel d'expression formelle du statut du citoyen dans l'Union Européenne. Ce statut est défini, en tout premier lieu, par le principe de la non-discrimination, tel qu'il a été énoncé à l'article 7 originel du traité C(E)E. Le principe de la non-discrimination a ensuite été élargi et généralisé dans l'arrêt *Bickel et Franz* du 24 novembre 1998 de la Cour de justice des Communautés européennes à la lumière de l'article 16 (ex 8A) CE instituant la citoyenneté de l'Union : désormais, ce principe ne s'applique plus dans un contexte exclusivement économique, mais l'article 12 (ex 6) CE est interprété comme interdisant généralement toute discrimination en raison de la nationalité¹⁰⁹. L'arrêt *Grzelczyk* confirme et

¹⁰⁸ BVerfGE 89, p. 155 (184 et suiv.).

¹⁰⁹ C.J.C.E. 24 nov. 1998, *Horst Otto Bickel et Ulrich Franz*, aff. 274/96, *Rec.*, p. I-7637.

consolide cette jurisprudence¹¹⁰, en étendant l'application du principe au domaine social. Par conséquent, le concours des deux dispositions fondamentales a pour effet de réaliser un statut d'égalité des citoyens européens à travers toute l'Union sans égard à leur nationalité, en tant que notion et principe inhérent à la conception d'un ordre juridique commun. La Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg avait déjà jugé qu'à l'intérieur de la Communauté européenne, les ressortissants d'un Etat membre ne pouvaient plus être traités comme des étrangers dans un autre Etat membre, au titre de l'article 16 de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'homme¹¹¹. Les principes et droits fondamentaux et sociaux, les droits de participation et le droit à la protection énoncés par le droit communautaire définissent alors de façon de plus en plus claire et détaillée le statut du citoyen de l'Union et donnent de la substance à ce qui pourrait apparaître comme une formule vide de sens.

c. Citoyenneté de l'Union et peuple européen

Des doutes ont été exprimés quant à la possibilité même de concevoir un peuple européen – au sens de « demos » –, capable de former un système démocratique ; ils se fondent, notamment, sur la diversité des langues, sur l'absence d'un discours européen ou de média communs, sur un manque d'homogénéité des peuples des différents Etats membres, etc...¹¹². Suffit-il, pour les dissiper, de faire référence à la déclaration de M. Luciani lors du colloque tenu à Paris le 10 décembre 1997 sur « Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales », basée sur une conception traditionnelle, mais tout à fait pertinente, proposée par Cicéron ? Selon Luciani, « si le peuple est une communauté de droit, une communauté d'intérêts

¹¹⁰ C. J. C. E. 20 sept. 2001, *Rudy Grzelczyk*, aff. C-184/99, EuGRZ 2001, *Rec.* p. I-492.

¹¹¹ CEDH, arrêt du 27 avr. 1995, *Piermont c. France*, Série A. 313, points 61 à 64 ; v. à cet égard J.-F. Flauss, « Liberté d'expression politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les Territoires d'Outre-mer », *RTDE*, 1996, p. 364 ; v. également V. Constantinesco, « Je t'aime, moi non plus ! La société européenne en quête d'affection ? », in *Mélanges en l'honneur de F. Borella*, 1999, p. 143 (154).

¹¹² V. notamment la Cour constitutionnelle allemande dans BVerfGE 89, 155 (185 suiv.). Pour la critique J.H.H. Weiler, « Does Europe Need a Constitution ? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision », *EJL*, 1995, p. 219 ; B.-O. Bryde, « Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie », *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1994, p. 305 (311) ; I. Pernice, « Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration », *AöR*, 1995, p. 100 (103) ; M. Fromont, *op. cit.*, note 23, p. 55 : « idée un peu folle » ; C. Grewe, « Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker ? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union », in J. Drexl et al. (éds.), *Europäische Demokratie*, 1999, p. 59 et suiv. V., par contre, la référence à J.J. Rousseau faite par J.-C. Piris (*supra*, note 61), p. 611, qui constatait : « Il n'y a plus, aujourd'hui, de Français, d'Allemands, d'Espagnols, d'Anglais même, quoi qu'on dise : il n'y a que des Européens » (Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réforme projetée, avr. 1772).

liée par des valeurs communes, alors oui la route sera longue, mais au bout nous pouvons trouver le peuple européen »¹¹³.

Bref, tout dépend de la notion de peuple. Du moins semble-t-il utile de rappeler que la constitution des Etats Unis commence, dans son préambule, par les mots : « We, the people... », et cette expression vise, comme l'avait déjà fait la *Virginia Bill of Rights*, non pas l'unité d'un collectif préexistant mais bien la pluralité des êtres humains ou des citoyens des Etats qui se sont réunis, formule qui semble représenter un compromis entre les partisans du fédéralisme et ceux qui y étaient opposés¹¹⁴. Si la constitution américaine est entrée en vigueur après avoir été ratifiée par chacun des Etats intéressés, à la suite d'une décision prise dans chaque Etat participant au sein d'une « *constitutional convention* » nationale, ce sont donc les Etats individuels et leurs peuples que vise le terme « the people of the United States » dans le texte de la constitution ainsi créée.

En ce qui concerne la constitution européenne, il suffit de constater que l'on se trouve en face d'une communauté de droit qui s'est constituée sur la base de valeurs communes et qui crée ainsi pour les citoyens la base d'une nouvelle identité s'ajoutant à leurs « autres » identités, locale (parisienne), régionale (auvergnate) et/ou nationale (française).

Ce qui compte dans le système démocratique, ce n'est cependant pas le collectif (fictif) d'un peuple, mais c'est le citoyen comme individu, avec ses identités respectives¹¹⁵. Sa participation, aux différents niveaux du système politique, dans le concours des volontés qui déterminent les politiques à suivre, doit être reconnue comme l'expression de sa dignité humaine et comme partie intégrante de son *status activus*, protégé par les droits fondamentaux et mis en œuvre par les procédures

¹¹³ M. Luciani, « L'Italie », in D. Maus/O. Passelecq (éds.), *op. cit.*, p. 58 (60).

¹¹⁴ La Virginia Bill of Rights s'exprime comme suit : « That all power is vested in, and consequently derived from, the people: that magistrates are *their* trustees and servants and at all times amenable to *them* ». V. à ce propos B.-O. Bryde, « Auf welcher politischen Ebene sind welche Probleme vorrangig anzugehen ? », in B. Sitter-Liver (éd.), *Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext*, 1999, p. 223 (225) ; v. également: B.-O. Bryde, *op. cit.*, note 84, p. 312 ; v. aussi H. Arendt, *On revolution*, 1963, p. 63 : « The word "people" retained for [the founders] the meaning of manyness, of the endless variety of a multitude whose majesty resided in its very plurality » ; v. aussi la version initiale de ce passage du préambule : « We, the people of and the States of New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island [...] », modifié ensuite pour des raisons de logique : la nouvelle constitution allait entrer en vigueur avec la ratification de 9 Etats et on ne pouvait tout simplement pas dire par avance quels étaient, parmi les 13 Etats existants, les 9 premiers qui rarifieraient la constitution ; v. M. Farrand, *The framing of the constitution of the United States*, 1913, p. 190. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, 1999, p. 140, attire l'attention sur le parallélisme de la procédure de ratification de cette constitution et des traités européens : « by a state-by-state decision in constitutional conventions called in each of the states ».

¹¹⁵ V. à cet égard P.-M. Huber, « Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene », *EurR.*, 1999, p. 579 (580 et suiv.).

démocratiques au niveau local, régional, national et européen. La conception évolutive et dynamique de la citoyenneté européenne, la garantie des droits du citoyen de l'Union dans les articles 17 à 21 TCE et, notamment, son droit de vote aux élections européennes et locales peut être entendue, en effet, comme l'indice d'un statut commun et de l'unité politique des citoyens des Etats membres, unité que l'on pourrait appeler le peuple européen qui serait le sujet de la légitimité démocratique de l'Union¹¹⁶.

Il reste à noter que la mesure dans laquelle la citoyenneté européenne devient substantielle et réelle dépendra de l'étendue des compétences de l'Union et de l'impact de ses politiques sur la vie quotidienne des particuliers. Ceci nous mène à la question de la distribution des compétences entre les deux niveaux constitutionnels dans l'Union et à la fonction « européenne » des institutions des Etats membres.

3. Distribution des compétences et dédoublement des fonctions

Les questions liées à l'attribution et à la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union Européenne sont les plus difficiles et sans doute les plus importantes pour l'avenir de la construction européenne. Le principe des compétences attribuées est considéré comme le critère décisif dans les rapports Union – Etat membre (*infra*, a). Toutefois, le fond du problème me semble être ailleurs. Bien plus importante est la question de savoir quels principes gouvernent les attributions respectives de compétences au niveau national et européen (*infra*, b). Il résultera de cette analyse que, suite à une répartition fonctionnelle des compétences et des pouvoirs supranationaux les institutions nationales servent d'organes

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 586. Pour une critique de la conception traditionnelle du « peuple » et des conclusions qui en sont tirées dans la doctrine allemande, v. R. Steinberg, *supra*, note 93, p. 366 (368 et suiv.) ; B.-O. Bryde, « Le peuple européen and the European people », in A. Auer/J.-F. Flauss (éds.), *Le Référendum européen*, 1997, p. 251 et suiv. Une conception évolutive de la notion de citoyen de l'Union, source de sa légitimité démocratique, se trouve même dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande concernant le traité de Maastricht, BVerfGE 89, 155 (184) : « Par cette citoyenneté de l'Union fondée par le traité de Maastricht un lien juridique a été créé entre les ressortissants des Etats Membres, un lien qui doit être permanent et constitue toutefois, bien qu'elle ne soit pas d'une force et densité comparable à l'appartenance commune à un Etat, l'expression juridiquement obligatoire de l'état actuel d'une unité (*Gemeinsamkeit*) existentielle » (notre traduction). V. également J.-C. Piris, *supra*, note 61, p. 613, qui souligne que « la Communauté rassemble non seulement les Etats Membres, mais également leurs peuples, les citoyens de l'Union », pour dire ensuite, par contre, que « le pouvoir constitutif de négociier et d'adopter les modifications apportées aux traités fondateurs appartient aux seuls Etats membres » ; v. *ibid.*, p. 622, contre l'adoption d'une constitution par un peuple européen : « les Etats membres se considèrent eux-mêmes comme les maîtres des traités et la plupart d'entre eux entendent conserver ce pouvoir » – mais saurait-on ainsi distinguer les Etats de leurs peuples, que Piris lui même identifie avec « les citoyens de l'Union » (*ibid.*, p. 613) ? Avec l'accent sur le statut du citoyen fondé sur ses droits découlant des traités et de la Charte des droits fondamentaux, v. S. Dellavalle, *op. cit. supra*, note 59, p. 228 et suiv.

« communautaires » (*infra*, c). Un problème sans solution immédiate restera, malgré les responsabilités assumées par les parlements nationaux dans la préparation de la législation communautaire, le manque de responsabilité directe des institutions vis-à-vis des organes parlementaires et donc d'un contrôle effectif de leur politique (*infra*, d).

a. Le principe des compétences attribuées

Ni l'Union Européenne, ni la Communauté ne disposent de ce que l'on appelle la compétence de sa propre compétence, ou la compétence illimitée de se doter de pouvoirs et de se fixer des objectifs. D'après la Cour constitutionnelle allemande et certains auteurs, celle-ci est un pouvoir réservé à l'Etat¹¹⁷ ou, comme l'exprime François Luchaire,

« Il manque en effet à l'Union Européenne un élément incontournable de la souveraineté; c'est la compétence de sa propre compétence. L'Union n'a que des attributions limitativement énumérées; la compétence de principe, c'est à dire la souveraineté, reste à l'Etat »¹¹⁸.

En effet, en ce qui concerne la Communauté, les articles 5 (ex 3B) al. 1, et 7 (ex 4) al. 1 CE expriment le principe des compétences attribuées, alors que l'article 5 (ex E) TUE précise que « le Parlement européen, le Conseil, la Commission et la Cour de justice exercent leurs attributions dans les conditions et aux fins prévues » dans les traités. Il est clair, dès lors, que l'Union ne dispose pas d'un pouvoir de se créer, elle-même, de nouvelles compétences, malgré l'article 6 (ex F) al. 4 TUE aux termes duquel « l'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques ». La seule procédure pour doter l'Union de nouvelles compétences est prévue à l'article 48 (ex N) TUE sur la révision formelle des traités.

Mais, compte tenu des compétences attribuées à l'Union Européenne, les Etats qui sont membres de l'Union ne bénéficient pas non plus d'une « compétence de leur propre compétence ». Nous ne parlons pas seulement de la garantie universelle des droits fondamentaux qui exclut un pouvoir illimité d'un Etat de se doter des compétences et pouvoirs illimités, ni des contraintes qui découlent des articles 6 et 7 TUE¹¹⁹. Il y a aussi, dans tous les Etats, des limites qui résultent des com-

¹¹⁷ U. di Fabio, *op. cit.* note 37, p. 191 (201 suiv.); v. aussi BVerfGE 75, 223 (242); pour une critique de la notion de « Kompetenz-Kompetenz », v. P. Lerche, « Kompetenz-Kompetenz und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes », in *Festschrift Heymanns Verlag*, 1995, p. 409 (415 et suiv.).

¹¹⁸ F. Luchaire, « Commentaire sur la Décision du Conseil constitutionnel », in D. Maus/O. Passelécq (éds.), *op. cit.*, p. 108 et suiv.

¹¹⁹ V. *infra*, § 2.4.

pétences (exclusives) attribuées à la Communauté et des libertés et interdictions prévues dans les traités. En effet, plus l'attribution de compétences à l'Union et leur mise en œuvre dans l'ordre interne couvrent des domaines jusqu'alors réservés aux législations nationales, plus la liberté des Etats membres d'assumer de nouvelles responsabilités se restreint. Toute mise en œuvre d'une nouvelle politique doit être décidée dans le respect des responsabilités communautaires, sous réserve, évidemment, d'une révision des traités – peu probable – visant à un réaménagement des compétences qui permettrait à l'Etat membre en cause de réaliser l'objectif qui lui est propre. S'il y a une présomption pour la compétence des Etats membres, leurs citoyens respectifs sont, toutefois, soumis à des restrictions qui leur sont imposées.

Pour ce qui concerne la « compétence de la compétence », tout ce qui en reste est le pouvoir de l'ensemble des citoyens de l'Union de confier l'exercice de leur souveraineté au niveau national ou au niveau européen ou, en d'autres termes, d'aménager et de réaménager, à travers les Etats-membres et les institutions européennes, les attributions et la distribution des compétences entre le niveau national et le niveau européen, le cas échéant, suivant la procédure de l'article 48 TUE.

b. La répartition des compétences nationales et européennes

La recherche de principes répartissant les compétences nationales et communautaires se heurte tout d'abord à la structure complexe de l'Union Européenne. Il est clair que la distinction entre le domaine supranational de la Communauté et les « piliers » concernant la politique extérieure et de sécurité, d'une part, et les dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, d'autre part, évitant une concentration trop accentuée des pouvoirs à la Communauté¹²⁰, rend le système de la répartition des compétences extrêmement compliqué et a de plus perdu beaucoup de sa logique suite à la révision d'Amsterdam¹²¹. Le traité CE a toujours contenu des dispositions limitant certaines actions à la simple coordination des politiques des Etats membres sans véritable compétence législative ou de décision des institutions communautaires, comme dans le domaine de la politique économique par exemple¹²² ou de l'emploi. N'oublions pas non plus que le traité

¹²⁰ V. pour l'explication de la structure « temple » de l'Union, et la critique B. de Witte, « The Pillar Structure and the Nature of the European Union : Greek Temple or French Gothic Cathedral ? », in T. Heukels/N. Blokker/M. Brus (éds.), *The European Union after Amsterdam*, 1998, p. 51.

¹²¹ V. I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam », *CMLRev.*, 1999, p. 703, 730 et suiv., 744 et suiv.

¹²² Pour une analyse approfondie du problème des compétences dans le secteur économique, v. I. Pernice/F. Hoffmeister, « The Division of Economic Policy Powers Between the European Com-

d'Amsterdam crée par son article 34 (ex K.3) al. 2 TUE la compétence du Conseil d'arrêter des « décisions-cadres » concernant le rapprochement des législations et des décisions juridiquement obligatoires, donc des pouvoirs législatifs et de décision soumis au contrôle de la Cour.

En anticipant la révision ou la suppression de la structure aux trois piliers et sans aller dans les détails, il est possible de déceler certains principes qui caractérisent la répartition des compétences respectives de l'Union et de ses Etats membres.

aa. Répartition fonctionnelle

Une première distinction doit être faite concernant les fonctions. Comme il a été précisé par la Déclaration n° 43 au traité d'Amsterdam, « la mise en œuvre, sur le plan administratif, du droit communautaire incombe par principe aux Etats membres conformément à leur régime constitutionnel ». Or, sauf quelques domaines particuliers – concurrence, aides d'état, fonds structurels –, les compétences attribuées à la Communauté concernent le pouvoir législatif. Sur le plan judiciaire, les compétences de base restent attribuées aux Etats membres. Seuls les pouvoirs d'interprétation définitive et d'annulation des actes communautaires et les procédures en manquement sont, en principe, conférés à la Cour de justice des Communautés européennes ou au Tribunal de première instance.

bb. Attributions positives ratione materiae

En ce qui concerne le pouvoir législatif, il est conféré aux institutions de l'Union Européenne dans des domaines plus ou moins déterminés. Mais, suivant leurs implications (politiques) sur la souveraineté des Etats, les dispositions des traités établissent certaines distinctions quant à l'instrument – plus ou moins contraignant – utilisé – règlement, directive, directive-cadre, décision, décision-cadre, recommandation –¹²³, quant aux conditions d'adoption (majorité ou unanimité) et quant au mode de participation du Parlement européen ou, selon le cas, du Comité économique et social ou du Comité des régions. Le plus important, enfin, semble être la distinction entre :

- les compétences exclusives de la Communauté, notamment dans les domaines de la politique commerciale et de la pêche, mais aussi de la politique

munity and its Member States. Status quo and Proposals de lege ferenda », *Mélanges en hommage à C.-D. Ehlermann*, 2002, p. 363-382.

¹²³ V. l'article 5, al. 3, l'article 249 (ex 189) CE et le point 6 du Protocole n° 7 au traité d'Amsterdam.

monétaire¹²⁴,

- les compétences « partagées » notamment dans les domaines du transport, de l'environnement, mais aussi – du moins partiellement – au sein du troisième pilier, etc.,
- les compétences de rapprochement des législations en vue du marché intérieur qui sont étroitement liées aux « compétences nationales abolies »¹²⁵ au regard des libertés du marché,
- les compétences d'encouragement et d'incitation financière comme dans le domaine de la politique régionale, de la formation professionnelle et de la culture,
- les compétences de coordination systématisée (y compris la surveillance multilatérale) des politiques des Etats membres, comme pour la politique économique ou la politique de l'emploi,
- les compétences de simple coordination politique, comme dans le domaine de la politique extérieure, de la police ou de la justice.

Certains domaines restent cependant partiellement hors du champ de compétence de l'Union. Il en va ainsi par exemple du domaine scolaire, et surtout de celui du maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité intérieure.

cc. Délimitations négatives

Certains domaines sont réservés expressément, et à plusieurs reprises, aux Etats membres par des attributions ou délimitations négatives.¹²⁶ Ainsi dans le domaine de la santé publique, l'article 152, al. 5, CE garantit non seulement le plein respect des responsabilités des Etats membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux, mais veille aussi à ce que les « dispositions nationales relatives aux dons d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales » ne soient pas atteintes par des mesures communautaires. Dans certaines dispositions visant l'action des Etats membres (coordination, etc.), toute me-

¹²⁴ Pour une élaboration du problème des compétences, v. le rapport « Lamassoure » du comité des questions constitutionnelles du 2 février 2002 sur la délimitation des compétences entre l'Union Européenne et les Etats membres, (2001/2024(INI)). V. aussi V. Constantinesco/I. Pernice, « La question des compétences communautaires : vues d'Allemagne et de France », WHI-Paper 6/02, www.whi-berlin.de/constantinesco-bernice.htm, publié également par la *Stiftung Wissenschaft und Politik* (SWP), Berlin, <http://www.swp-berlin.org/produkte/brennpunkte/eu-brennpunkte.htm>.

¹²⁵ V. D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 2^{ème} éd., 1998, p. 83 et suiv., faisant référence à V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, 1974, p. 231 et suiv., 248 (250). V. aussi Mayer, *op. cit. supra*, note 1, p. 587, 617.

¹²⁶ V. le nouvel article 64 CE introduit par le traité d'Amsterdam ou l'article 35 du nouveau TUE concernant la juridiction de la Cour dans le domaine du troisième pilier ; I. Pernice, *op. cit.* note 93, p.703 (745).

sure d'harmonisation des législations est expressément exclue¹²⁷. D'autres réservent aux Etats membres le droit de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes¹²⁸.

dd. Conclusions

Il serait sans doute nécessaire d'aboutir à un ordre plus systématique, cohérent et transparent de l'attribution et de la définition des compétences¹²⁹. Il est évident que chacune des dispositions des traités est issue de négociations difficiles visant à trouver un équilibre délicat entre les pouvoirs nationaux et communautaires¹³⁰; systématiser ces compétences, les simplifier et clarifier qui fait quoi en Europe, sera donc une tâche difficile et demande beaucoup de courage de la part de ceux qui s'y attellent¹³¹.

¹²⁷ V. les articles 129, al. 2 (emploi), 149, al. 4 (éducation, formation professionnelle), 151, al. 5 (culture), 152, al. 4, lit. c (santé publique).

¹²⁸ V. les articles 95, al. 4-9 (santé, sécurité, environnement, consommateurs), 152, al. 4, lit. a (normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang), 153, al. 5 (protection des consommateurs), 176 (environnement).

¹²⁹ V. les propositions V. Constantinesco/I. Pernice, *La question des compétences communautaires: vues d'Allemagne et de France*, www.whi-berlin.de/constantinesco-pernice.htm.

¹³⁰ V. sur le sujet avec des analyses approfondies et des propositions *de lege ferenda* notamment F. Mayer, « Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte », *ZaöRV*, 2001, p. 577; I. Pernice, « Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund », *JZ*, 2000, p. 866; I. Pernice, « Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the European Union », in Commission Européenne (ed.), *Europe 2004. Le Grand Débat, Setting the Agenda and Outlining the Options*, 2002, p. 96 (publié également sur <http://www.whi-berlin.de/pernice-competencies>); R. Streinz, « Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen », *BayVB*, 2001, p.481; M. Seidel, « Rückführung der Landwirtschaftspolitik in die Verantwortung der Mitgliedstaaten? Rechts- und Verfassungsfragen des Gemeinschaftsrechts », in *ZEI Policy paper B 17/2000*; D. Reich, « Zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Kompetenzen der deutschen Bundesländer », *EuGRZ*, 2001, p. 1; U. Goll/M. Kenntner, « Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht ? », *EuZW*, 2002, p. 101; A. v Bogdandy/J. Bast, « Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union/Rechtsdogmatischer Bestand und verfassungspolitische Reformperspektiven », *EuGRZ*, 2001, p. 441; M. Burgi, « Vertikale Kompetenzabgrenzung in der EU und materiellrechtliche Kompetenzausübungsschranken nationaler Daseinsvorsorge », in Hans-Günter Henneke (éd.), *Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union*, 2001, p. 90.

¹³¹ V. à cet effet notamment le Rapport Lamassoure, *Report on the division of competences between the European Union and the Member States* [2001/2024(INI) du 24 avril 2002 (PE 304.276)], mais aussi les propositions faites par P. Altmaier, *The Division of Competencies between the Union and the Member States*, pour le groupe de travail 5 de la Convention européenne (WG V/WD 9).

c. Fonction et loyauté européennes des institutions nationales

Comme cela a été souligné, les institutions administratives, judiciaires mais aussi législatives des Etats membres sont chargées, par principe et conformément aux obligations découlant de l'article 10 (ex 5) CE, de veiller à l'application fidèle des dispositions prises au niveau communautaire¹³². C'est à juste titre que Charles Leben parle d'un « dédoublement fonctionnel » pour les tribunaux, « en tant qu'organes, tantôt de l'ordre central, tantôt de l'ordre juridique partiel de leur Etat »¹³³. Les juges nationaux ont été qualifiés, par conséquent, de juges communautaires¹³⁴, puisqu'ils appliquent non seulement les dispositions spécifiques de la législation communautaire, mais qu'ils sont également soumis entièrement à la règle communautaire, y compris au devoir de vérifier la conformité des dispositions en cause avec le droit primaire ou « constitutionnel », et de soumettre, le cas échéant, des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes. Il en va de même, en dehors de l'application de l'article 234 (ex 177) CE bien sûr, pour les administrations nationales et, en ce qui concerne la transposition des directives, pour les institutions législatives des Etats membres¹³⁵. Leur fonction européenne dans le cadre de la constitution composée entraîne un devoir de loyauté européenne qui est exprimée d'une façon très générale dans l'article 10 CE¹³⁶.

Aussi les parlements nationaux et, en Allemagne, le Conseil fédéral représentant les Länder se voient conférer de nouvelles fonctions. Leur tâche de suivre le processus législatif communautaire au sein du Conseil et d'y participer activement est de plus en plus importante. Le Protocole n° 13 au traité d'Amsterdam relatif au rôle des parlements nationaux dans l'Union Européenne en tire certaines conséquences.

Mais les nouvelles fonctions des parlements nationaux vont bien au-delà. Ils ont le dernier mot, dans la plupart des Etats membres, dans le processus de la révision des traités et, dès lors, dans le processus constitutionnel de l'Union suivant l'article 48 CE. Depuis la Déclaration de Laeken, leurs représentants forment le groupe le

¹³² C.J.C.E. 21 sept. 1983, *Milchkontor*, aff. 205 à 215/82, *Rec.*, p. 2633, points 16-25 ; plus expressément encore sur les obligations communautaires des Etats membres, v. la Déclaration n° 19 au traité de Maastricht relative à l'application du droit communautaire.

¹³³ C. Leben, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, p. 61 (66). Pour le cas des banques centrales nationales, v. R. Smits, *The European Central Bank*, 1997, p. 94 : « dual capacity » ; J.-V. Louis, « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », *CMLRev.*, 1998, p. 33 (50 et suiv., 73) : « NCB's are agents of the System, in the implementation of tasks related to it ».

¹³⁴ V. J. Rideau, « Rapport introductif », in D.Maus/O. Passelecq (éds.), *op. cit.*, p. 12 (13). V. également I. Pernice, *op. cit. note 93*, p.703 (710).

¹³⁵ Pour les détails, v. *infra*, § 3 point 2 b.

¹³⁶ V. également *infra*, § 3, point 2.b.

plus fort dans la Convention chargée de préparer un traité constitutionnel pour l'Union. Comme ils participent à la préparation de la législation européenne, il leur appartient également d'assurer sa mise en œuvre, soit par la transposition des directives, soit par l'adoption des mesures – procédurales ou autres – requises pour l'application effective du droit.

Ce rôle et cette loyauté « européens » sont un pilier important de la légitimité démocratique du processus décisionnel communautaire¹³⁷ ; ils sont essentiels pour le bon fonctionnement de l'Union. Mais ils n'ont pas encore reçu l'attention nécessaire du public dans le débat politique et au sujet des élections nationales : si la législation interne et, dès lors, les politiques internes des Etats membres sont largement déterminées au niveau européen, comment est-il possible que les campagnes électorales continuent de tourner quasi exclusivement autour de questions à caractère national ?

d. Contrôle parlementaire des institutions communautaires

Y a-t-il un déficit démocratique des institutions communautaires d'où résulterait un manque de légitimité des actes adoptés par celles-ci ? Seul le Parlement européen sera en mesure de fournir une base démocratique pour les actes adoptés par la Communauté. Il est vrai qu'il est difficile de parler d'un « peuple » européen, mais, comme on l'a vu, les citoyens de l'Union deviennent porteurs d'une nouvelle légitimité. Dans ce sens, il semble possible d'accepter l'existence *in statu nascendo*, d'un « demos » au sens politique¹³⁸. Des médias et un discours politique européens sont en train de se développer à la faveur des défis auxquels l'Union est appelée à faire face. Le fait que les parlementaires soient, aux termes de l'article 189 CE, des « représentants des peuples des Etats réunis dans la Communauté » est toutefois contraire à la conception classique du parlementarisme. En outre, le principe de l'égalité de la représentation n'est pas respecté et le Parlement européen n'exerce pas encore toutes les fonctions qu'exerce un parlement habituel¹³⁹.

¹³⁷ Pour la fonction démocratique du contrôle parlementaire des ministres au Conseil, v. BVerfGE 89, 155 (191). Pour son renforcement en vue d'accroître le poids réel de ce pilier de la légitimité démocratique de l'Union, v. J.-C. Piris, *supra*, note 61, p. 627 et suiv. Pour une analyse plus approfondie, v. aussi I. Pernice, « The European Constitution, Discussion-paper », in Herbert Quandt Foundation (ed.), *Europe's constitution – a framework for the future of the Union*, Sinclair House Debates 16, 2001, p. 33. Pour une analyse plus approfondie, v. aussi I. Pernice dans Melissas/Pernice, *Perspectives of the Nice treaty and the Intergovernmental Conference in 2004*, 2001, p. 73 et suiv.

¹³⁸ V. aussi A. Peters, *op. cit. supra*, note 17, p. 653 et suiv.

¹³⁹ V. par exemple P. Kirchhof, Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, in FCE 2/98, point 51, <<http://www.whi-berlin.de/deutsch/index.htm>>; U. di Fabio, *op. cit.*, note 37, p. 191 (202).

Néanmoins, comme le montre le développement institutionnel de l'Union, les gouvernements et les peuples européens semblent progressivement rapprocher le Parlement européen d'un « vrai » Parlement. On se dirige vers un double fondement de légitimité, à savoir la légitimité fondée sur les parlements nationaux¹⁴⁰ et celle qui est fondée sur le Parlement européen dont les pouvoirs effectifs dans l'investiture du Président de la Commission et dans le processus décisionnel se sont développés. La tendance se concrétise dans l'article 191 (ex 138a) CE où il est affirmé que « les partis politiques au niveau européen sont importants en tant que facteur d'intégration au sein de l'Union », notamment par leur contribution « à la formation d'une conscience européenne et à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union ». Le fait même que l'on reconnaisse aux citoyens de l'Union le pouvoir de disposer d'une volonté politique, et ceci par le biais des partis qui s'établiront au niveau européen en vue des élections au Parlement européen, démontre que le traité CE implique que ce Parlement est devenu une institution représentant – outre les peuples – les citoyens de l'Union Européenne. C'est d'ailleurs à juste titre que la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que le Parlement européen constituait dès maintenant un organe législatif légitime et que les citoyens britanniques résidant à Gibraltar ne pouvaient être exclus du suffrage sans violation de l'article 3, al. 1er, du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁴¹.

L'importance de ce développement semble être d'autant plus grande que la capacité des parlements nationaux à assumer de façon effective leurs responsabilités dans le processus législatif européen ne peut être que très réduite en pratique. Un contrôle efficace est subordonné à la transparence toujours inexistante du processus de décision au Conseil. Le nombre élevé des actes législatifs adoptés dans la Communauté excède aussi largement les capacités des parlements nationaux dans cette tâche nouvelle¹⁴². Il leur incombera donc de réduire leur participation politique active aux questions essentielles et, pour assumer cette fonction sérieusement, il convient de développer progressivement, au niveau national, des procédures de

¹⁴⁰ Sur le rôle de l'Assemblée nationale française, v. J.-L. Sauron, « Le contrôle parlementaire de l'activité gouvernementale en matière communautaire en France », *RTDE*, 1999, p. 171 et suiv. ; L. Dubouis, France, in J. Rideau (éd), *Les Etats membres de l'Union Européenne, adaptations - mutations - résistances*, 1997, p. 232. Pour une perspective plus générale, v. I. Pernice, « The Role of National Parliaments in the European Union », in D. Melissas/I. Pernice (éds.), *Perspectives of the Nice treaty and the Intergovernmental Conference in 2004*, 2001, p. 73.

¹⁴¹ CEDE, 18 févr. 1999, *Matthew/Royaume Uni*, *EvrGZ*, 1999, p. 200 ; pour des commentaires, v. G. Ress, « Das Europäische Parlament als Gesetzgeber. Der Blickpunkt der Europäischen Menschenrechtskonvention », *Zeus*, 1999, p. 219 (226 et suiv.).

¹⁴² P. Norton, « Conclusion : Addressing the Democratic Deficit », in Norton (éd.), *National Parliaments and the European Union*, 1996, p. 177 (186 et suiv.) ; I. Pernice, *Herbert Quandt foundation*, *op. cit.* note 140, p. 79 ; A. Peters, *op. cit. supra*, note 17, p. 689 et suiv.

contrôle plus efficaces des ministres par les parlementaires nationaux pour ainsi solidifier la base de légitimité des politiques de l'Union.

4. Homogénéité essentielle et autonomie constitutionnelle

L'idée d'une « compétence de la compétence » des Etats membres et l'autonomie constitutionnelle au niveau national semblent compromises par les compétences établies au niveau européen, qui ne permettent plus aux Etats membres d'assumer librement des responsabilités propres dans certains domaines. En outre, les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam, renforcées encore par le traité de Nice, mettent en évidence une autre dimension d'interdépendance entre les différents niveaux constitutionnels, à savoir le niveau national et le niveau communautaire : en vertu des articles 6 et 7 TUE, un Etat membre ne pourra plus adopter de système constitutionnel allant à l'encontre des principes de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un système qui soit contraire au principe de l'Etat de droit, sans s'exposer à des sanctions au titre de l'article 7 TEU ou, le cas échéant, de l'article 309 CE¹⁴³.

Ces garanties fondamentales reprises aux articles 6 et 7 TUE sont la base du fonctionnement de la construction européenne qui est fondée, en effet, sur l'interaction institutionnelle, personnelle, fonctionnelle et procédurale très étroite entre les deux niveaux constitutionnels. D'un coté, la nomination des membres de la Commission Européenne et des juges à la Cour de Justice se fonde sur un accord commun des Etats membres (v. les articles 214, al. 2, et 223, al. 1 CE). Au Conseil, les ministres des gouvernements nationaux jouent un rôle décisif dans le processus décisionnel et législatif de l'Union. Leur légitimité et leur contrôle démocratique restent un pilier essentiel de la légitimité de l'action de l'Union Européenne tout entière. En outre, la mise en œuvre du droit communautaire est assurée en grande partie par les institutions nationales. Le respect des droits et libertés individuels garantis par le traité aux citoyens de chaque Etat membre dans tous les autres Etats membres ne serait pas assuré si leurs systèmes administratifs et juridictionnels n'étaient pas conformes aux principes de l'article 6 CE.

Certaines clauses d'intégration dans les constitutions nationales, et particulièrement l'article 23, al. 1, de la Loi fondamentale allemande, exigent à leur tour que l'Union européenne soit construite et fonctionne dans le respect de ces mêmes principes (*infra*, § 3). Compte tenu de cette réciprocité des clauses visant la sauvegarde des principes fondamentaux aux deux niveaux constitutionnels de l'Union, il

¹⁴³ Pour une étude approfondie, v. F. Schorkopf, *op. cit.* note 93.

n'est pas exagéré de dire que la constitution européenne représente un nouveau système de sauvegarde des principes structurels de base et des droits fondamentaux communs tirés des traditions de l'Etat constitutionnel occidental¹⁴⁴, jusqu'alors inconnu dans les relations interétatiques. Peut-on continuer de prétendre, face à ce système, que les Etats membres sont encore les maîtres de leur propre constitution¹⁴⁵ ?

§ 3 Clauses constitutionnelles d'intégration

Quelle est la fonction spécifique des clauses d'intégration contenues dans les constitutions nationales par-delà la seule ouverture vers la création de structures supranationales et l'éventuelle habilitation formelle des autorités nationales à négocier les traités sur la création de la Communauté ou de l'Union, sur la révision de ceux-là ou sur l'élargissement de celles-ci ? Portent-elles, notamment, autorisation d'un transfert de compétences ou de souveraineté nationale à l'Union Européenne ? Organisent-elles des procédures spécifiques à cette fin ? Posent-elles des conditions substantielles ? Qui sont les acteurs autorisés ? Quelles sont les limites ?

Suivant la thèse défendue ci-dessus, ces clauses – malgré les expressions employées – ne peuvent pas être entendues comme autorisant le transfert ou la délégation de compétences de chaque Etat membre dans un sens technique ou mécanique. Les pouvoirs attribués à la Communauté ne sont pas (toujours) des pouvoirs dont les institutions des Etats membres disposaient antérieurement. Dans la plupart des Etats membres, il n'existait pas de politique de concurrence ou d'aides d'Etat, ni de politique de l'environnement ou de la consommation *etc.*, avant l'établissement de la Communauté ou leur adhésion. En effet, les compétences de la Communauté, en ce compris celles concernant l'harmonisation des législations, sont différentes, par leur nature même, de celles des Etats membres. Les clauses d'intégration, quant à elles, représentent l'ouverture de chaque constitution nationale à la constitution d'un nouveau pouvoir public supranational. Elles fixent les conditions et la procédure pour la constitution d'un nouvel ordre juridique qui se distingue des

¹⁴⁴ Pour ce système de sauvegarde déjà avant le traité d'Amsterdam, v. I. Pernice, « Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung », in R. Bieber/P. Widmer (éds.), *L'espace constitutionnel européen*, 1995, p. 225 (261 et suiv.). V. également I. Pernice, *op. cit.* note 93, p. 72 (725 et suiv., 736) ; I. Pernice/F. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, p. 623.

¹⁴⁵ Dans le sens négatif, à juste titre, F. Schorkopf, *op. cit. supra*, note 93, p. 211, parle d'une restriction de l'autonomie des Etats membres en ce qui concerne leurs ordres juridiques.

ordres juridiques nationaux tout en s'y intégrant matériellement, leur est complémentaire et est destiné à poursuivre en commun des objectifs que les citoyens de chaque Etat membre ne croient pas pouvoir réaliser effectivement au niveau national.

L'analyse des nombreuses clauses – de leur absence totale, comme dans le droit britannique, jusqu'à la spécification très détaillée des conditions, procédures et limites d'une participation possible à l'Union ou à une organisation semblable (*infra*, 1) – ne permet pas de tirer des conclusions simples quant à leur fonction. Il semble possible, toutefois, de mettre en relief les effets constitutionnels qui sont communs à toutes les clauses et qui paraissent, d'ailleurs, indispensables comme relais entre le niveau national et le niveau européen de la constitution de l'Union (*infra*, 2). En revanche, on ne saurait ignorer leur caractère limitatif en ce qui concerne l'ouverture des constitutions nationales vis-à-vis de la constitution d'un pouvoir public supranational. Ces limites semblent donner des indices sur l'éventuelle structure d'une telle constitution et sa relation avec celles des Etats membres (*infra*, 3). Il paraît possible, finalement, de tirer de cette analyse quelques conclusions sur l'utilité de ces clauses d'intégration qui ne sont pas sans importance, non plus, pour l'identité même des Etats intéressés (*infra*, 4).

1. Analyse comparative des clauses d'intégration

On trouve des clauses d'intégration dans toutes les constitutions des Etats membres de l'Union, à l'exception du Royaume-Uni et de la Finlande. Le Royaume-Uni n'a tout simplement pas de constitution écrite ; l'adhésion a été décidée par un simple acte parlementaire, le *European Communities Act* de 1972¹⁴⁶. En Finlande, l'adhésion fut également décidée dans un acte parlementaire basé sur les dispositions générales de la constitution concernant la conclusion de traités internationaux. Ces dispositions prévoient que le Parlement donne son approbation à la majorité de deux tiers lorsqu'un traité affecte la constitution. Le texte de la nouvelle constitution finlandaise¹⁴⁷, qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2000, ne contient pas davantage de clause d'intégration ; il ne fait même aucune référence expresse à la participation de la Finlande dans l'Union Européenne¹⁴⁸. La constitution irlan-

¹⁴⁶ V. notamment Section 2 (1) concernant l'effet direct du droit communautaire et la Section 2 (4) pour ce qui concerne la primauté; pour plus de détails, v. J. Shaw, *Law of the European Union*, 1996, p. 295 et suiv.

¹⁴⁷ Abrégé ci-après : Cfin.

¹⁴⁸ V. les articles 69 et 66 du Constitution Act (1995) et la référence à la procédure sur les exceptions à la constitution dans l'article 95. Pour des détails, v. K. Pohjolainen, « National constitutional Law and European Integration : Finland », in F.I.D.E. (éd.), *Le droit constitutionnel national et*

daise ne contient pas, elle non plus, de clause d'intégration proprement dite ; c'est la constitution elle-même qui est modifiée chaque fois qu'un nouveau traité est ratifié. La ratification est autorisée expressément par le texte de la constitution¹⁴⁹, qui prévoit la reconnaissance de la primauté du droit communautaire dans sa totalité¹⁵⁰. Pour les autres Etats membres, il existe des clauses constitutionnelles expresses concernant soit l'unification de l'Europe, soit simplement le transfert de compétences à des organes supra- ou internationaux¹⁵¹. Elles se distinguent les unes des autres à plusieurs égards :

a. Auteur, nature, objet et destinataire de l'acte

Qui représente le peuple d'un Etat membre et participe à l'acte constitutif de la Communauté européenne selon les constitutions nationales ? Dans l'article 88-2 de la Constitution française¹⁵², il est question de « la France » ; dans l'article 7, al. 6 de la Constitution portugaise¹⁵³, c'est « le Portugal », tout comme « l'Italie » selon l'article 11 de la Constitution italienne¹⁵⁴. En Allemagne, l'article 23, al. 1, de la Loi fondamentale¹⁵⁵ parle de la fédération (le « Bund »). D'autres constitutions s'expriment de façon neutre et se limitent à prévoir « l'instrument » de la participation à l'intégration européenne : en Autriche, en Espagne et au Danemark, c'est la loi¹⁵⁶, au Luxembourg¹⁵⁷, en Grèce et aux Pays bas¹⁵⁸, c'est un traité, tandis que

l'intégration européenne, Actes du 17ème congrès, Berlin 1996, vol I, p 399 (403 et suiv.). Pour la Constitution finlandaise du 11 juin 1999 qui entre en vigueur le 1 mars 2000, v. les commentaires de M. Suksi, « The Constitution 2000 », *EurPL*, 1999, p. 338 et suiv. ; c'est l'article 94 qui reprend ces dispositions (v. *ibid.*, p. 343 : « It shall be pointed out that the new Constitution will not contain any direct mention in this context of the fact that Finland will, constitutionally speaking, be a member of the European Union, although other parts of the Constitution contain provisions on how EU matters shall be prepared by the executive and the legislature » (articles 93, al. 2, et 96, al. 1 et 3 CF 1999).

¹⁴⁹ Article 29.4 al. 3 § 1-3 Constitution irlandaise, v. D. R. Phelan/A. Whelan, « National constitutional law and European integration », in F.I.D.E. (éd.), *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, 1996, p. 292 (295 et suiv.).

¹⁵⁰ Pour l'importance pratique, v. D. R. Phelan/A. Whelan, *op. cit. supra*, note 149, pp. 298 et suiv., 306 et suiv., 324.

¹⁵¹ Des rapports pour chaque Etat membre avec des références en ce qui concerne la base constitutionnelle de l'intégration européenne sont fournis in J. Rideau (éd.), *op. cit. supra*, note 140.

¹⁵² Abrégé ci-après : CF.

¹⁵³ Abrégé ci-après : CP.

¹⁵⁴ Abrégé ci-après : CI.

¹⁵⁵ Abrégé ci-après : LF.

¹⁵⁶ V. l'article 9 al. 2 de la Constitution autrichienne, abrégé ci-après : CA, l'article 93 de la Constitution espagnole, abrégé ci-après : CE, et l'article 20, al. 2, de la Constitution danoise, abrégée ci-après : CD.

deux instruments (un traité ou une loi) sont prévus par l'article 34 Constitution belge¹⁵⁹. La nouvelle disposition du Chapitre X, Art. 5, al. 1er de la Constitution suédoise¹⁶⁰, enfin, précise que c'est le parlement (« Riksdag ») qui confie un pouvoir décisionnel aux Communautés européennes¹⁶¹.

Que l'acteur soit indiqué ou non, ce qui est commun à toutes ces clauses c'est que le concours du législateur est prévu dans toutes les constitutions suivant des modalités et procédures divergentes. Et c'est bien ce principe qui paraît essentiel. Bien que les traités constituant la Communauté ou l'Union Européenne soient négociés par les gouvernements des Etats membres au cours d'une conférence diplomatique, investir les institutions européennes d'un pouvoir public, leur confier des compétences législatives, exécutives ou judiciaires ne peut se faire que par l'acte d'un représentant direct et légitime du peuple. Agissant en commun avec les peuples – ou citoyens – des autres Etats membres, les citoyens de chaque Etat membre confèrent ainsi l'exercice d'une partie de leur souveraineté à la Communauté, en relativisant la souveraineté nationale qui trouve alors son complément au sein de l'Union Européenne¹⁶².

Les constitutions convergent néanmoins très peu, quant à la nature, le caractère et l'objet de cette transaction. La constitution française parle dans son article 88-2 concernant l'établissement de l'UEM, de „transferts de compétences“, tandis qu'en Allemagne et en Autriche la fédération peut transférer des droits d'autorité publique (« Hoheitsrechte »). La constitution néerlandaise, pour sa part, prévoit l'octroi (« opgedragen ») de pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires, et celle du Luxembourg le transfert de l'exercice des attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. La disposition la plus adéquate et persuasive semble être celle du Chapitre 10 § 5, al. 1^{er}, CS, qui permet de confier (« entrust ») un pouvoir de décision aux Communautés Européennes, bien que la

¹⁵⁷ V. l'article 49bis de la Constitution luxembourgeoise, abrégé ci-après: CL, et l'article 28, al. 2, de la Constitution grecque, abrégé ci-dessous : CG.

¹⁵⁸ V. l'article 92 Constitution néerlandaise, abrégé ci-après : CN.

¹⁵⁹ Abrégé ci-après : CB.

¹⁶⁰ Abrégé ci-après CS ; v. sur la révision de la Constitution O. Ruin, « Suède », in J. Rideau (éd.), *Les Etats Membres de l'Union Européenne*, p. 440 et suiv.

¹⁶¹ Pour des détails, v. G. Schäder/M. Melin, *The FIDE XX Congress. European Union Law and National Constitutions. The Swedish Report*, www.FIDE2002.org, p. 4 et suiv.

¹⁶² V. dans ce contexte les références sur la doctrine de la souveraineté partagée in I. Pernice, « The Framework Revisited : Constitutional, Federal and Subsidiarity Issues », in *Second Frankfurt-Columbia Symposium on Comparative Law, Harmonization of Laws in Federal Systems : A Comparative Perspective*, *Col.JEL*, 1996, p. 403 (418). Cette doctrine est étroitement liée et à l'analyse du système fédéral américain ; v. A. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835, ch. VIII (« partager la souveraineté ») et aussi A. Hamilton in *Federalist*, n° 32, (« division of the sovereign powers »).

seconde phrase concernant la procédure reprenne le terme de « délégation ». La Constitution belge reste plus générale lorsqu'elle énonce que l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué à des institutions internationales. Tel est aussi le cas de l'article 93 de la Constitution espagnole qui fixe les modalités suivant lesquelles peuvent être ratifiés des traités attribuant des « competencias derivadas de la Constitución » à une organisation ou institution internationale. Dans tout ces cas, on peut voir que l'auteur de l'acte est le peuple des Etat Membres en cause. En revanche, la Constitution portugaise autorise le « Portugal », par son article 7 al. 6, à « conventionar o exercício am comum dos poderes necessários à construção da união europeia ». Ceci ressemble, en effet, à l'article 88-1 CF selon lequel « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union Européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Il est difficile de confondre les « Etats » dans cette dernière formule avec les « peuples ». Toutefois, comme on l'a vu, il ne s'agit pas de compétences des Etats, au niveau européen, mais de (nouvelles) compétences spécifiques créées au niveau européen.

Les destinataires de l'acte de transfert, d'attribution ou d'octroi de compétences sont souvent les Communautés ou l'Union Européenne, comme c'est le cas pour les constitutions du Portugal, de la France, de la Suède et de l'Allemagne (article 23 al. 1 LF). En revanche, plusieurs constitutions parlent, plus généralement, soit d'institutions ou d'organisations internationales ou de droit international (article 9 al. 2 CA, article 34 CB, article 92 CN, article 93 CE, article 49bis CL), soit, comme l'article 28 al. 2 de la Constitution grecque, d'organes d'organisations internationales. D'autres se réfèrent, comme dans l'article 20, al. I.1, de la Constitution danoise, aux autorités internationales constituées par accord mutuel avec d'autres Etats pour la promotion de l'ordre juridique international et de la coopération. Toutes ces dispositions sont supposées couvrir la construction européenne bien que celle-ci ne constitue nullement une organisation ou institution internationale.

b. Buts et objectifs

La Loi fondamentale allemande prévoit la participation de l'Allemagne au développement de l'Union Européenne dans la perspective d'une Europe unifiée. Le préambule de la Loi fondamentale précise de son côté que le peuple allemand s'est proposé de servir, en tant que membre égal dans une Europe unifiée, la sauvegarde de la paix mondiale. Certaines constitutions utilisent des formules semblables¹⁶³ ;

¹⁶³ V. l'article 11 CI : système destiné à sauvegarder la paix et la justice entre les Nations.

d'autres, comme par exemple la Constitution française, ne précisent aucun objectif¹⁶⁴. Ainsi, l'unité Européenne ou la coopération pacifique entre les Etats dans un organisme supra- ou international semble être un but en soi, qui est reconnu suffisant par les constitutions pour justifier la création d'une nouvelle structure et la doter de compétences effectives.

c. Conditions essentielles d'intégration européenne

La plupart des constitutions ne précisent en rien la structure de l'organisme visé, si ce n'est pas par la simple mention de l'Union Européenne ou d'une organisation internationale. Cette dernière formule semble exclure la création d'un Etat fédéral, comme on peut le déduire du libellé de l'article 88-1 CF, aux termes duquel « la République *participe* aux Communautés [...] et à l'Union [...] constituées d'*Etats* [...] en vertu de [...] *traités* » internationaux¹⁶⁵. Il va de soi que l'article 89, al. 5, CF concernant la forme républicaine de la France doit s'appliquer, au même titre que les garanties parallèles dans d'autres constitutions¹⁶⁶.

Certaines constitutions sont plus limitatives et plus concrètes en ce qu'elles précisent quelques conditions concernant la structure de l'organisation en cause : en ce sens, l'article 28, al. 2, CG prévoit que l'attribution de pouvoirs à l'organisation doit servir un intérêt national important et promouvoir la coopération entre les Etats; les limitations de l'exercice de la souveraineté nationale ne sont admises que dans la mesure où elles n'affectent pas la protection des droits de l'homme et les fondements du gouvernement démocratique. Elles doivent de plus reposer sur le principe de l'égalité et, comme l'exigent les articles 88-2 et 88-3 CF pour la création de l'UEM et le droit de vote européen, ainsi que l'article 7, al. 6, CP, remplir la condition de réciprocité.

La Constitution portugaise souligne dans son article 7, al. 6, la nécessité de respecter le principe de la subsidiarité et de la cohésion économique et sociale. Aucune autre constitution ne fait référence à ce dernier principe, tandis que le respect du principe de la subsidiarité se range aussi parmi les valeurs à sauvegarder suivant les termes de l'article 23, al. 1, LF. Il prévoit que l'Union Européenne doit

¹⁶⁴ V. également les articles 34 CB, 92 CN, 93 CE, 28 CG, 20 I CD, 49bis CL.

¹⁶⁵ Dans ce sens, v. P. Gaia, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, rapport français », in F.I.D.E. (éd.), *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, vol. 17 (1996), p. 231 (258). Une telle limite semble s'imposer en Espagne. On déduit cela du fait que l'article 93 CE ne prévoit pas l'attribution « des compétences » mais bien « l'exercice de compétences » ce qui veut dire « de certaines compétences et de quelques compétences seulement » ; v. A.M. Martín, « Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne », in F.I.D.E. (éd.), *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, vol. 17 (1996), p. 206 (227).

¹⁶⁶ V. également l'article 288, lit. b), CP, l'article 110, al. 1, CG et l'article 139 CI.

répondre aux exigences de la démocratie, de l'Etat de droit, social et fédératif, et qu'elle doit assurer la sauvegarde des droits fondamentaux. Cette disposition allemande précise, enfin, que les limites à une révision constitutionnelle qui sont posées par l'article 79, al. 3, LF, ne peuvent être affectées par aucun acte d'intégration. Il s'agit ici des principes de la démocratie, de l'Etat de droit, de l'Etat social et fédéral, y compris de la participation des Länder à la législation, ainsi que de la garantie de la dignité de l'homme et le caractère inaliénable des droits fondamentaux. Il paraît bien clair que, de façon similaire, les limites posées par l'article 288 CP à la révision constitutionnelle au Portugal s'appliquent aux actes d'intégration¹⁶⁷. Il en va de même en Grèce pour les limites à la révision constitutionnelle posées par l'article 110, al. 1, CG. L'article 94, al. 3, de la nouvelle Constitution finlandaise exclut également toute obligation internationale qui compromettrait les fondements démocratiques de la constitution. La Constitution suédoise quant à elle, autorise l'attribution de pouvoirs de décision aux Communautés dans la mesure où ceux-ci assurent la sauvegarde des droits et libertés correspondant à la protection assurée par la Constitution et par la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'homme (chapitre 10, § 5, CS).

Comme cela a déjà été souligné (*supra* § 2.4), ces conditions auxquelles s'ajoutent les articles 6 et 7 TEU, forment un système de stabilisation mutuelle des valeurs fondamentales en cause¹⁶⁸, dont l'efficacité sera renforcée par la consécration, dans une future constitution européenne, de la Charte des droits fondamentaux proclamée solennellement au Sommet de Nice¹⁶⁹.

d. La procédure constitutionnelle : de la loi simple au vote populaire

Alors que certaines constitutions ne prévoient pas de procédure particulière pour la conclusion de traités d'intégration et pour le transfert de compétences correspondant¹⁷⁰, le caractère constitutionnel des traités d'intégration européenne se reflète dans les modalités procédurales particulières qui sont prévues dans d'autres constitutions nationales.

En Allemagne, la procédure prévue à l'article 79, al. 2 et 3, LF pour la révision

¹⁶⁷ V. dans ce contexte J. Miranda, « La constitution portugaise et le traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 679.

¹⁶⁸ Pour ce système de stabilisation constitutionnelle, v. I. Pernice, *op. cit.* note 93, p. 703 (725 et suiv., 736) ; I. Pernice/F. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, p. 623.

¹⁶⁹ V. *infra*, § 4 1.b.

¹⁷⁰ V. l'ancienne clause d'intégration allemande, article 24, al. 1, LF et les articles 34 CB, 49bis CL. La constitution portugaise ne prévoit aucune règle spéciale pour l'adhésion à la Communauté européenne et la révision des traités qui se font, par conséquent, conformément aux règles généralement applicables aux accords internationaux.

de la constitution s'applique à la création de l'Union Européenne, ainsi qu'à toute modification des traités constitutifs de celle-ci, qui ont pour objet ou pour effet de modifier le contenu matériel de la Loi fédérale (article 23, al. 1, LF). De façon similaire, la Constitution autrichienne prévoit l'application de la procédure de révision lorsque le traité modifie ou complète la Constitution et exige en outre un référendum au cas où il s'agit d'une « révision totale » de la Constitution (articles 9, al. 2, 50, 44 CA). Ces conditions ont été considérées comme remplies lors du traité de l'adhésion de l'Autriche à l'Union Européenne¹⁷¹. L'article 93, combiné avec l'article 91, al. 3, CN, exige une majorité des deux tiers des deux chambres lorsque le traité comporte ou exige un amendement de la Constitution. En Grèce, la constitution exige une majorité des trois cinquièmes (article 28, al. 2, CG) . En Suède, c'est une procédure très lourde, applicable aux lois fondamentales, qui doit être suivie, si la nouvelle procédure de décision à la majorité des trois quarts des députés présents du Riksdag n'est pas suivie (chapitre 10, § 5, al. 1 et chapitre 8, § 15, CS). La Constitution danoise prévoit une majorité des cinq sixièmes ; un référendum est nécessaire si cette majorité n'est pas atteinte mais bien celle qui est requise pour l'adoption de projets de lois ordinaires (article 20 I, al. 2, CD). En Irlande, c'est par une disposition de la Constitution que la ratification de toute révision du traité de l'Union est autorisée. La Constitution espagnole, par contre, se contente d'une simple loi organique (article 93 CE), sauf dans le cas où le traité contient des dispositions contraires à la Constitution. Dans de telles circonstances, l'article 95, al. 1, CE exige une révision préalable de la Constitution. Cette solution semble correspondre à la solution française qui est basée sur les articles 53 et 54 CF : si le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution une disposition du traité en cause, sa ratification n'a lieu qu'après une révision de la Constitution¹⁷². En revanche, l'article 279, al. 4, de la Constitution portugaise soumet la ratification d'un traité international contenant des stipulations contraires à ses dispositions à la condition qu'elle soit décidée par une majorité des deux tiers des députés présents et par la majorité absolue du nombre total des députés.

e. Clauses d'intégration des futurs Etats membres

Aucune des constitutions des Etats candidats à l'adhésion à l'Union Européenne ne prévoit de clause d'intégration expresse. L'article 90 de la nouvelle Constitution

¹⁷¹ V. T. Öhlinger, *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union*, 1999, p. 16, 31 et suiv., 78, 168 ; v. également *supra*, note 106.

¹⁷² Pour la construction et la pratique, v. J. Dutheil de la Rochère, « The French Conseil constitutionnel and the constitutional development of the European Union », in M. Kloepfer/I. Pernice (éds.), *Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam*, 1999, p. 43 (44 et suiv.).

polonaise (1997) se limite à des termes généraux et permet la délégation de pouvoirs des organes de l'Etat à des organisations ou institutions internationales à la majorité des deux tiers du Sejm et du Sénat¹⁷³. La République tchèque et la Lituanie ont adopté des constitutions contenant des clauses similaires, sans mention expresse de l'Union Européenne¹⁷⁴. Trois éléments importants y sont cependant contenus : l'application directe en droit national des actes des organisations auxquelles le pays adhère, la primauté de ces actes par rapport aux actes législatifs internes et une procédure spécifique – dite de révision constitutionnelle – en application de laquelle une telle adhésion peut être décidée¹⁷⁵.

2. Effets juridiques et constitutionnels de l'acte d'intégration

Les dispositions adoptées ou envisagées dans les Etats candidats à l'adhésion à l'Union Européenne tiennent compte de la spécificité des effets des actes relatifs à l'intégration, pouvant être identifiés comme les effets constitutionnels de la participation dans l'Union. Ces effets concernent le contenu matériel des constitutions nationales (*infra*, a), la fonction des institutions et organes nationaux (*infra*, b), la hiérarchie des normes dans les ordres juridiques (*infra*, c) et, enfin, la question de savoir dans quelle mesure des dispositions spécifiques des constitutions dans les Etats Membres doivent être adaptées ou modifiées (*infra*, d).

a. Mutation des constitutions nationales

C'est à l'occasion de la ratification du Traité de Maastricht que la modification

¹⁷³ Pour des détails, v. S. Biernat, « Constitutional Aspects of Poland's Future Membership in the European Union », *AV*, 1998, p. 398 ; M. Wyrzykowski, « Die Europaklausel in der polnischen Verfassung – Souveränität in Gefahr ? », in *FCE* 6/98, <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/index.htm>>. Pour la Constitution slovaque (1999), v. l'article 86, lit. b), en vertu duquel l'adhésion à une confédération d'Etats est possible par une loi constitutionnelle.

¹⁷⁴ Pour les réformes entamées dans ces pays, v. I. Pernice, « Remarks concerning the proposed Articles 136 and 138 of the Constitution of Lithuania », in *Europos Teises Departamentas prie LR Vyriausybės u.a. (Hrsg.), Stojimas I Europos Sajunga Ir Konstitucija*, Seminario medžiaga 1999 06 29-30, 2000, p. 172 et suiv.

¹⁷⁵ V. J. Zemanek, « Mittel- und Osteuropa vor dem EU-Beitritt : Erwartungen an die Europäische Union und rechtliche Bedingungen für den Verzicht auf die nationale Souveränität », in M. Klopfer/I. Pernice (éds.), *op. cit.* note 172, p. 132 et suiv., avec une liste de huit questions clefs dans la discussion ; pour les développements plus récents, v. J. Zemanek, *Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts in der Tschechischen Republik nach dem Beitritt zur Europäischen Union – Verfassungsrechtliche Aspekte der Öffnung der Staatlichkeit*, WHI-paper 7/99, <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/index.htm>> ; pour ce qui concerne les travaux en Lituanie : V. Vadapalas, *Independence and Integration*, in *FCE* 2/99, <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/index.htm>>.

expresse de certaines dispositions de la constitution a été jugée nécessaire¹⁷⁶ dans plusieurs Etats membres. Ces modifications concernaient, notamment, le droit de vote des citoyens de l'Union et l'établissement de la Banque Centrale Européenne. Ce qui n'a toujours pas trouvé de consécration explicite dans la plupart des constitutions, c'est l'attribution de compétences législatives, exécutives ou judiciaires aux institutions communautaires. Cette limitation de souveraineté au niveau national, autrement dit la destitution et/ou la modification substantielle du pouvoir des institutions de chaque Etat membre, correspond à la constitution des institutions avec leurs compétences respectives au niveau européen. Aucun texte des constitutions nationales ne prend note, par exemple, du caractère exclusif de certaines compétences de la Communauté européenne dans le domaine des politiques communes¹⁷⁷ ou en matière de politique commerciale¹⁷⁸, ni des restrictions de la compétence législative des Etats membres qui découlent de l'exercice, par les institutions de la Communauté, des compétences communautaires « partagées » ou « virtuelles »¹⁷⁹.

La simple doctrine de la primauté du droit communautaire et son effet direct¹⁸⁰ suffisent pour donner implicitement aux dispositions des constitutions nationales en cause un nouveau contenu. Un tel effet peut aussi se produire par des actes du droit dérivé. Ainsi l'article 23e, al. 3, seconde phrase de la Constitution autrichienne – unique en son genre – envisage-t-il une modification de la Constitution par un acte juridique de la Communauté, en prévoyant un droit de veto du Conseil national vis-à-vis du ministre autrichien dans la phase préparatoire de l'acte en question.

Bref, il ne suffit plus de consulter et d'interpréter le simple texte des constitutions nationales pour connaître l'étendue des pouvoirs des organes qu'elles insti-

¹⁷⁶ V. les articles 88-1 et suiv. CF ; v. M. Fromont, « Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Frankreich », in U. Battis/D.T. Tsatsos/D. Stefanou (éds.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 1995, p. 126, 133 et suiv. ; P. Gaia, *op. cit.* note 165, p. 256), les articles 23, 28 al. 1, 45, 50, 52, al. 3a, 88 LF (v. U. Battis, « Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland », in U. Battis/D.T. Tsatsos/D. Stefanou (éds.), *op. cit.*, p. 81 (88 et suiv.), l' article 13, al. 2 CE (v. A. Mangas Martín, « Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne », in F.I.D.E. (éd.), *op. cit.*, p. 206, 226 et suiv.), les articles 7, al. 6, 15, 105, 166 lit. f), 200 lit. l) CP (v. les commentaires de R. Machete, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », in F.I.D.E. (éd.), *op. cit.*, p. 394 (396 et suiv.).

¹⁷⁷ V. C.J.C.E. 18 févr. 1970, *Bollmann*, aff. 40/69, *Rec.*, 69 (80 et suiv.) ; v. à ce propos D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 2^e éd. 1998, p. 84 et suiv. ; pour le volet de compétences extérieures, v. C.J.C.E. 31 mars 1971, aff. 22/70, *AETR*, *Rec.*, 263 (275 et suiv.).

¹⁷⁸ Pour la jurisprudence constante de la Cour, v. l'avis 1/94 du 15 nov. 1994, *WTO*, *Rec.*, I-5267 (5395 à 5399). Pour ce qui concerne le domaine de la pêche, v. C.J.C.E. 5 mai 1981, l'aff. 804/79, *Mesures de conservation*, *Rec.*, 1045 (1072 et suiv.).

¹⁷⁹ V. pour la jurisprudence de la Cour à cet effet, P. Manin, *op. cit.*, p. 94 et suiv.

¹⁸⁰ V. à cet égard *infra*, point c.

tuent et des droits des particuliers vis-à-vis de l'autorité publique. Seule une vue d'ensemble de ces textes avec les traités, le droit dérivé européen et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes révèle la portée exacte des droits et pouvoirs attribués respectivement aux organes nationaux et communautaires.

b. Tâches et régime juridique pour des institutions nationales

Ceci a un impact important sur la définition européenne des fonctions des institutions et organes au niveau national : sans que l'on en trouve nécessairement une trace dans le texte des constitutions nationales, les institutions et organes des Etats membres sont non seulement dépourvus de certains de leurs pouvoirs - dorénavant attribués aux institutions communautaires -, mais ils bénéficient également de certaines nouvelles attributions concernant la mise en place et la mise en œuvre des dispositions communautaires. Comme cela a déjà été mentionné¹⁸¹, sont concernés les parlements nationaux, les juges et le pouvoir exécutif. Et ceci est une caractéristique fondamentale du système constitutionnel composé.

Les nouvelles fonctions des parlements nationaux concernent notamment la législation au niveau européen. Leur participation active dans le processus législatif correspond à une pratique établie depuis longtemps au Danemark où le parlement donne des instructions très claires et précises sur les positions à défendre par les ministres danois au Conseil¹⁸². Dans quelques Etats membres, la participation du parlement national et/ou de la chambre des Länder/régions à la définition de la position nationale au Conseil fait l'objet d'une disposition spécifique dans la constitution. Tel est par exemple le cas de l'article 88-4 CF, de l'article 23, al. 3, LF, des articles 23d et e CA, de l'article 200, al. 1, lit. i) CP et des sections 93, al. 2, et 96 CFin (2000). Dans d'autres Etats membres, le contrôle parlementaire se fait sur la base de la loi relative à l'adhésion ou de principes généraux.¹⁸³ Son importance a

¹⁸¹ V. *supra*, § 2, point 3.c.

¹⁸² V. H. Zahle, « Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Dänemark », in U. Battis/D.Th. Tsatsos/D. Stephanou (éds.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 1995, p. 47 (67 et suiv.) ; v. également T. de Berranger, *Constitutions nationales et construction communautaire*, 1995, p. 429 et suiv.

¹⁸³ Au Danemark, c'est par l'article 6, al. 2, de la loi sur l'adhésion du 11 oct. 1972 que le représentant du gouvernement est lié à la stratégie adoptée par l'assemblée ou sa commission d'affaires européennes (v. à cet égard l'arrêt, *infra* note 203) ; pour l'Italie, c'est sur la base de la loi n° 183 du 16 avr. 1987 que le parlement doit être informé au préalable des actes communautaires proposés (v. S. Bartole/L. Daniele, « National Constitutional Law and European Integration » (rapport italien), in F.I.D.E. (éd.), *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, 1996, p. 333 et suiv. ; pour les autres Etats membres, v. l'analyse comparative très exhaustive de T. de Berranger, *supra*, note 182, p. 396 à 455 ; pour la solution néerlandaise, basée sur le rôle central du parlement, L.F.M. Beesselink, « An Open Constitution and European Integration », *ibidem*. p. 361 (367 et

d'ailleurs été affirmée dans le Protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union Européenne adopté lors de la conférence intergouvernementale d'Amsterdam (1997)¹⁸⁴. A l'exception de l'article 23c CA, aucune constitution ne détermine cependant le pouvoir et la procédure de nomination des membres de la Commission, de la Cour de justice et d'autres institutions communautaires. En général, les constitutions ne s'occupent ni du rôle du chef du gouvernement au Conseil Européen (article 4 TEU) ni des représentants du gouvernement au Conseil ni de la fonction particulière du législateur national dans la mise en œuvre des directives communautaires, et notamment de son obligation de loyauté européenne.

De plus, le rôle essentiel des Etats membres dans la mise en œuvre des règles communautaires et le caractère essentiellement décentralisé de leur mise en œuvre administrative, qui est une caractéristique fondamentale du système communautaire, a été ignoré pendant très longtemps¹⁸⁵. Le partage des fonctions – législative au niveau communautaire, d'exécution au niveau national – représente un instrument important de « séparation verticale des pouvoirs » et un moyen d'assurer l'équilibre constitutionnel, essentiel pour la sauvegarde effective des libertés individuelles. Tout fonctionnaire et tout juge national, à quelque niveau que ce soit, sont soumis, en vertu de l'article 10 TCE, aux obligations de coopération, de fidélité et de loyauté européennes¹⁸⁶. Ainsi est-il tenu, non seulement d'appliquer correctement – et en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice –, les dispositions du droit communautaire, mais également d'écarter l'application des dispositions de son droit national dans la mesure où leur application serait incompatible avec le droit communautaire¹⁸⁷. L'exécutif et les juges nationaux sont, dans

suiv.) ; pour le Royaume-Uni, v. P. Birkinshaw, « National Constitutional Law and European Integration », *ibid.*, p. 440 (455 et suiv.) ; v. aussi le résumé de I. Pernice, *in op. cit. supra*, note 37, Art. 23 note 13.

¹⁸⁴ V. également les Déclarations relatives au rôle des Parlements nationaux dans l'Union Européenne et à la conférence des Parlements (assises), adoptées lors de la CIG de Maastricht (1992). Le traité de Nice ne contient aucune nouvelle déclaration à ce sujet.

¹⁸⁵ V. à cet effet, D. Simon, *op. cit., supra*, note 177, p. 102, avec d'autres références.

¹⁸⁶ Tout récemment P. Häberle, *Der europäische Jurist*, 2002, p. 7. V. déjà I. Pernice, *op. cit.* note 19, p. 33 concernant le rôle des parlements nationaux.

¹⁸⁷ Ceci a été reconnu explicitement par la Cour constitutionnelle allemande, v. BVerfGE 31, 145 (174 et suiv.), *Lütticke* ; le principe a été reconnu également par la C.J.C.E., 22 juin 1989, *Costanzo*, aff. 103/88, *Rec.*, p. 1839 (1870 et suiv.) ; sur l'effet obligatoire pour les fonctionnaires des administrations nationales des dispositions d'une directive, v. C.J.C.E. 11 août 1995, *Großkrotzenburg*, aff. C-431/92, *Rec.*, I-2189 (2224 et suiv.) ; C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmmenthal II*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, points 14 – 23 ; C.J.C.E. 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125. En Italie, la Cour constitutionnelle a affirmé ce principe par le jugement no. 183/1973 (*For.it.*, 1974, I, 314, avec des réserves concernant les principes de base de l'ordre constitutionnel italien et les droits indéniables de l'être humain, v. S. Bartole/L. Daniele, *op. cit.* note 183, p. 334, 338 et suiv.).

cette perspective, des autorités nationales et européennes¹⁸⁸.

Les autorités publiques sont soumises à la loi et au droit (« Gesetz und Recht »), comme cela est prévu par exemple à l'article 20, al. 3, LF et comme cela résulte plus généralement du principe de l'Etat de droit, commun aux constitutions de tous les Etats membres. Même cette notion: « la loi et le droit » a subi une mutation : ce ne sont plus uniquement la loi et le droit national, mais également les règles du droit communautaire qui sont obligatoires pour chaque juge, fonctionnaire et citoyen dans l'ordre juridique de chaque Etat membre, en ce compris la primauté du droit communautaire sur le droit national. Par conséquent, le fonctionnaire ou le juge national doivent donner priorité à la norme communautaire et s'assurer, en outre, de la validité des dispositions communautaires qu'ils entendent appliquer, et notamment de leur conformité avec les droits fondamentaux garantis au niveau européen. En cas de doutes graves, le juge national est tenu de saisir la Cour de justice conformément à l'article 234 TCE¹⁸⁹.

c. Primauté du droit communautaire dans un ordre non hiérarchique

L'ordre constitutionnel composé de l'Union Européenne ne contient pas de dispositions expresses sur une hiérarchie des normes. Il est vrai que lors de la conclusion du Traité de Maastricht, la conférence intergouvernementale a adopté une Déclaration (no. 16) relative à la hiérarchie des actes communautaires (1992) qui aurait dû figurer à l'ordre du jour de la conférence intergouvernementale d'Amsterdam. Malgré des travaux importants entrepris dans cette perspective¹⁹⁰, aucune mesure n'a été prise à Amsterdam pour établir une hiérarchie des normes¹⁹¹. La déclaration elle-même s'est limitée à l'idée d'une classification des actes juridiques de la Communauté, sans pour autant exclure qu'une hiérarchie existe entre la règle communautaire et le droit national. En effet, la jurisprudence cons-

¹⁸⁸ V. S. Bartole/L. Daniele, *op. cit.* note 183, p. 330 (335), qui cherchent à expliquer pourquoi « Italian courts and administrative authorities are in the position of acting in the capacity as Community authorities... » ; v. pour le domaine des douanes J.-P. Jacqué/J.H. Weiler, « Sur la voie de l'Union Européenne, une nouvelle architecture judiciaire », *RTDE*, 1990, p. 441 (448) : « Bien que constituant des autorités nationales, les agents des douanes sont en fait des agents de la Communauté et leurs décisions sont en réalité – si l'on fait abstraction de leur origine formelle – apparentées aux décisions des agents de la Communauté en matière de concurrence ou d'antidumping ».

¹⁸⁹ C.J.C.E., 22 oct. 1987, *Foto Frost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199 points 15, 16 et BVerfG, *Kloppenburg*, *Rec.*, p. 75, 223 (234 et suiv.).

¹⁹⁰ V. par exemple R. Bieber/I. Salomé, « Hierarchy of Norms in European Law », *CMLRev.*, 1996, p. 907 et suiv.

¹⁹¹ V. R. Kovar, « La déclaration n° 16 annexée au Traité sur l'Union Européenne : chronique d'un échec annoncé », *CDE*, 1997, p. 3 et suiv. ; H. Gaudin, « Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ? », *RTDE*, 1999, p. 1 et suiv. Plus récemment H. Hofmann, *Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2000.

tante de la Cour de Justice confirme la primauté du droit communautaire sur la norme nationale, quel que soit son rang dans la hiérarchie nationale des sources de droit¹⁹². Dans la fameuse affaire *Kreil* concernant la non-discrimination des femmes souhaitant servir comme soldat, la décision de la Cour peut être lue comme une déclaration d'incompatibilité avec une directive communautaire de l'article 12a, al. 5, selon lequel, dans le domaine militaire, les femmes sont généralement exclues de tout service impliquant l'usage d'armes. La Cour n'a pas tenu compte du caractère constitutionnel de la disposition en question¹⁹³.

Certaines constitutions nationales prévoient que le droit – primaire ou dérivé – de l'organisation à laquelle l'adhésion a été décidée conformément aux procédures constitutionnelles prime tout acte législatif national de la Loi fondamentale allemande qui lui serait contraire. Tel est le cas des articles 96, al. 1, et 93 CE qui, lus ensemble, sont perçus comme une affirmation indirecte, et basée sur l'approche moniste en Espagne, de la primauté du droit communautaire¹⁹⁴. En France, la question de savoir si ceci peut être déduit de l'article 55 CF¹⁹⁵, est très controversée. L'article 88-1 CF pourrait être interprété, comme le propose T. de Berranger, « comme impliquant la suprématie des normes concrétisant l'exercice commun de certaines compétences sur celles incompatibles, fruit de l'exercice solitaire de ces compétences »¹⁹⁶. Dans ce même esprit, la clause de l'article 28, al. 1, CG, semblable à l'article 55 CF, trouve une interprétation positive, inspirée par la clause d'intégration de l'article 28, al. 2 et 3, CG, en faveur de la primauté du droit communautaire, y compris du droit dérivé¹⁹⁷. La question semble plus controversée au Portugal, où l'application directe des conventions internationales et du droit dérivé

¹⁹² V. notamment C.J.C.E., 15 juil. 1964, *Costa/E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1141 ; 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 609 et J.-V. Louis, « La primauté, une valeur relative ? », *CDE*, 1995, p. 23 et suiv. ; v. aussi *supra*, note 11.

¹⁹³ C.J.C.E., 11 janv. 2000, aff. C-285/98, *Kreil*, *Rec.*, 2000, p. I-69.

¹⁹⁴ V. A.M. Martín, « Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne », in F.I.D.E. (éd.), *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, vol. 17 (1996), p. 206 (213 et suiv., 227 et suiv.).

¹⁹⁵ Pour les difficultés de cette construction, v. cependant T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 182 et suiv. ; pour les incertitudes, v. également P. Gaia, *op. cit. supra*, note 165, p. 263 et suiv., 275 à 291, qui favorise un contrôle préventif de constitutionnalité du droit communautaire dérivé sur base d'un « pluralisme juridique » au lieu du principe hiérarchique.

¹⁹⁶ T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 216 ; v. par contre *ibid.*, p. 333 : « C'est le droit constitutionnel de chaque Etat Membre qui établit la hiérarchie des différentes normes juridiques », et : « dans tous les Etats membres, en l'absence d'une disposition contraire, le primat constitutionnel sur les traités est indiscutable » (*ibid.*, p. 335), « la soumission du droit communautaire au droit constitutionnel national est évidente, car c'est ce droit qui fournit le fondement juridique de l'engagement européen de l'Etat membre » (*ibid.*, p. 339).

¹⁹⁷ V. dans ce sens J. Iliopoulos-Strangas, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne » (rapport grec), in F.I.D.E. (éd.), *op. cit.*, 1996, p. 120 (149 à 205).

adopté par des organisations internationales dont le Portugal est membre, est expressément prévue à l'article 8, al. 2 et 3, CP¹⁹⁸. De façon tout à fait claire, l'article 29, al. 3, de la Constitution irlandaise affirme même la primauté des actes communautaires, droit dérivé et actes d'exécution compris, sur les règles nationales, fussent-elles constitutionnelles. La Constitution néerlandaise reconnaît également la primauté du droit communautaire (article 94 CN) ; les autorités nationales sont tenues de ne pas la remettre en question, même en cas de conflit avec la constitution¹⁹⁹. Parmi les constitutions des futurs Etats membres, seul l'article 91, al. 2 et 3, de la Constitution polonaise prévoit la primauté de la règle internationale, issue d'une organisation, sur les actes législatifs internes. En revanche, la suprématie sur les dispositions de la constitution n'a pas été retenue en Pologne²⁰⁰.

En l'absence de clauses expresses dans les constitutions sur le rapport entre le droit communautaire et le droit national, la question relève de la jurisprudence nationale : la primauté du droit communautaire a été très largement reconnue²⁰¹, sauf violation grave et évidente des garanties de droits ou principes constitutionnels fondamentaux²⁰², excès de pouvoir²⁰³ ou, comme au Royaume Uni, existence d'un acte parlementaire explicite contraire au European Communities Act de 1972²⁰⁴. Ces cas étant plutôt rares²⁰⁵, il reste à savoir quelle est la base de ce prin-

¹⁹⁸ Pour des opinions diverses, v. T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 196 et suiv.

¹⁹⁹ V. L.F.M. Besselink, *op. cit. supra*, note 183, p. 392 et suiv.

²⁰⁰ V. à cet effet S. Biernat, *op. cit. supra*, note 200, p. 411, 419 et suiv., qui propose, cependant, une solution procédurale qui consisterait dans un examen préventif de la constitutionnalité du traité d'adhésion par la Cour constitutionnelle ayant l'effet d'exclure tout recours ultérieur sur la même question (*ibid.*, p. 420 et suiv.).

²⁰¹ Pour la Belgique v. notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1971, *Etat belge v. SA Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, J.T.*, 1971, p. 460 et le Luxembourg, Cour supérieure de Justice (Cass.), 14 juil. 1954, *Chambre des Métiers/Pagani, Pas. lux.*, 1954, p. 150 ; v. T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 208 et suiv., et ses conclusions générales, *ibid.* p. 213 et suiv., 216 : « La hiérarchie normative est donc d'ores et déjà une réalité ». Pour le Royaume-Uni, v. P. Birkinshaw, « National Constitutional Law and European Integration », in F.I.D.E. (éd.), *op. cit.*, p. 440 (452 et suiv.).

²⁰² V. dans ce sens la Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 73, 339, *Solange II*, et BVerfGE 89, 155, *Maastricht* et la clarification importante BVerfGE 102, p. 147, *Bananen* commenté par I. Pernice, « Les bananes et les droits fondamentaux : la Cour constitutionnelle allemande fait le point », *CDE*, 2001, p. 427 et suiv. ; v. aussi Cour suprême du Danemark, 9 avr. 1998, *infra*, note 203, att. 9.8. ; pour la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, v. n° 183/1973, *Frontini, For.It.*, 1974, I, p. 314 ; n° 170/1984, *Granital, For. it.*, 1984, I, 2062 et n° 232/1989, *Fragd, For. It.*, 1990, I, p. 1855.

²⁰³ V. BVerfGE 89, 155 (188). V. également l'arrêt du 6 avril 1998 de la Cour suprême danoise, att. 9.6 (« the courts of law cannot be deprived of their right to try questions as to whether an EC act of law exceeds the limits for the transfer of sovereignty made by the Act of Accession ») ; v. UfR 1998 p. 800.

²⁰⁴ V. le résumé de la discussion au Royaume Uni et les références de T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 197 et suiv. : « réserve ultime de la souveraineté du Parlement britannique »,

cipe de primauté du droit communautaire : la constitution nationale de chaque Etat membre ou le droit communautaire lui-même ?

Certains auteurs défendent la thèse du pluralisme des deux ordres juridiques juxtaposés et proposent comme solution des remèdes à caractère consensuel²⁰⁶. D'autres suivent l'approche hiérarchique et laissent à la Cour de justice des Communautés européennes, en accord avec sa jurisprudence constante basée sur les principes inhérents aux traités, le dernier mot sur le respect des traités et la validité des actes communautaires²⁰⁷. L'ancien juge à la Cour de justice, Giacinto Bosco, exige même qu'une règle de conflit expresse affirmant la primauté du droit communautaire soit reprise dans le texte du traité pour exclure définitivement tout doute ou malentendu²⁰⁸.

La solution au problème doit se trouver dans la logique de la construction européenne, basée sur – ou qui doit être entendue comme – un système constitutionnel composé ou intégré formé par les constitutions nationales, d'une part, et la constitution – complémentaire – européenne, d'autre part. Le principe de la primauté réside à chacun des deux niveaux constitutionnels de ce système. Que les constitu-

énoncée par Lord Denning (*ibid.* p. 199, avec l'aff. *Mac Carthys Ltd. v Smith*, 1979, 3, All ER 325).

²⁰⁵ Dans ce sens, pour le Royaume-Uni v. P. Birkinshaw, *op. cit. supra*, note 183, p. 455. Pour l'Allemagne, v. néanmoins l'affaire des Bananes, *op. cit. supra* note 202, recours préjudiciel introduit par le tribunal administratif de Francfort, publié également dans *EurZWR*, 1997, p. 182, où une telle infraction n'a pas été constatée, malgré une controverse très houleuse. V. pour un résumé F. Mayer, « Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das BVerfG : Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktverordnung », *EuZW*, 2000, p. 685 et suiv.

²⁰⁶ V. dans ce contexte M. Heintzen, « Die "Herrschaft" über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs ? », *AöR*, 1994, p. 564 ; J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, p. 322 avec la notion du « constitutional discourse » ; O. Dord, « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé : De la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union Européenne », *Cah.dr.const.*, 1998, Nr. 4, 51, p. 98. Pour un autre usage du terme « pluralisme » au niveau communautaire, au sens d'un ordre polycentrique du droit des différentes Communautés européennes, v. H. Rasmussen, « After Legal Pluralism and Integration », in Peter Blume (éd.), *Legal Issues at the Dawn of the New Millennium*, 1999, p. 79 (83 et suiv.).

²⁰⁷ V. M. Fromont, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne (rapport général) », in F.I.D.E. (éd.), *op. cit.*, p. 472 (497 et suiv.) : « il semble impensable qu'un juge constitutionnel national puisse s'arroger le droit de déclarer inapplicable sur le territoire national tout acte communautaire qu'il jugerait incompatible avec la constitution nationale, même s'il invoque la violation de principes déclarés intangibles par celle-ci » ; v. aussi P. Cassia, Le juge administratif français et la validité des actes communautaires, *RTDE*, 1999, p. 409 et suiv. ; F. Chaltiel, *op. cit. supra*, note 65, p. 402 voit une « osmose progressive des deux ordres juridiques ». Pour d'autres références, v. I. Pernice, *op. cit.* note 37, Art. 23 points 26 à 31.

²⁰⁸ G. Bosco, « La primauté du droit communautaire dans les ordres juridiques des Etats membres de l'Union Européenne », in Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (éds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, vol. I, p. 149 (160 et suiv.). Dans ce sens également propositions de P. Altmaier, *op. cit. supra*, note 131, p. 13.

tions prévoient expressément ou non la suprématie du droit communautaire, l'intention de créer un système qui fonctionne leur est commune. Si, par la mise en œuvre commune des clauses d'intégration nationales prévues par celles-ci, les peuples des Etats membres constituent un ordre juridique supranational à des fins communes, il est difficile de savoir pourquoi ils auraient réservé, sauf dans des cas extrêmes d'abus ou d'excès de pouvoir²⁰⁹, une compétence nationale de contrôle de la validité ou de l'application des actes communautaires. Cette compétence serait d'ailleurs contraire aux dispositions mêmes du traité sur la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes. Or, l'Union Européenne est basé sur la règle de l'égalité et de l'uniformité dans l'application de son droit qui doit s'intégrer aux ordres juridiques nationaux, *per se* et sans acte de ratification ou intervention du pouvoir public national²¹⁰. C'est une Communauté de droit, une Union qui doit fonctionner sans discrimination et sans privilèges entre les ressortissants des Etats membres, pour accomplir les tâches qui lui sont confiées. Ni ses institutions, ni un Etat membre ne peuvent accepter que, pour des raisons de droit interne quelconques, un autre Etat membre se soustraie aux obligations qui en découlent. Le respect de la compétence (exclusive) de la Cour de Justice de veiller à la conformité aux traités des actes communautaires fait partie de ces obligations. C'est, en effet, la confiance mutuelle des peuples des Etats membres dans le respect de cette compétence et du principe de loyauté de tous, repris à l'article 10 TCE, qui se substitue, dans l'Union Européenne, au principe de la réciprocité qui est propre au droit international.

L'égalité de la règle de droit et l'uniformité de son application pour tous les citoyens de l'Union sont le fondement ou l'expression même du contrat social européen. En d'autres termes, si quelques constitutions prévoient la réciprocité comme condition constitutionnelle de participation de l'Etat membre en cause à l'Union Européenne (cf. articles 88-2 et 88-3 CF, article 7 al. 6 CP), cette condition est remplie par le fait que l'ordre juridique de chaque Etat membre reconnaît le principe de l'égalité et de l'uniformité de l'application du droit communautaire, y compris la compétence exclusive de la Cour de Justice d'annuler les dispositions prises par les institutions de la Communauté. Aucune constitution nationale ne pourrait

²⁰⁹ Dans le sens d'une telle compétence plutôt résiduelle et extraordinaire des juridictions constitutionnelles nationales, v. l'arrêt de la Cour suprême du Danemark, du 9 avril 1998 att. 9.6., UfR 1998, p. 800 ; v. également I. Pernice, *op. cit.* note 37, Art. 23 points 29 et suiv. ; G. Hirsch, « EG : Kein Staat, aber eine Verfassung ? », *NJW*, 2000, p. 46 et suiv. On se demande si un tel pouvoir national ne contribue pas, à son tour, à la stabilité du système constitutionnel européen tout entier quant à la sauvegarde du respect de certains principes fondamentaux propres à ce système, tels que la dignité et les droits de l'homme ou l'identité nationale des Etats membres.

²¹⁰ Pour plus de détails, v. I. Pernice, *op. cit.* note 93, p. 713 et suiv. ; v. aussi G. Bosco, *op. cit. supra*, note 208, p. 152 et suiv., reprenant la discussion à la lumière des jurisprudences européenne et nationales.

admettre – et n'admet effectivement – que l'application de la législation commune puisse être soumise dans un des Etats membres à la discrétion de ses institutions internes. Il s'en suit que le principe de la primauté du droit communautaire est inhérent, non seulement au traité CE, mais également aux constitutions nationales²¹¹.

Ceci implique qu'il n'y a pas un ordre hiérarchique entre le droit européen et le droit national²¹², mais une règle de préférence dans le cas particulier d'un conflit. La norme nationale, contraire au droit européen, n'est pas nulle, mais elle ne peut pas être appliquée car son application mettrait en cause l'uniformité de l'application de la norme communautaire. C'est ainsi l'ensemble constitutionnel, composé de la constitution nationale et des principes du droit communautaire, qui impose aux institutions nationales de donner suite à ce que les citoyens de l'Union, par les institutions européennes, ont décidé en commun et ce qui cesserait d'être une règle de droit si l'une ou l'autre autorité nationale était habilitée à l'écarter.

d. Nécessité d'adapter les textes des constitutions

Etant donné les incidences du droit communautaire sur la réalité constitutionnelle des Etats membres, y compris la mutation du contenu de certaines dispositions des constitutions²¹³, est-il nécessaire d'adapter les textes des constitutions pour qu'ils reflètent plus exactement la situation normative? La réponse doit être négative en ce qui concerne toutes les dispositions qui ne sont affectées que de façon indirecte, comme les attributions de compétence aux organes nationaux dont l'étendue peut être progressivement restreinte par les dispositions des traités ou leur mise en œuvre. Si ce n'était pas le cas, les constitutions devraient être modifiées en permanence. La réponse doit être affirmative, par contre, dans les cas où le maintien du libellé d'une disposition constitutionnelle comporte le risque de priver les particuliers de droits que le droit communautaire leur accorde. Tel semble être le cas, notamment, des droits fondamentaux à caractère économique et

²¹¹ Dans ce sens, pour l'article 23 LF, G. Hirsch, « *Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation* », *NJW*, 1996, p. 2457 (2463), selon qui cette disposition permet et exige même que la Cour de justice aie seule le dernier mot sur la validité du droit communautaire, ce qui est nécessaire pour que la Communauté fonctionne comme une Communauté de droit.

²¹² V. à cet effet I. Pernice, *op. cit., supra*, note 16, p. 185 ; dans le même sens A. Peters, *op. cit. supra*, note 17, p. 279 et suiv., 281, 308-339, qui reconnaît, néanmoins, une sorte de hiérarchie procédurale (*ibid.*, p. 279). *Contra*, M. Nettesheim, *op. cit. supra*, note 93, p. 74 et suiv.

²¹³ Pour plus de détails, v. I. Pernice, « *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“* », in E. Riedel (ed.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law*, Bristol, 26 July to 1 August 1998, 1998, p. 40, and FCE 1/98, www.whi-berlin.de, point II.4.

politique qui sont, dans la Loi fondamentale allemande par exemple, réservés aux ressortissants allemands et ne sauraient être invoqués par des citoyens de l'Union qui sont nationaux d'autres Etats membres²¹⁴. Tel est également le cas de l'article 4, al. 4, CG, suivant lequel l'accès à la fonction publique est strictement réservé aux nationaux. S'il est vrai que le Tribunal administratif d'Athènes a reconnu l'article 39 (ancien article 48) TCE comme une exception prévue par une « loi spéciale » au titre de l'article 4, al. 4, CG²¹⁵, cette interprétation semble tenir compte du fait que cet article figure parmi les dispositions non révisables aux termes de l'article 110, al. 1, CG²¹⁶. La solution ne pourra pas être acceptée comme satisfaisante.

En revanche, il y a également des cas inverses, où le conflit entre la constitution nationale et le droit de la Communauté a fait l'objet d'un protocole. Le Protocole annexé au traité sur l'Union Européenne et aux traités instituant les Communautés Européennes, adopté lors de la Conférence intergouvernementale de Maastricht en 1992, selon lequel « aucune disposition du traité [...] ni des traités et actes modifiant ou complétant lesdits traités n'affecte l'application en Irlande de l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande » en est un exemple²¹⁷. De façon plus générale, mais également pour préserver certaines structures nationales consacrées, du moins en Allemagne, par la constitution et par la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle²¹⁸, la Conférence intergouvernementale d'Amsterdam a adopté le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres qui déclare justifiée la « réalisation du mandat de ce service public ». Ces protocoles – et certaines déclarations – annexés aux traités ne pourraient-ils pas être considérés non seulement comme une expression solennelle du souci de cer-

²¹⁴ V. les articles 12 (liberté de la profession) et 19, al. 3 (droits fondamentaux applicables aux personnes morales nationales excluant les entreprises d'autres Etats membres) LF, d'une part, et les articles 8 (liberté de s'assembler), 9 (liberté d'association) et 11 (libre circulation et établissement des personnes) LF, d'autre part. En ce qui concerne les droits politiques, v. également la loi sur les partis politiques qui exclut la reconnaissance des associations dont la majorité des membres ou des cadres sont des étrangers (§ 2, al. 3 PartG).

²¹⁵ Arrêt du Tribunal administratif d'Athènes 2228/1992, *NOB*, 1993, p. 328.

²¹⁶ Pour plus de détails, v. J. Iliopoulos-Strangas, *op. cit. supra*, note 197, p. 174, qui propose, au moins, une clarification dans la réglementation grecque en cause.

²¹⁷ Pour une discussion de l'effet de ce protocole en Irlande, v. D. R. Phelan/A. Whelan, *op. cit. supra*, note 149, p. 317 et suiv., 319 : « the Protocol affords a precedent of an issue-specific alternative to the unconditional supremacy of Community law ».

²¹⁸ V. dernièrement BVerfGE 89, 144 (152 f.: « Duale Rundfunkordnung », garantie constitutionnelle de l'existence du service public de radiodiffusion) ; BVerfGE 90, 60 (90 et suiv.) ; BVerfGE 95, 163 (172) : l'approvisionnement de base en radiodiffusion, entendu comme un service public, est considéré en Allemagne comme une garantie essentielle du pluralisme démocratique ; v. également H. Schulze-Fielitz, *in* H. Dreier (éd.), *op. cit. supra*, note 37, Art. 5 I, II, note 24, 39 et suiv., 91 (protection par la liberté de radiodiffusion, article 5 al. 1 LF, des établissements publics de radiodiffusion).

tains Etats membres de sauvegarder des valeurs et structures faisant partie de leur identité nationale mais aussi de la reconnaissance implicite de la primauté du droit communautaire, même au regard du droit constitutionnel ?

3. Limites posées à l'intégration: l'identité des Etats membres

Aucune des clauses d'intégration contenues dans les constitutions nationales ne permet de mettre en cause l'identité nationale de l'Etat membre intéressé. L'article 6, al. 3, TUE reflète d'une façon particulièrement claire cette règle fondamentale. Une partie des protocoles et déclarations adoptés lors de la conclusion des divers traités de révision et, notamment, de celui d'Amsterdam, visent également, comme cela a été exposé ci-dessus, à sauvegarder les diverses caractéristiques de l'ordre constitutionnel et social de certains Etats membres : les dispositions adoptées pour le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark dans les protocoles no. 3 à 5 concernant les contrôles aux frontières et le nouveau titre IV du traité sur la libre circulation des personnes, le protocole n° 9 sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres, la déclaration n° 11 relative au statut des églises et des organisations non confessionnelles et la déclaration n° 37 relative aux établissements publics de crédit en Allemagne en sont des exemples²¹⁹. Elles répondent toutes à l'exigence fondamentale du respect de certains éléments de l'identité nationale dans la construction européenne. En ce sens, semble-t-il, le nouvel article 16 TCE relatif à la consécration de la place des « services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union » répond plus généralement à un souci d'importance majeure du côté français – comme c'est d'ailleurs le cas dans d'autres Etats membres – de sauvegarder une structure économique propre à la France contre des tendances excessives de libéralisation des marchés²²⁰.

La notion de l'identité nationale traduit, toutefois, bien plus généralement, le souci de la sauvegarde des valeurs fondamentales des constitutions des divers Etats membres (*infra*, a.) et notamment de leur qualité étatique (*infra*, b.), de la souveraineté nationale (*infra*, c.) et du principe démocratique (*infra*, d.).

²¹⁹ V. également les déclarations unilatérales n° 52 (Autriche et Luxembourg) et n° 59 (Grèce) sur les sujets indiqués.

²²⁰ A. Lyon-Caen, « Propositions pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », in Lyon-Caen, Champeil-Desplats (éds), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, 2001, p. 87 et suiv. ; v. aussi G. F. Schuppert, *Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa: Zwischen Gemeinwohlbindung und Wettbewerb*, 2002.

a. Les valeurs constitutionnelles et l'identité nationale

Certaines valeurs constitutionnelles sont particulièrement importantes lorsqu'elles sont reprises par les clauses d'intégration ou lorsqu'elles figurent parmi les garanties générales « éternelles » de certaines constitutions excluant ainsi qu'elles puissent être jamais abrogées ou altérées. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a affirmé, à plusieurs reprises, que la clause d'intégration prévue à l'article 24, al. 1, LF n'autorise pas à mettre en cause l'identité de l'ordre constitutionnel allemand par l'attribution de compétences à des institutions internationales qui relativiseraient les principes essentiels de sa structure démocratique, fédérale et d'Etat de droit, ou la sauvegarde des droits fondamentaux garantis par la Loi Fondamentale²²¹. Ces principes sont considérés comme déterminant l'identité nationale de l'Etat allemand. Plus concrètement, le nouvel article 23, al. 1, LF, introduit lors de la ratification du Traité de Maastricht, reprend cette jurisprudence en ce qu'il soumet à la « clause d'éternité » de l'article 79, al. 3, LF la création de l'Union Européenne, ainsi que tout acte portant sur la révision de ses bases conventionnelles ou ayant une portée comparable, le but étant de préserver cette identité vis-à-vis tous les futurs actes d'intégration²²².

La Cour constitutionnelle italienne affirme ainsi, d'une manière constante depuis l'arrêt n° 183/73 – *Frontini*, que l'article 11 CI ne permet pas des limitations de souveraineté qui « puissent en tout état de cause et de quelque manière comporter, pour les institutions de la CEE, un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou des droits inaliénables de la personne humaine »²²³. Cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts n° 170/84 – *Granital* et n° 232/89 – *FRAGD*²²⁴, où la Cour examine la constitutionnalité de la loi de ratification du traité pour mettre à jour une violation éventuelle de ces principes ou droits, tout en soulignant le caractère hypothétique et « extrêmement improbable » d'un tel incident²²⁵.

Par son arrêt du 6 avril 1998 sur la ratification du Traité de Maastricht, la Cour

²²¹ BVerfGE 37, 271 (279 et suiv.); BVerfGE 73, 339 (375 et suiv.), avec une référence expresse à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne.

²²² V. par contre la thèse de K. Doehring, « Die nationale „Identität“ der Mitgliedstaaten der Europäischen Union », in O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (éds.), *op. cit.* note 208, p. 263 (268 et suiv.), qui voit dans la clause de l'identité nationale une expression d'un principe selon lequel l'ordre juridique communautaire est juxtaposé à celui des Etats membres et confirmerait son caractère de droit international, qui permettrait aux Etats membres d'ignorer des actes communautaires *ultra vires* selon les règles de droit international.

²²³ Arrêt précité, *supra*, note 80.

²²⁴ Arrêt précité, *supra*, note 80.

²²⁵ V. aussi T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 308 et suiv.

suprême danoise s'engage dans la même voie²²⁶:

« Sect. 20 does not permit that an international organization is entrusted with the issuance of acts of law or the making of decisions that are contrary to provisions in the Constitution, including its rights of freedom. Indeed the authorities of the Realm have themselves no such power ».

Comme la Cour italienne, la Cour suprême danoise souligne toutefois que le contrôle de l'applicabilité d'un acte communautaire au regard des limites entourant le transfert de souveraineté effectué par l'acte d'adhésion constituerait une « situation extraordinaire »²²⁷. Au même titre que certaines conditions reprises dans le texte même d'autres constitutions (v. *supra*, § 3.1.c), ces réserves exprimées de façon prétorienne doivent être entendues comme l'expression du nécessaire respect par l'Union européenne de l'identité nationale de chacun de ses Etats membres qui est un des fondements du fonctionnement du système constitutionnel européen. En ce sens, les valeurs fondamentales des constitutions nationales constituent une limite essentielle au « pouvoir d'intégration » national dans les Etats membres susmentionnés et doivent être respectées par les autorités européennes comme le précise l'article 6, al. 3, TUE.

b. Qualité d'Etat et fédéralisme supranational

Le respect de la qualité d'Etat, de la « *Staatlichkeit* », « *statehood* » etc... de tous les Etats membres ne s'impose pas seulement au « législateur national d'intégration » dans la mise en œuvre des clauses constitutionnelles²²⁸ ; il est surtout la base du fonctionnement de l'Union Européenne. Ainsi, la Cour suprême danoise déduit du libellé même de l'article 20 CD et, notamment de la mention des mots « mutual agreement » et « other states »²²⁹, que :

« It must be considered to be assumed in the Constitution that no transfer of powers can take place to such an extent that Denmark can no longer be considered an independent state ».

²²⁶ Arrêt précité, *supra* note 203, att. 9.2.

²²⁷ Arrêt précité, *supra* note 203, att. 9.6. Les juridictions danoises doivent juger qu'un acte communautaire est inapplicable au Danemark « if the extraordinary situation should arise that with the required certainty it can be established that an act which has been upheld by the Court of Justice is based on an application of the Treaty which lies beyond the transfer of sovereignty according to the Act of Accession » ; v. à cet égard O. Due, *op. cit. supra*, note 79.

²²⁸ Ainsi très clairement P. Kirchhof, « Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration », in J. Isensee/P. Kirchhof (éd.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol VII (1992), § 183, notes 57 et suiv. ; v. aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande sur le traité de Maastricht, BVerfGE 89, 155 (1990) où la Cour affirme que l'Allemagne gardera sa qualité d'Etat souverain malgré sa participation à l'Union Européenne. Pour une interprétation correspondante de l'article 88-1 CF, v. *supra*, note 135.

²²⁹ Arrêt précité, *supra* note 203, att. 9.8.

Le passage de ce que l'on peut qualifier de « fédéralisme supranational »²³⁰ à la structure d'Etat fédéral qui se substituerait aux Etats membres²³¹ ne semble être couvert par aucune clause d'intégration constitutionnelle des Etats membres²³² et présupposerait, par conséquent, un acte « révolutionnaire » du pouvoir constituant européen²³³. L'exemple de la Loi fondamentale allemande montre cependant que la notion d'Etat est entendue largement : les Länder allemands sont considérés comme ayant la qualité d'Etat²³⁴, mais en même temps le préambule de la constitution fédérale dispose que le peuple allemand voit son avenir comme « membre égal en droits dans une Europe unie », déterminé à « servir la paix du monde ». Le modèle fédéral, concrétisé en Allemagne et visé ainsi comme une structure possible pour l'Europe dans laquelle s'intègre l'Allemagne, présuppose l'existence de la qualité d'Etat à deux, voire même trois niveaux : région/Land, Etat membre et Union européenne. La question de savoir à quel moment on franchit la limite entre un système constitutionnel composé ou intégré, tel que constitué par les traités au stade actuel, d'une part, et un Etat fédéral, d'autre part, est difficile à traiter. Certains voient l'Union comme un état fédéral (en formation), déjà au stade actuel²³⁵.

²³⁰ Ainsi proposé par A. v. Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, 1999.

²³¹ Ainsi suggéré par l'avocat général F. Mancini, « Europe : The Case for Statehood », ELJ, 1998, p. 29 ; *contra* J.H.H. Weiler, « Europe : The Case Against the Case for Statehood », *ibid.*, p. 43. V. aussi, dans une perspective historique, G. F. Schuppert, *Zur Staatswerdung Europas, Staatswissenschaft und Staatspraxis* 1994, p. 35 et suiv.

²³² Pour la France et l'Espagne, v. *supra*, note 165. Un tel raisonnement est suivi à propos de l'article 88-1 CF, v. *supra*, note 135.

²³³ V. pour l'Allemagne U. di Fabio, *op. cit.* note 37, p. 191 (206) ; D. Murswiek, « Maastricht und der Pouver constituant », *Der Staat*, 1993, p. 161 ; v. également T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 339 : « Si on s'engage effectivement sur la voie de l'Union politique fédérale, alors il faudra très certainement faire plus que réviser les constitutions des Etats membres... : il faudra un acte constituant originaire, initial ». Pour O. Beaud, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, p. 1059 et suiv., par contre, la seule ratification d'un traité comme celui de Maastricht requiert un acte constituant : en effet l'Union Européenne n'est pas, selon lui, une organisation internationale, mais bien une « Fédération » ; son « acte fondateur, le Traité de Maastricht, est un acte constituant plurilatéral dont l'objet est d'organiser des transferts de souveraineté... entre plusieurs Etats. Par conséquent, cet acte constituant est un pacte constitutionnel fédératif » (*ibid.*, p. 1067) ; sur la proposition de créer une « Fédération européenne » par un acte futur des peuples européens, v. *ibid.*, p. 1086. Selon H. Hofmann, *op. cit. supra*, note 57, p. 1074, l'acte révolutionnaire consisterait déjà en la substitution d'un système à caractère international, fondé sur les Traités qui instituent du pouvoir public dérivé de celui des Etats membres, à un pouvoir public autonome créé par un pouvoir constituant. Suivant la thèse défendue ci-dessus (v. *supra*, note 93), le pouvoir public de la Communauté est autonome.

²³⁴ BVerfGE 1, 14 (34) ; 36, 342 (360 et suiv.) ; H. Bauer, *in*: H. Dreier (éd.), *op. cit. supra*, note 37, Art. 20 (Rechtsstaat) note 23.

²³⁵ V. M. Nettesheim, *op. cit. supra*, note 93, p. 25 et suiv., qui la voit comme état en formation (« als werdenden Staat »), avec d'autres références.

Est-ce toutefois le but de la construction européenne de reconstruire, à un niveau supérieur, l'Etat-nation du 19^{ème} siècle que l'on croyait dépassé parce qu'il n'a pas réussi à préserver la paix et les droits de l'homme ?

Sauf si une « Constitution européenne » – organisant les institutions européennes et déterminant les compétences des Etats membres et leurs relations avec leurs citoyens respectifs – est adoptée par la majorité des citoyens européens, en dépit de la résistance éventuelle d'un ou de plusieurs Etats membres, la détermination de cette limite ne peut pas être résolue abstraitement. Du fait que le développement de l'Union ainsi que ses relations avec les Etats membres sont un processus constitutionnel continu²³⁶, la solution du problème souligné ci-dessus doit, comme le dit la Cour suprême danoise, « rely almost exclusively on considerations of a political nature » et n'est donc guère susceptible d'appréciation juridique²³⁷. La notion d'Etat est large et susceptible de différentes interprétations ; son application à l'Union européenne ne résoudra aucun problème. Rappelons qu'au niveau international, l'Ukraine et la Biélorussie étaient reconnues comme Etats membres de l'ONU malgré leur statut de membres de l'USSR. La pratique internationale a trouvé une solution *sui generis* en qualifiant la Communauté européenne d'organisation régionale d'intégration économique²³⁸, ce qui permet de continuer à chercher la définition d'un nouveau type d'intégration politique qui n'est ni un Etat ni une organisation internationale²³⁹. En tout cas, la détermination (politique) des Etats membres et de leurs citoyens à ce que l'Union Européenne n'évolue pas vers un Etat fédéral est très claire.

c. Souveraineté nationale

D'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel en France, une révision des traités est compatible avec la constitution pour autant qu'elle « ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale »²⁴⁰. Ce cri-

²³⁶ V. *supra*, note 51.

²³⁷ Arrêt précité, *supra* note 203, att. 9.8.

²³⁸ Pour la première fois, cette expression a été utilisée dans l'article 14 de la Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière du 13 nov. 1979 ; v. I. Pernice, « Die EG als Mitglied der Organisationen im System der Vereinten Nationen : Konsequenzen für die Politik von Mitgliedstaaten und Drittstaaten », *EurR*, 1991, p. 273, 278 et suiv.

²³⁹ V. la proposition de A. von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999, p. 61 et suiv., de parler d'un fédéralisme supranational ; M. Nettesheim, *op. cit. supra*, note 93, p. 26 et suiv., parle de fédération « consociative » (« konsoziative Föderation »).

²⁴⁰ Pour le développement de la jurisprudence, v. P. Gaia, *op. cit. supra*, note 165, p. 250 et suiv. ; T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 253J ; J. Dutheil de la Rochère, *op. cit.* note 172, p. 43

tère de constitutionnalité d'un traité avait déjà été établi en 1970 et le Conseil constitutionnel y est revenu en 1985 pour l'appliquer à l'avenir²⁴¹. Le Conseil constitutionnel a également abandonné une approche plus restrictive qu'il avait développée dans deux décisions antérieures. L'une de 1976 concernait l'acte portant sur l'élection du parlement européen au suffrage universel²⁴² et l'autre de 1991 la convention de Schengen²⁴³. Dans cette dernière, il avait affirmé le principe « qu'aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit » et il opposait, ce faisant, les « transferts » aux « limitations » de souveraineté, expressément prévues au 15^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Cette distinction artificielle n'a pas tenu²⁴⁴.

Cependant, ce critère de l'atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale ne constitue pas une limite absolue au pouvoir d'intégration²⁴⁵. Le Conseil constitutionnel paraît avoir adopté dans un premier temps une interprétation assez large ou « adaptative » des critères établis²⁴⁶, jusqu'à admettre que le respect de la souveraineté nationale n'exclut pas la participation de la France à une organisation internationale investie de pouvoirs de décision par voie d'un transfert de compétences convenu par les Etats membres²⁴⁷. Il a ensuite déclaré que lorsqu'une disposition d'un traité a été déclarée inconstitutionnelle, il s'imposait de modifier la Constitution française²⁴⁸. Ceci a été le cas, notamment, de quelques dispositions contenues respectivement dans les traités de Maastricht et d'Amsterdam concernant d'une part le droit de vote et l'éligibilité des citoyens de

et suiv. ; pour la décision sur la ratification du traité d'Amsterdam, v. J. Gundel, « Die Kontrolle der europäischen Integration durch den französischen Verfassungsrat », *EurR*, 1998, p. 371 et suiv.

²⁴¹ Conseil constitutionnel, décision n° 70-39 du 19 juin 1970, *Rec.*, 1970, p. 15, *Ressources propres*, et décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Rec.*, 1985, p. 15, *Protocole N° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* ; v. également M. Fromont, *op. cit. supra*, note 207, p. 474 et suiv.

²⁴² Conseil constitutionnel, décision n° 76-71 du 30 déc. 1976, *Rec.*, 1976, p. 15, *Suffrage universel*.

²⁴³ Conseil constitutionnel, décision n° 91-294 DC du 25 juil. 1991, *Rec.*, 1991, p. 91, *Schengen*.

²⁴⁴ Pour un résumé du débat doctrinal sur cette distinction, v. T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 257 et suiv.

²⁴⁵ V. aussi J. Gundel, *op. cit. supra*, note 240, p. 383 et suiv.

²⁴⁶ V. dans ce sens l'évaluation de P. Gaia, *op. cit. supra*, note 165, p. 250 et suiv.

²⁴⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 97-394 du 31 déc. 1997, *Rec.*, p. 344, *Amsterdam* ; v. à ce propos J. Dutheil de la Rochère, *op. cit. supra*, note 172, p. 48.

²⁴⁸ V. dans ce contexte T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 276 et suiv. ; pour une approche plus restrictive, O. Beaud, *op. cit. supra* note 233, p. 1045 (1049) : « la souveraineté de l'Etat est la condition de la souveraineté nationale ».

l'Union aux élections municipales, l'union monétaire et la politique des visas²⁴⁹ et d'autre part l'immigration, l'asile et le contrôle aux frontières extérieures²⁵⁰. Le Conseil constitutionnel a suggéré la voie suivante dans sa décision sur le traité de Maastricht :

« considérant, toutefois qu'au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle »²⁵¹.

En ce qui concerne la France, ni l'incompatibilité avec la Constitution ni les conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale ne s'opposent radicalement à une intégration décidée par le parlement, accompagnée s'in y a lieu d'une révision de la constitution²⁵². Une « supraconstitutionnalité » dans le sens d'une limite absolue susceptible d'un contrôle par le Conseil constitutionnel n'existerait, suivant sa décision 92-312, qu'au regard de l'article 89, al. 4, CF (limite circonstancielle) et de l'article 89, al. 5, (limite matérielle)²⁵³. Il s'en suit que la conception de la souveraineté nationale comme elle figure dans la Constitution française n'est point « intangible »²⁵⁴, mais ouverte à des aménagements comme le suggère l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946 (limitations) ou le prévoient les articles 88-1 et s. CF et, notamment, l'article 88-2 qui autorise des « transferts de compétences ».

La Cour suprême de l'Irlande a également considéré que la souveraineté nationale était mise en cause par l'intégration. Dans l'affaire *Crotty*, la Cour a jugé que la ratification de l'Acte Unique Européen et, notamment son article 30 relatif à la coopération politique qui oblige l'Etat à abandonner une partie de son indépendance et de sa souveraineté dans la conduite de ses relations extérieures, était en contradiction avec la Constitution²⁵⁵. Ceci est d'autant plus remarquable, qu'aucun

²⁴⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 92-308 du 9 avr. 1992, *Rec.*, p. 55, *Maastricht I* ; décision n° 92-312 du 2 sept. 1992, *Rec.*, p. 76, *Maastricht II*.

²⁵⁰ Conseil constitutionnel, décision no 97-394 du 31 déc. 1997, *Rec.*, p. 344.

²⁵¹ Conseil constitutionnel, décision no. 92-308 du 9 avr. 1992, *Rec.*, p. 55, *Maastricht I*.

²⁵² V. également J. Hecker, « Souveränitätswahrung durch Einstimmigkeit im Rat: Der Conseil constitutionnel zum Vertrag von Amsterdam », *JuRZ*, 1998, p. 938 (943).

²⁵³ Conseil constitutionnel, décision 92-312 du 2 sept. 1992, *Rec.*, p. 76, *Maastricht II*, att. 19 ; v. les commentaires de T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 277 et suiv. ; pour une critique O. Beaud, *op. cit. supra*, note 233, p. 1056 et suiv., 1057 : « par quel miracle une simple révision aurait, à elle seule, le pouvoir de rendre constitutionnelle... l'atteinte à la souveraineté de l'Etat jugée auparavant inconstitutionnelle » ?

²⁵⁴ Pour la vue opposée, v. O. Beaud, *op. cit. supra*, note 233, p. 1061 et suiv.

²⁵⁵ Cour suprême de l'Irlande, arrêt du 9 avril 1987, *Crotty*, [1987] IR 713, commenté par T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 297 et suiv. ; v. également: D. R. Phelan/A. Whelan, *op. cit. supra*, note 149, p. 298 et suiv.

transfert de souveraineté ne semble exister dans le domaine de la coopération politique. A l'époque du moins, cette dernière avait un caractère intergouvernemental, aucune décision ne pouvant être prise sans l'accord de tous les Etats membres et les actes adoptés étant dépourvus d'effet direct. En revanche, le Conseil constitutionnel français a constaté que le passage de l'unanimité à la majorité au sein du Conseil (article 67, al. 2 TCE) prévu dans le nouveau titre IV TCE concernant la politique des visa, d'asile et de l'immigration, constitue une atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale et doit être soumis, par conséquent, à une révision préalable de la constitution française²⁵⁶.

d. Le principe démocratique

En France, mais aussi en Espagne et en Grèce, la notion de souveraineté nationale est étroitement liée au principe démocratique²⁵⁷. Néanmoins, le Conseil constitutionnel ne l'a pas reprise dans la liste des « conditions essentielles » ; celle-ci se limite au respect des institutions de la République, à la continuité de la vie de la nation, et à la garantie des droits fondamentaux et libertés du citoyen²⁵⁸. Par contre, l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande concernant la ratification du traité de Maastricht s'est basé essentiellement sur le principe démocratique pour apprécier la compatibilité de ce traité avec la Loi fondamentale : une légitimité et un contrôle provenant du peuple dans l'Union est une condition essentielle pour que l'Allemagne en devienne membre, étant entendu que plus l'Union sera investie de compétences, plus ce principe devra trouver une expression concrète dans son ordre institutionnel²⁵⁹. Il convient de noter cependant que la Cour constitutionnelle allemande, comme d'ailleurs la Cour suprême danoise, fait valoir que la participation dans une organisation supranationale ou internationale débouche nécessairement sur une modification du système démocratique²⁶⁰.

²⁵⁶ V. la décision du Conseil constitutionnel n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Amsterdam, Rec.*, 1997, p. 344 ; v. aussi les commentaires par J. Hecker, *op. cit. supra*, note 252.

²⁵⁷ V. aussi M. Fromont, *op. cit. supra*, note 207, p. 473, qui renvoie aux articles 1er CE, 3 CF et 1 CG.

²⁵⁸ V. Conseil constitutionnel, décisions 85-188 du 22 mai 1985, *Protocole N° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, et 91-294 du 25 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p. 91 ; J. Dutheil de la Rochère, *op. cit. supra*, note 172, p. 49, constate que le Conseil constitutionnel ne s'est pas tenu à cette liste et a procédé cas par cas, compte tenu de la nature et de l'importance de l'acte en cause : « eminently subjective considerations ».

²⁵⁹ BVerfGE 89, 155 (184, 213).

²⁶⁰ BVerfGE 89, 155 (183 et suiv.) ; Cour suprême du Danemark, arrêt précité, *supra* note 203, point 9.9.

4. Conclusion: fonction et utilité de clauses d'intégration

Il résulte des développements présentés ci-dessus que les clauses d'intégration contenues dans les constitutions nationales ont une fonction très importante. S'il est vrai que ce sont les citoyens des Etats membres qui constituent, en tant que citoyens de l'Union, la source originaire de légitimité pour l'Union Européenne, les clauses d'intégration ne fournissent toutefois pas vraiment « le fondement juridique de l'engagement européen » de chaque Etat membre.²⁶¹ Elles soulignent plutôt l'ouverture des constitutions vers la formation d'institutions communes par les peuples des Etats concernés et en déterminent les conditions et procédures.

Une fois mises en œuvre pour la création de la Communauté Européenne et de l'Union, ces procédures ne suffisent cependant plus à elles seules à régler le processus d'intégration. Elles ne déterminent que le volet national de la procédure de révision du traité sur l'Union européenne organisée à l'article 48 TUE. Aux termes de cet article, toute révision est le résultat de la négociation d'un traité par une conférence intergouvernementale, lequel est soumis, ensuite, à la ratification de tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Or, le développement progressif de la « constitution européenne composée », avec toutes ses implications pour le niveau constitutionnel européen, ainsi que pour le contenu matériel des constitutions nationales, est soumis à cette procédure combinée. De plus, les Etats membres étant soumis à la norme communautaire, toute révision d'une constitution nationale, incompatible avec les traités instituant l'Union européenne, ne saurait être effectuée en dehors de la procédure de l'article 48 TUE.

Etant donné l'ensemble des clauses d'intégration contenues dans les constitutions des Etats membres et l'article 48 TUE, il convient de constater que le « pouvoir constituant européen » qui est à la source des traités établissant l'Union Européenne²⁶² est devenu, en fait, un pouvoir constitué. Le développement futur du « contrat social européen » envisagé dans les révisions à venir, mais également par l'adhésion de nouveaux Etats membres, doit tenir compte – outre des droits des citoyens déjà créés – non seulement des conditions et procédures prévues par les clauses d'intégration, mais aussi des valeurs qu'elles traduisent et de l'identité nationale de chaque Etat membre qui s'y exprime. Ainsi, le processus de la réforme institutionnelle entamé le 14 février 2000 et celui de l'élargissement de l'Union offre – au-delà du simple octroi de « l'acquis communautaire » aux nouveaux Etats membres – de multiples opportunités de faire progresser le processus constitutionnel de l'Union. L'une d'entre elles est la prise de conscience, tout d'abord, du ca-

²⁶¹ Dans ce sens, pourtant, T. de Berranger, *op. cit. supra*, note 182, p. 339.

²⁶² V. § 1.2.b ci-dessus.

ractère constitutionnel des traités et, ensuite, de l'élargissement basé sur des traités révisés en tant que procédure de négociation et de conclusion d'un (nouveau) contrat social européen, révisé et élargi, entre les citoyens des anciens et des nouveaux Etats membres adoptant le statut commun de citoyens de l'Union²⁶³. La décision, par le Conseil européen de Laeken, de mettre en place une Convention chargée de préparer un traité constitutionnel pour l'Union Européenne sur la base des Traités existants en est une conséquence logique et nécessaire²⁶⁴.

§ 4 Un nouveau contrat social européen

La Conférence intergouvernementale 2000 de Nice a déclenché une nouvelle étape dans le processus constitutionnel de l'Europe, même si ce n'était pas l'intention originelle des chefs d'Etat et de gouvernement. L'enjeu est différent de celui d'une simple révision d'un accord international ; il s'agit de la révision et du renouvellement du contrat social européen sous deux aspects : le renforcement de la légitimité démocratique de l'Union et le réaménagement de ses institutions, ainsi que de sa procédure décisionnelle, d'une part, et l'adhésion, sur cette base, des peuples de douze ou plus nouveaux Etats à l'Union, d'autre part. La simultanéité du processus de négociation des traités d'adhésion et de la Conférence intergouvernementale pour la révision des traités s'explique par le fait que le succès de l'un dépend de l'autre. Plus encore, cette « co-incidence » permettait de réaliser ce qui était, en fait, une des demandes du Parlement européen quant à la procédure de révision, à savoir que celle-ci soit soumise à un avis conforme de sa part. L'article 49 TUE prévoit ceci pour la procédure d'adhésion ; rien n'empêchera dès lors le Parlement de voter contre l'adhésion de nouveaux Etats s'il considère que l'Union n'est pas suffisamment préparée à l'élargissement. Ainsi le nouveau contrat social européen (révisé et élargi) à conclure par les citoyens de l'Union élargie sera soumis, non seulement au consentement des peuples des anciens et des futurs Etats membres suivant leurs dispositions constitutionnelles respectives, mais aussi, en vertu de l'article 49 TUE, au Parlement européen qui représente les citoyens de

²⁶³ Sur l'élaboration de cette idée, v. I. Pernice/F. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, p. 623. V. aussi I. Pernice/F. Mayer/S. Wernicke, *op. cit. supra* note 58, p. 71 et suiv.

²⁶⁴ Sur la structure éventuelle d'un tel traité, v. I. Pernice, « Elements and Structures of the European Constitution », Lecture given at the 2nd. ECLN-Symposium, Università degli studi di Roma « La Sapienza », Faculty of Economics, Rome, May 31 – June 1st 2002, WHI Paper 4/02, www.whi-berlin.de/pernice-structures.htm, à paraître in Roberto Miccú/Ingolf Pernice (eds.), *The European Constitution in the Making. Challenges and possible Achievements of the Brussels Constitutional Convention*, Nomos, 2002.

l'Union. Il recevra, dès lors, une double légitimité. La nécessité démocratique de cette procédure semble pourtant moins aiguë lorsqu'à côté des députés des parlements nationaux et des représentants des gouvernements seize membres du Parlement Européen participent à l'élaboration d'un projet d'un traité constitutionnel au sein de la Convention.

Dans ce cadre, de nombreux travaux ont été entrepris pour guider le débat et les négociations. En ce qui concerne la structure de l'Union – temple grec ou cathédrale gothique²⁶⁵ – et la consolidation des Traités, divers projets élaborés dans le cadre de la Conférence d'Amsterdam en vue de réaliser une consolidation des Traités²⁶⁶ restent à l'ordre du jour. De nombreux documents ont été remis en préparation de Nice par les « trois sages »²⁶⁷, par la Commission²⁶⁸, le Parlement européen²⁶⁹, par la Cour de justice des Communautés européennes²⁷⁰, par le Secrétaire général du Conseil²⁷¹, par le Commissariat général du plan²⁷², ainsi que par des politiciens²⁷³. Le Conseil européen de Cologne a décidé la mise sur place d'une Charte de droits fondamentaux et a créé à cet effet une enceinte spécifique chargée

²⁶⁵ V. B. de Witte, *op. cit. supra*, note 120, p. 51 et suiv., pour qui la Communauté et l'Union ont déjà été fusionnées en 1993 (*ibid.*, p. 66) ; v. également A. v. Bogdandy, *op. cit. supra*, note 104, p. 887 et suiv., qui, lui aussi, qualifie l'Union et les autres Communautés comme une « single organization » ; pour les difficultés de définir la nature juridique de l'Union, v. V. Constantinesco, « Les noms de l'Europe (Des Communautés européennes à l'Union Européenne) », in J.-F. Flauss/P. Wachsmann (éds.), *Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, 1997, p. 309 (326 et suiv.).

²⁶⁶ A.von Bogdandy/C.D. Ehlermann, *Une version unique et simplifiée des Traités régissant l'Union Européenne et les Communautés européennes, Rapport pour le Parlement européen*, Florence 1996 ; T.Fischer/N. Schley, *Europa föderal organisieren. Ein neues Kompetenz- und Vertragsgefüge für die Europäische Union*, Bonn 1999 ; aussi European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (éd.), *A Basic Treaty for the EU : A study of the reorganisation of the Treaties*, Report submitted on 15 May 2000 to Mr. Romano Prodi, President of the European Commission, <http://europa.eu.int/comm/archives/igc_200/offdoc/repoflo_en.pdf>

²⁶⁷ R.v Weizsäcker/J.-L. Dehaene/D. Simon, *The institutional implications of enlargement*, Report to the Commission (18 oct. 1999).

²⁶⁸ R. Prodi/M. Barnier, *Adapting the Institutions to make a success of enlargement: a Commission contribution to the preparations for the Inter-Governmental Conference on institutional issues*, IP/99/826 du 10 novembre 1999.

²⁶⁹ Résolution du Parlement européen du 18 novembre 1999, A5-0058/1999, sur la préparation de la réforme des Traités et de la prochaine Conférence intergouvernementale (PE 282.275), adopté sur la base du rapport G. Dimitrakopoulos/J. Leinen, (PE 2317873) du 10 nov. 1999.

²⁷⁰ Document de réflexion publié dans *RTDE*, 1999, p. 529-549.

²⁷¹ V. J. Trumpf/M. Piris, « Die Arbeitsweise des Rates in einer erweiterten Union – Bericht der vom Generalsekretär des Rates eingesetzten Arbeitsgruppe », du 10 mars 1999, dont l'essentiel se retrouve dans l'annexe III des Conclusions de la présidence du Conseil européen (Helsinki) du 10 et 11 déc. 1999 (SN 300/99) : *Un Conseil efficace pour une Union élargie*.

²⁷² J.-L. Quermonne, *L'Union européenne en quête d'institutions légitimes et efficaces*, 1999.

²⁷³ V. par exemple la proposition de Juppé/Toubon pour une constitution européenne, présentée au Sénat le 28 juin 2000 et « Alain Juppé travaille les thèmes européens », *Le Monde*, 6 mai 2000.

de sa préparation. Le Conseil informel de Tampere avait fixé la composition d'une Convention chargée d'élaborer la Charte des droits fondamentaux, et le Conseil Européen d'Helsinki a prévu d'ouvrir le processus de négociation lors de la Conférence intergouvernementale de Nice au début de février 2000²⁷⁴. Comme cela avait déjà été envisagé par le Conseil européen de Cologne, l'agenda de la Conférence intergouvernementale se limitait aux questions institutionnelles les plus urgentes, qui n'avaient pas été réglées à Amsterdam et qui paraissaient indispensables pour préparer l'Union à l'élargissement: la taille et la composition de la Commission, la pondération des voix au Conseil et l'extension de l'application du vote à la majorité qualifiée au Conseil. Il est important que la Commission y ait participé et que le Parlement européen ait été associé aux négociations. Plus important encore, une procédure d'information et de consultation des pays candidats à l'adhésion a été mise en œuvre dès cette époque²⁷⁵.

Cet agenda n'a donc nullement repris la multitude de suggestions faites par le groupe des sages, par les différentes institutions ou par les cercles académiques et politiques²⁷⁶. Faut-il transformer les traités en un Traité constitutionnel²⁷⁷, les remplacer par une véritable constitution²⁷⁸ ou les « consolider » dans un texte qui comporterait une partie « fondements » et une partie « autres textes » susceptibles d'être modifiés selon une procédure simplifiée, comme le proposent les « trois sages » ? L'agenda aurait été adéquat s'il avait été question de suivre la voie diplomatique pour aboutir à un système de plus en plus complexe, exposé aux critiques bien fondées d'incompréhensibilité, de technocratie, de bureaucratie et de non-transparence. Mais il était impossible de défendre, devant le public, une révision qui ne répondait pas aux questions très sérieuses qui étaient posées : comment ren-

²⁷⁴ Conclusions de la présidence, Conseil européen (Helsinki) du 10 et 11 déc. 1999 (SN 300/99), point 15.

²⁷⁵ Conclusions, *supra*, note 250, points 17 à 19.

²⁷⁶ V. entre autres, I. Pernice, « Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung. Verfassungsrechtliche Ausgangslage und Vorschläge für die institutionelle Reform der Europäischen Union vor der Osterweiterung », *JöR*, 2000, p. 205 (219-230). V. également W. Schäuble/K. Lamers, « An umfassenden Reformen führt jetzt kein Weg vorbei », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, N° 285, du 7 déc. 1999, p. 7 ; U. di Fabio, « Für eine Grundrechtsdebatte ist es Zeit », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, N° 268 du 17 nov. 1999, p. 11 ; le Président fédéral, J. Rau, « Die Quelle der Letigimation deutlich machen », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, n° 257, 4 nov. 1999, p. 16 ; N. Prill/M. Mertens, « Ein Potpourri mit hartem Kern. Wie die große Europäische Union sich im nächsten Jahrhundert organisieren wird », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, n° 286, 8 déc. 1999, p. 11 et suiv.

²⁷⁷ Ainsi les propositions de W. Schäuble/K. Lamers, *op. cit. supra*, note 276.

²⁷⁸ V. dans ce sens la proposition du ministre des affaires étrangères devant le Parlement européen, J. Fischer, *op. cit. supra*, note 73 ; v. également H. Prantl, « Freiheit oder Frechheit », *Süddeutsche Zeitung*, du 29 oct. 1999, p. 4 ; contre cette proposition très clairement P. Kirchhof, « Zu schnelle Vereinheitlichung gefährdet Europa », *Süddeutsche Zeitung* N° 275 du 27/28 nov. 1999, p. 14 ; D. Grimm, « Ohne Volk keine Verfassung », *Die Zeit*, n° 12, 18 mars 1999, p. 4.

forcer la légitimité démocratique de l'Union, comment simplifier sa constitution afin de la rendre plus compréhensible, comment renforcer et rendre plus explicites les valeurs communes y compris la protection des droits fondamentaux, comment mieux définir les domaines de compétence de l'Union par rapport aux responsabilités qui restent réservées aux autorités nationales ? Répondre à ces questions aurait permis tout d'abord au citoyen européen de se sentir vraiment sujet du pouvoir public européen et non pas assujéti à celui-ci comme à un pouvoir étranger, et ensuite d'assumer son rôle d'acteur sur la scène politique européenne. Des vrais progrès sur ce plan auraient permis aussi de trouver plus facilement des solutions aux trois questions inscrites à l'agenda de la Conférence Intergouvernementale de Nice, qui concernaient la répartition des pouvoirs. L'expérience positive de la Convention chargée d'élaborer la Charte des droits fondamentaux a permis d'en tirer des conclusions constructives. Le Conseil européen de Laeken a finalement reconnu la nécessité de répondre aux questions déjà posées à Nice. En instaurant la Convention constitutionnelle, chargée d'aborder ces questions fort difficiles dans le cadre d'un nouveau traité constitutionnel, il a mis le processus sur la bonne voie. Le débat est ouvert ; de nombreuses réflexions et publications de tous côtés y contribuent²⁷⁹.

Les suggestions développées ci-dessous se limitent à quatre questions relatives respectivement à la structure et aux compétences de l'Union Européenne (*infra*, 1), à la légitimité démocratique dans un système institutionnel efficace (*infra*, 2), à la question souvent négligée d'un contrôle juridictionnel efficace au sein de l'Union (*infra*, 3) et à la réorganisation de l'exécutif de l'Union pour lui donner un visage vis-à-vis tant de l'extérieur que des citoyens de l'Union (*infra*, 4).

²⁷⁹ V. notamment le site internet de la Convention, <http://european-convention.eu.int> ainsi que http://www.europa.eu.int/futurum/index_de.htm ; v. aussi Friedrich-Ebert-Stiftung, Groupe de travail « Intégration Européenne », Fiche de travail (Arbeitspapier) n° 10 (sept. 2001) : Kompeten-zausübung, nicht Kompetenzverteilung ist das eigentliche europäische Kompetenzproblem. Ein Neun-Punkte-Konzept für die Regierungskonferenz 2004, <<http://www.fes.de/indexipa.html>> ; W. Schäuble/R. Bocklet, Vorschläge von CDU und CSU für einen Europäischen Verfassungsvertrag, 26 novembre 2001, <http://www.cdu.de/europapolitik.pdf> ; Groupe de travail « European Policy », Ein Verfassungsvertrag für ein handlungsfähiges Europa (EVP-Vorstandssitzung 6 déc. 2001), http://www.eppe.org/archive/future_europe_draft_121.asp ; Europaministerkonferenz der Länder (EMK), Eckpunkte der Deutschen Länder in der Debatte zur Zukunft der Union (14 fév. 2001, <http://www.europaminister.de/beschluss/emk27.pdf> ; v. aussi les discours publiés sur la cite internet www.whi-berlin.de, dans le cadre du Forum Constitutionis Europae. Pour un résumé des contributions au débat post-Nice, v. D. Thym, « European Constitutional Theory and the Post-Nice Process » in M. Andenas/J. Usher (éds), *The Treaty Of Nice, Enlargement and Constitutional Reform*, 2002 (à paraître), section II.

1. Structure de l'Union Européenne

Quel est le statut juridique de l'Union Européenne, quelle est sa structure ? Il est inutile d'en discuter davantage et de développer de nouvelles théories. Ce qu'il faudrait pour rendre ce « monstre »²⁸⁰ moins complexe et nébuleux, c'est fusionner et simplifier les Traités dans la forme d'un traité de base consolidé que l'on pourrait appeler, comme le font le Président de la Cour de Justice et le Président de la Commission : une « charte constitutionnelle »²⁸¹ (*infra*, a). Il conviendra de réorganiser les compétences de l'Union dans un ordre plus systématique et de simplifier les attributions afin de clarifier qui fait quoi dans l'Union et, surtout, qui est responsable de quoi (*infra*, b). Le traité de base pourrait être complété par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – qui s'ajouterait au système de valeurs communes tel qu'il s'exprime actuellement dans les principes et objectifs des traités (*infra*, c). L'élaboration et l'adoption d'un tel traité consolidé et complété, ainsi que toute révision ultérieure, ne devraient-elles pas, enfin, suivre une procédure plus transparente et plus conforme à leur caractère constitutionnel ? Suffirait-il, notamment, d'instaurer formellement la Convention comme un élément essentiel de la procédure ou faut-il d'autres modifications dans la perspective de l'Union à trente²⁸² (*infra*, d) ?

a. Consolidation des traités : une charte constitutionnelle de l'Union

Tous les efforts déployés en vue d'effectuer une consolidation des traités²⁸³, y compris la Déclaration relative à la consolidation des traités adoptée par la Conférence intergouvernementale de Maastricht, n'ont apporté guère plus qu'un nettoyage²⁸⁴ et une nouvelle numérotation des traités sur l'Union et la Communauté Européenne. L'« exercice technique », prévu dans ladite Déclaration, à rendre « public à titre d'exemple » et qui « n'aura pas de valeur juridique », aurait provoqué, sans doute, la confusion totale. En revanche, une véritable consolidation touchant nécessairement à la substance des traités aurait eu pour conséquence la re-

²⁸⁰ V. la comparaison de l'Union avec l'image utilisé par S. Pufendorff qui appelait l'ancien Saint empire romain de la nation germanique « monstro simile », faite par J. Gross, « Monstrum von Maastricht », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, n° 171, 25 juil. 1992, p. 25 ; crit. M. Stolleis, « Vom Monstrum lernen », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, n° 197, 24 août 1992, p. 23.

²⁸¹ G.C. Rodríguez Iglesias/R. Prodi, Discours lors de la prestation du serment par la Commission au Luxembourg, *EuGRZ*, 1999, p. 503.

²⁸² Il est clair que ceci sera un exercice difficile, plus difficile encore que la réforme à quinze Etats membres, v. à cet égard R. Prodi/M. Barnier, *op. cit. supra*, note 268, avant-point I.

²⁸³ V. les documents soumis à la Conférence intergouvernementale d'Amsterdam.

²⁸⁴ V. le rapport du Secrétariat général du Conseil expliquant les raisons des simplifications apportées, article par article, *JOCE*, 1997, n° L 353.

mise en cause de l'acquis communautaire, car la ratification du traité d'Amsterdam aurait concerné non seulement les modifications spécifiques apportés aux traités mais également l'ensemble de ceux-ci. La solution trouvée à Amsterdam et retenue à Nice était donc la seule possible, malgré les confusions qu'elle crée et celles que créera tout nouvel effort de consolidation.

Il semble malgré tout que la situation existante soit insatisfaisante et que la complexité soit appelée à augmenter chaque fois qu'une nouvelle révision des traités sera entreprise. Or, la proposition des trois sages comme celle de la fondation Bertelsmann était de diviser le texte des traités actuels en deux parties (consolidées) : une partie reprenant les objectifs, les principes et les orientations générales des politiques, les droits des citoyens et le cadre institutionnel, l'autre les autres dispositions des traités existants et notamment celles concernant les politiques spécifiques²⁸⁵. La Commission a soutenu cette idée²⁸⁶, et le Parlement européen s'y est également rallié bien qu'il tenait à ajouter à la « partie constitutionnelle » les procédures de prise de décision et les diverses compétences²⁸⁷. L'importance de la distinction tient pour l'essentiel à ce que la seconde partie du texte consolidé des traités est soumise à une procédure de révision simplifiée reposant sur la décision du Conseil statuant à la majorité (super) qualifiée avec l'approbation du Parlement européen²⁸⁸.

Cependant, la solution d'un traité « consolidé-divisé » se heurte, au-delà des problèmes politiques liés à la consolidation elle-même²⁸⁹, à de nombreuses difficultés pratiques : comment distinguer les dispositions « fondamentales » des autres ; les « politiques spécifiques » ne sont-elles pas liées à des compétences attribuées ; peut-on les distinguer des politiques « générales » ? Le Parlement européen a compris que l'attribution des compétences doit être réservée à la partie première, mais qu'en est-il des dispositions restantes pouvant être soumises à la révision simplifiée ? La Commission mentionne, à titre d'exemples, les articles 67, al. 2, et 133, al. 5, TCE. Ces dispositions sont toutefois très spécifiques, car le contenu de la norme révisée est déjà fixé dans le traité existant. Il ne s'agit, en fin de compte,

²⁸⁵ R.v. Weizsäcker/J.-L. Dehaene/D. Simon, *op. cit. supra*, note 267, point 3.2 ; Bertelsmann Forschungsgruppe Politik am Centrum für angewandte Politikforschung (CAP), München, *Ein Grundvertrag für die Europäische Union - Entwurf zur « Zweiteilung » der Verträge*, Mai 2000.

²⁸⁶ R. Prodi/M. Barnier, *op. cit. supra*, note 268, point I.2.

²⁸⁷ Résolution du Parlement européen du 18 novembre 1999, *op. cit. supra*, note 269, point 15.

²⁸⁸ Ceci est la solution proposée par le groupe des sages, v. R.v. Weizsäcker/J.-L. Dehaene/D. Simon, *op. cit. supra*, note 267, point 3.2 et aussi de la fondation Bertelsmann, *op. cit. supra*, note 285.

²⁸⁹ Il paraît difficile, par exemple, de concevoir une consolidation, comme le suggère la Commission (R. Prodi/M. Barnier, *op. cit. supra*, note 268, point I.2) sans changement du contenu juridique et sans affecter les compétences existantes de l'Union ou de la Communauté.

que d'un conditionnement de l'entrée en vigueur de règles déjà établies.

Le traité CE connaît d'ailleurs une autre procédure de révision « simplifiée », qui laisse plus de discrétion politique, mais qui est soumise à une décision unanime du Conseil et à la ratification par les Etats membres. C'est par exemple la procédure de l'article 22 TCE relative aux droits liés à la citoyenneté de l'Union, ainsi que celle de l'article 269 TCE concernant les ressources propres de la Communauté. Il est clair que cette procédure n'implique pas, elle non plus, des modifications du traité comparables à celles qui ont été apportées aux traités lors des révisions intervenues depuis l'Acte Unique. L'effort nécessaire pour définir les quelques domaines dans lesquels, effectivement, une procédure de révision simplifiée obtiendra l'accord de tous les Etats membres est-il justifié ? En d'autres termes, le contenu négligeable d'une seconde partie du traité consolidé qui pourrait être identifié justifie-t-il un tel effort ?

En revanche, ce qui sera nécessaire sur le plan structurel de l'Union, c'est la consolidation des traités sur l'Union et sur la Communauté Européennes dans un texte unique comprenant, entre autres, les objectifs et principes, la Charte des droits fondamentaux, une liste plus systématique des compétences attribuées à l'Union²⁹⁰, des dispositions révisées sur les institutions de l'Union visant notamment la simplification des procédures de décision et la création d'un vrai exécutif européen²⁹¹, des clauses révisées sur la constitution financière et des dispositions finales concernant notamment la révision du traité constitutionnel et l'adhésion de nouveaux Etats²⁹². En présence d'un tel traité constitutionnel, les traités existants pourraient, en effet, rester en vigueur en tant que « lois organiques », dans la mesure où ils ne sont pas contraires à ses dispositions, et être soumis à une procédure de modification simplifiée²⁹³.

b. La réorganisation des compétences de l'Union

L'attribution et la répartition des pouvoirs entre les niveaux d'action politique, mais aussi entre les institutions, sont le cœur de toute constitution (fédérale). Il est vrai que la plupart des attributions contenues dans les traités CE et UE sont très détaillées – plus d'ailleurs que dans les constitutions fédérales, notamment en Allemagne – et qu'elles sont différenciées selon le mode de décision, la participation du Parlement européen, les matières plus ou moins sensibles pour la souveraineté

²⁹⁰ V. *infra*, b.

²⁹¹ V. *infra*, d.

²⁹² Pour plus de détails, v. I. Pernice, *op. cit. supra*, note 264.

²⁹³ V. les propositions dans V. Constantinesco/I. Pernice, *op.cit.*, note 124, et I. Pernice, *op. cit.*, note 264.

nationale *etc...* Cela n'empêche que ce qui manque, c'est une systématique... et la clarté des dispositions en cause. Un contrôle démocratique n'est possible que dans la mesure où les responsabilités sont claires ; un vote majoritaire dans le processus législatif ne peut être accordé que pour des compétences bien définies. Les articles 95 et 308 CE sont les exemples généralement invoqués par ceux qui réclament un « catalogue des compétences ». Or, un catalogue existe déjà – et il est sans doute possible de distinguer entre des catégories de compétences²⁹⁴ –, mais il convient de le rendre plus lisible et compréhensible.

A cet effet, il paraît suffisant, dans un traité constitutionnel de l'Union européenne comprenant les trois piliers de l'Union actuelle, de distinguer quatre catégories de compétences – exclusives, partagées, d'encouragement et de coordination –, d'en expliquer la nature, de préciser les moyens d'action disponibles et de déterminer les domaines respectifs des politiques. Il est entendu que le principe des compétences d'attribution doit être affirmé expressément pour les pouvoirs à caractère législatif, mais également pour la mise en œuvre administrative, c'est-à-dire pour les pouvoirs d'exécution administrative²⁹⁵.

En termes concrets, cet exercice conduirait, sous le titre des « politiques et compétences attribuées à l'Union européenne » à un chapitre introductif qui contiendrait quelques dispositions qui distinguent et définissent les catégories indiquées et à un chapitre principal où se trouverait, pour chaque catégorie, la définition des compétences attribuées y compris les limites et clauses négatives éventuelles destinées, conformément au principe de subsidiarité, à réserver aux Etats membres certains domaines de liberté et d'autonomie d'action. Il paraît que les pouvoirs de législation et de contrôle pour ce qui concerne l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur et de la concurrence constituent un domaine spécifique qui demande un chapitre à part, où seront reprises les interdictions relatives aux restrictions des libertés du marché et aux discriminations, ainsi que les pouvoirs spécifiques d'harmonisation et de législation indispensables pour le fonctionnement du marché intérieur²⁹⁶.

Il ne suffit cependant pas d'un effort rédactionnel pour avoir l'assurance que les limites des compétences attribuées et le principe de la subsidiarité seront respectés

²⁹⁴ V. *supra*, § 2.3.b.

²⁹⁵ V. à cet effet l'article 5 al. 1er CE et la déclaration (43) au traité d'Amsterdam, relative au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui affirme que « la mise en œuvre, sur le plan administratif, du droit communautaire incombe par principe aux Etats membres conformément à leur régime constitutionnel ».

²⁹⁶ Pour plus de détails, v. l'étude et les propositions soumises à la demande de la « Stiftung Wissenschaft und Politik » et « Notre Europae » par V. Constantinesco et I. Pernice, *op. cit. supra*, note 124.

dans chaque cas d'espèce. L'étendue et l'intensité de la mise en oeuvre des compétences attribuées étant une question largement politique, il convient d'inclure dans le processus politique la représentation de ceux dont les pouvoirs législatifs et la liberté d'action politique peut être mise en cause. Ce sont les parlements nationaux surtout qui souffrent de l'usage « excessif » d'une compétence attribuée à l'Union. C'est pourquoi il a été proposé de créer un Comité parlementaire de subsidiarité, composé de représentants des parlements nationaux, qui doit être consulté en cas de doute et qui pourra rendre public son avis. Les institutions législatives de l'Union seraient contraintes d'expliquer, dans chaque cas, pour quelles raisons les réserves exprimées par le Comité ne sont pas pertinentes, étant entendu que ce dialogue devrait attirer l'attention du public sur le problème. Le Conseil, le Parlement européen et la Commission seraient alors forcés d'assumer leur responsabilité, sans que cette procédure empêche la Cour de justice de jouer son rôle si elle est ultérieurement saisie de l'affaire²⁹⁷.

c. Droits fondamentaux et valeurs communes

La garantie effective des droits fondamentaux comporte une certaine limitation de l'usage qui est fait des compétences attribuées aux institutions de l'Union. Mais il est clair que l'importance de l'incorporation de la Charte des droits fondamentaux dans le traité constitutionnel va bien au-delà.

L'Europe n'est caractérisée ni par un « gouvernement des juges », comme le disait l'ancien Président de la Cour de justice des Communautés européennes, Robert Lecourt²⁹⁸, ni par un gouvernement sans droits fondamentaux, comme l'avait constaté, en 1970, un professeur en droit public renommé en Allemagne, Hans Heinrich Rupp²⁹⁹. Au contraire, elle constitue une « communauté de droit », comme l'avait déjà souligné Walter Hallstein³⁰⁰ et comme cela a été confirmé par

²⁹⁷ V. à ce propos les propositions développées par I. Pernice, « Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund », *JurZ*, 2000, p. 866, 876 ; dans ce sens également, J. Schwarze, « Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza », *NJW*, 2002, p. 993, 995. La proposition semble avoir été retenue dans la contribution aux travaux de la Convention de Peter Glotz, Peter Hain, Danuta Hübner, Ray McSharry et Pierre Moscovici sur la répartition des compétences, du 14 juin 2002, CONV 88/02 CONTRIB 46, point 3, para. 2.

²⁹⁸ R. Lecourt, *L'Europe des juges*, 1976.

²⁹⁹ H.H. Rupp, « Die Grundrechte und das europäische Gemeinschaftsrecht », *NJW*, 1970, p. 353.

³⁰⁰ W. Hallstein, *Die Europäische Gemeinschaft*, 5^e éd. 1979, p. 51 et suiv. ; v. également M. Zuleeg, « Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft », *NJW*, 1994, p. 545 ; R. Steinberg, *supra*, note 69, p. 366 ; I. Pernice, « Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas – Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft » –, WHI Paper 9/01, www.whi-berlin.de/pernice-rechtsgemeinschaft.htm.

la Cour de Justice dans une jurisprudence constante³⁰¹ ; cette communauté est fondée sur des valeurs constitutionnelles communes aux Etats membres. L'Union et sa constitution sont l'expression de la volonté de ses citoyens d'agir en commun, à l'aide des institutions communautaires, pour assurer l'exercice effectif sur le plan européen des droits et libertés garantis par les constitutions nationales³⁰². La règle de non-discrimination (article 12 TCE), applicable dorénavant à tous les citoyens de l'Union³⁰³, et les libertés fondamentales reconnus par le traité à tous les citoyens de l'Union vis-à-vis de tout pouvoir public dans l'Union, communautaire ou national (articles 28, 39, 43, 49 et 56), tout comme les politiques dont les objectifs généraux et domaines d'application sont précisés dans les articles 2 et 3 TCE, entendent réaliser cet objectif³⁰⁴ dans le cadre de la solidarité et de la cohésion économique et sociale. Dans cet esprit, en particulier, le droit de circuler et de séjourner librement et sans discrimination sur le territoire de tous les Etats membres, garanti par les articles 12 et 18 TCE, est appliqué de façon rigoureuse par la Cour de justice³⁰⁵ comme le droit fondamental non seulement du travailleur³⁰⁶, mais aussi du citoyen de l'Union en général³⁰⁷. Ces droits semblent, en outre, directe-

³⁰¹ CJCE, 23 avr. 1986, aff. 294/83, *les Verts*, *Rec.*, p. 1339 (1365 et suiv.) ; 14 déc. 1991, avis 1/91, *Espace économique européen*, *ibid.*, p. I-1079.

³⁰² Pour l'interprétation du traité CEE comme expression d'une politique positive de droits fondamentaux, v. I. Pernice, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof*, 1979, p. 20 et suiv., 221 et suiv., 224 et suiv.

³⁰³ V. 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Sala*, *Rec.*, 1998, p. I-2691 (2735 et suiv.) ; 24 nov. 1998, aff. C-274/96, *Bickel*, *Rec.*, 1998, p. I-7637 (7654 et suiv.), avec les commentaires de M. Novak, *EuZW* 1999, p. 84 (85) ; ainsi F. Mancini, « Europe, The Case of Statehood », *ELJ*, 1998, p. 29.

³⁰⁴ V. aussi G. Hirsch, « Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft », in G.C. Rodríguez Iglesias/O. Due/R. Schintgen/C. Elsen (éds.), *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, 1999, p. 177 (183 et suiv.).

³⁰⁵ V. dernièrement 24 nov. 1998, aff. C-274/96, *Bickel*, *Rec.*, 1998, p. I-7637 (7654 et suiv.) ; 19 janv. 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, *Rec.*, 1999, p. I-21 (28 et suiv.), 20 sept. 2001, aff. C-185/99, Rudi Grzelcyk, *EuGRZ*, 2001, p. 492 (594 et suiv.) et les commentaires de U. Becker, « Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit », *EurR.*, 1999, p. 522.

³⁰⁶ V. déjà le 3^{ème} considérant du règlement 1612/68, *JOCE* 1968 L 257/2, et la jurisprudence constante relative à l'article 48 CEE, par exemple l'arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, *Rec.*, 1995, p. I-4921 (5068) : un des principes fondamentaux de la Communauté, et *ibid.*, p. 5076 : droit fondamental de libre accès à la profession pour tout travailleur.

³⁰⁷ V. supra, § 2 2 b. Pour une analyse de cette jurisprudence dans le contexte du débat autour d'une possible « convergence des libertés », v. P. Steinberg, « Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf Tatbestands- und Rechtfertigungsebene », *EuGRZ*, 2002, p. 13 (14 et suiv.).

ment applicables dans les relations entre les particuliers, du fait de l'effet horizontal ou « privé » qui leur est accordé progressivement³⁰⁸.

Le traité sur la Communauté Européenne donne au Conseil la tâche de mettre en œuvre, par des mesures législatives positives, l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité (article 12 al. 2 TCE), de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (article 13 TCE) et de légiférer afin d'assurer l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et du travail (article 141 al. 3 TCE). surtout, la Cour de justice des Communautés européennes a, par une jurisprudence constante, développé de façon prétorienne une protection efficace des droits fondamentaux tels qu'ils sont énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire³⁰⁹. L'article 6, al. 2, TUE a entériné cette jurisprudence et confirme explicitement l'obligation des institutions de l'Union de respecter ces droits qui doivent être sauvegardés par la Cour de justice aux termes de l'article 46, lit. d), TUE. Était-il nécessaire, étant donné cette pratique, d'adopter une charte des droits fondamentaux ? On sait que le Conseil européen de Cologne en a décidé le principe, que le Conseil informel de Tampere l'a précisé et organisé³¹⁰ et que la Convention sous la présidence de Roman Herzog en a élaboré les termes³¹¹, avant que la Charte ne soit proclamée « solennellement » le 7 décembre 2000 à Nice. Dans l'affirmative, quel doit en être le statut juridique ?

Étant donné les divergences de conception et de contenu qui existent dans les Etats membres³¹² et les incertitudes de l'approche prétorienne pratiquée jusqu'ici, la Charte est un succès considérable. Les difficultés de trouver un accord sur son

³⁰⁸ V. S. Wernicke, *Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Strukturen und Kategorien der Pflichtenstellungen Privater aus dem primären Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierungsfolgen*, 2002, p. 189 et suiv.

³⁰⁹ V. I. Pernice, *op. cit. supra*, note 302, p. 25-63 ; H.-W. Rengeling, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, avec les références à B. de Witte, « The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights », in P. Alston (éd.), *The EU and Human Rights*, 1999, p. 859 et suiv. ; G. Hirsch, « Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft », in G.C. Rodríguez Iglesias/O. Due/R. Schintgen/C. Elsen (éds.), *op. cit.* note 304, 1999, p. 177 et suiv.

³¹⁰ Annexe aux Conclusions de la Présidence, Conseil Européen (Tampere) des 15 et 16 octobre 1999.

³¹¹ V. pour ses propres réflexions quant à son travail, R. Herzog in Sinclair, *op. cit.* note 19, p. 44 et suiv.

³¹² V. C. Grewe, « Les conflits de normes entre droit communautaire et droits nationaux en matière de droits fondamentaux », in S. Leclerc/J.-F. Akandji-Kombé/M.-J. Redor (éds.), *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, 1999, p. 57 (70 et suiv.).

contenu étaient énormes. Mais déjà le groupe d'experts, établi par la Commission sous la présidence de Spiros Simitis, avait montré qu'il n'était pas exclu de trouver un dénominateur commun entre les représentants des différentes cultures (juridiques) des Etats membres³¹³. La Charte elle-même le démontre encore plus clairement et de façon inattendue. Elle doit être intégrée comme un élément constitutif au traité constitutionnel de l'Union. Ceci soulignerait l'attachement de celle-ci aux droits qui y sont repris, et sa détermination à les respecter et les défendre. La Charte compléterait la liste des valeurs communes qui sont à la base de l'Union et augmenterait de façon considérable la transparence et la sécurité juridique en la matière³¹⁴. Même sans un statut juridique formel, elle sert dès maintenant d'orientation et de référence importante pour les citoyens, ainsi que pour les juristes européens³¹⁵ à tout niveau. Le rôle constitutionnel et intégrateur d'une telle charte ne doit pas être sousestimé. Elle pourrait constituer le point de « référence » pour un « patriotisme constitutionnel » (J. Habermas) au niveau européen, comme expression du rattachement aux valeurs communes qui pourraient fonder l'esprit de confiance et de solidarité indispensable pour la « cohésion culturelle » de l'Union élargie qui doit prendre la plupart de ses décisions à la majorité.

En dépit des réactions généralement positives³¹⁶ et indépendamment de l'intégration de la Charte dans le nouveau traité constitutionnel, il appartiendra à la Cour de justice des Communautés européennes de concrétiser les droits fondamentaux qui y sont affirmés et d'en compléter, si besoin est, le catalogue, au cas par cas, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg et en s'inspirant de la pratique des juridictions constitution-

³¹³ Commission Européenne (éd.), *Die Grundrechte in der Europäischen Union verbürgen. Bericht der Expertengruppe « Grundrechte »*, 1999 ; v. également S. Simitis, « Auf dem Weg zu einer Grundrechtscharta für die sich erweiternde Union : Köln – Tampere – Helsinki », in FCE 8/99, <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/index.htm>>.

³¹⁴ Voir les commentaires de la ministre de la justice allemande à ce propos, H. Däubler-Gmelin, « Vom Marktbürger zum EU-Bürger. Plädoyer für eine Grundrechte-Charta der Europäischen Union », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, n° 7, 10 janv. 2000, p. 11. V. également le nouveau juge à la Cour constitutionnelle allemande, U. di Fabio, *op. cit.* note 276, p. 11, et le juge à la Cour de justice, G. Hirsch, *op. cit.* note 165, p. 46 et suiv. Pour une comparaison avec les instruments existants, v. D. Thym, « Charter of Fundamental Rights: Competition or Consistency of Human Rights Protection in Europe ? » *Fin.YIL*, 2000, à paraître. V. aussi I. Pernice, « Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund », *EurR*, 1996, p. 27 et suiv.

³¹⁵ V. pour cette qualification progressive P. Häberle, *Der europäische Jurist*, 2002.

³¹⁶ V. dans ce sens l'évaluation critique, mais finalement positive, de G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2001, p. 41 et suiv. ; plus neutre A. Vitorino, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RDUE*, 2001, p. 27 et suiv. V. aussi *supra* note 4 et les indications *op. cit. supra*, note 75. Plus critique S. Griller in Melissas/Pernice (éds), *op. cit.* note 4.

nelles nationales dont le rôle demeure central dans le système communautaire de sauvegarde des droits fondamentaux.

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans les détails du contenu de la Charte. Mais il convient de rappeler que les droits fondamentaux, au-delà de leur fonction de protection d'un certain domaine de liberté et d'autonomie réservé à l'individu, ont également une fonction objective, en tant que valeurs qui orientent l'action des pouvoirs publics. Ils ont une fonction positive dans la mesure où ils constituent la condition nécessaire pour la participation active du citoyen dans le processus démocratique et politique³¹⁷, allant jusqu'à comporter, dans certaines circonstances, une obligation des pouvoirs publics de procurer les conditions nécessaires à un exercice effectif des libertés reconnues³¹⁸.

Il y a peu de chances de trouver un large consensus, en Europe, sur ces « dimensions » des droits fondamentaux³¹⁹ ; la Charte est plutôt prudente dans ce domaine, sans toutefois se limiter à l'énumération des droits de la « première génération ». Conformément à certaines propositions faites,³²⁰ la Charte ne se limite pas non plus aux droits qui relèvent de domaines où un vrai risque de violation existe. Dans le domaine des droits sociaux et culturels, notamment, outre les droits dont la réalisation relève des compétences de l'Union, le droit « de travailler » et un droit à l'éducation ont été inclus sans que les pouvoirs nécessaires pour assurer la mise en œuvre de ces droits soient effectivement conférés à l'Union. L'explication officielle est que la disposition vise principalement l'État membre en cause : « ... cela signifie que..., dans le cadre de ses politiques de formation, l'Union doit respecter la gratuité de l'enseignement obligatoire, mais cela ne crée

³¹⁷ V. à cet égard G. Hirsch, *op. cit. supra*, note 249, p. 182 et suiv.

³¹⁸ P. Häberle, « Grundrechte im Leistungsstaat », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1972, p. 43 (80 ff.). V. aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle sur la réglementation de l'admission aux Universités, BVerfGE 33, 303 (336 et suiv.). Sur « Les droits fondamentaux comme justification de l'action publique, évaluation d'une proposition », v. le rapport allemand expliquant ces dimensions des droits fondamentaux, par I. Pernice, « L'Allemagne », in A. Lyon-Caen/V. Champeil-Desplats (éd.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, 2001, p. 103, 105 et suiv.

³¹⁹ Pour les dimensions des droits fondamentaux suivant la théorie allemande, v. le résumé de H. Dreier, in H. Dreier (éd.), *op. cit. supra*, note 37, Vorb. notes 43 à 69.

³²⁰ V. le catalogue élaboré par le Parlement européen avec des commentaires de différents auteurs in R. Bieber/K. de Gucht/K. Lenaerts/J. Weiler (éds.), *Au nom des peuples européens – in the name of the people of Europe*, 1996. Dans le sens contraire, pour des motifs de réalisme, I. Pernice, « Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p. 847, 852, votant pour un parallélisme entre compétences et droits fondamentaux.

bien entendu pas de nouvelles compétences. » Ces articles montrent donc bien que la Charte est un compromis politique³²¹.

d. Révision des traités et processus constitutionnel européen

Le Parlement européen voit dans l'élaboration de la Charte le lancement d'une partie d'un processus constitutionnel³²². Le processus d'élaboration de celle-ci, tel qu'il a été décidé par le Conseil Européen informel de Tampere³²³, a en effet servi de modèle pour la Convention chargée de proposer un projet de constitution de l'Union, dont les travaux sont en cours. Les insuffisances de la procédure de l'article 48 TUE en ce qui concerne la transparence, la participation du public et des parlements sont devenues très apparentes au lendemain de l'échec de Nice. C'est à juste titre que le Parlement européen avait constaté dans sa résolution du 18 novembre 1999 sur le traité d'Amsterdam qu'avec celui-ci une époque historique, où la construction européenne s'est faite avec les moyens de la diplomatie classique³²⁴, a pris fin. La procédure pour la Conférence intergouvernementale de 2004, décidée par le Conseil Européen de Laeken, est celle de la Convention. Si celle-ci se conclut par un seul projet de Traité, la Conférence intergouvernementale de 2004 aura peu de marge pour y apporter des modifications substantielles, qui risquent de se heurter au veto de certains parlements nationaux. Il sera utile, en tout état de cause, d'assurer la participation du président et des vice-présidents, au moins aux travaux de la CIG, pour expliquer les motifs de la Convention et pour servir de médiateur entre les gouvernements. La procédure au Conseil des ministres pourrait servir de modèle.

Le caractère particulier – supra-national – de l'Union Européenne et l'intérêt des citoyens de développer sa structure dans le respect de l'identité nationale des Etats membres, sans pour autant passer à un Etat Européen, semble exclure – sauf exceptions précises – que les traités puissent être révisés sans le concours des citoyens de tous les Etats membres³²⁵. Il y a, par conséquent, une double légitimi-

³²¹ V. sur le débat relatif à l'intégration des droits de la « deuxième génération » dans la Charte, J. Meyer, « Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta ? », *ZRP*, 2000, p. 368 et G. Braibant, *op. cit. supra* note 316, p. 131 et suiv.

³²² Résolution du 18 novembre 1999, *op. cit. supra*, note 269, point 13.

³²³ V. *supra*, note 310, Anlage.

³²⁴ Résolution précitée, *supra*, note 269, point 18; dans le même sens déjà pour le traité de Maastricht: I. Pernice, « Deutschland in der Europäischen Union », in J. Isensee/P. Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII (1995), § 191 points 71 et suiv.

³²⁵ Dans ce sens explicitement, v. le premier ministre suédois, Göran Persson, *European Challenges - A Swedish Perspective*, discours tenu le 18 octobre 2001, auprès de l'Université Humboldt de Berlin, Humboldt-Reden zu Europa, HRE 2, www.whi-berlin.de.

té³²⁶ propre à cette construction européenne qui doit se traduire par l'organisation de la procédure de révision afin, comme l'exprime le Parlement européen³²⁷,

« d'aboutir à la démocratisation du processus de révision en instituant un pouvoir co-décisionnel entre l'institution qui représente les Etats et celle qui représente les citoyens de l'Union ».

La participation formelle du Parlement européen et, indirectement, des parlements nationaux à la procédure de révision³²⁸ est partiellement assurée par la participation de leurs représentants à la Convention sur l'avenir de l'Union. Un droit de vote du Parlement européen sur les textes adoptés par le Conseil européen de 2004 soulignerait toutefois le caractère européen de l'exercice, ainsi que la légitimité du traité.

Finalement, il faut se demander s'il serait utile de soumettre le nouveau traité à un référendum européen³²⁹. Les risques qu'un tel procédé comporte sont évidents. Néanmoins, sa fonction « éducatrice » du public, tout comme la nécessité d'encourager le citoyen de l'Union à participer activement au processus d'élaboration de la constitution européenne, plaident en faveur de l'introduction d'un référendum européen auquel serait soumise l'entrée en vigueur du nouveau traité constitutionnel. Il se rapprocherait ainsi, même dans sa forme, d'un vrai contrat social européen.

2. Légitimité démocratique dans un système institutionnel efficace

Beaucoup de propositions ont été faites quant aux mesures à prendre pour rendre plus démocratiques et plus efficaces les institutions de l'Union dans la perspective de l'adhésion de dix à quinze nouveaux Etats membres. Les questions posées sont plus politiques que juridiques, mais elles sont centrales dans le développement du système constitutionnel européen, y compris dans la répartition des pouvoirs réels entre les deux niveaux. En vue d'assurer la réalisation des objectifs

³²⁶ V. à ce propos la Résolution du Parlement européen du 19 novembre 1997, *JOCE* 1997 C 371/99, considérant F.b. ; v. également D. Tsatsos/P. Schiffauer, « Das Europäische Parlament als Verfassungsgeber ? Legitimation und Grenzen der parlamentarischen Mitwirkung an der Entwicklung der Unionsgrundordnung », in M. Klopfer/I. Pernice (éds.), *op. cit.* note 172, p. 76 (85), et D. Tsatsos, « Das Prinzip der europäischen Verfassungsverantwortung », in *FCE* 1/99, <<http://www.WHI-berlin.de>>.

³²⁷ Résolution du Parlement européen du 18 nov. 1999, *op. cit. supra*, note 269, point 16.

³²⁸ Dans ce sens, v. déjà la Résolution du Parlement du 18 nov. 1999, *op. cit. supra*, note 269, point 3 à 10 ; v. également la Résolution du Parlement européen du 19 nov. 1997, *op. cit. supra*, note 326, points 18 à 22, et le Rapport I. De Vigo/D. Tsatsos sur le Traité d'Amsterdam du 5 novembre 1997, *EuGRZ*, 1997, p. 72 et suiv., points 263-267 ; v. également D. Tsatsos/P. Schiffauer, *op. cit. supra*, note 326, p. 84.

³²⁹ V. à ce propos la préface de V. Constantinesco à l'ouvrage de A. Auer/J.-F. Flauss (éds.), *Le référendum européen*, 1997, p. 5 et suiv.

indiqués tout en respectant la nécessité de sauvegarder un « équilibre fédéral » dans le système, il paraît utile que la Convention et, finalement, la Conférence intergouvernementale prennent en considération les points suivants :

a. L'équilibre institutionnel en question: vers un système bi-caméral

La double légitimité de l'Union Européenne, basée sur les gouvernements démocratiques des Etats membres réunis au Conseil, d'une part, et sur le parlement européen élu au suffrage universel, d'autre part, reste la base de l'évolution des institutions de l'Union. Il n'y a pas d'alternative réelle au développement progressif d'une structure bi-camérale pour renforcer la légitimité démocratique de l'Union³³⁰. Dans le cadre d'une telle structure, le Parlement européen, comme chambre des citoyens de l'Union, exercera un contrôle démocratique, tandis que le contrôle fédéral sera exercé par le Conseil qui représente les Etats membres en tant que « chambre des Etats ». Bien entendu, les mesures nécessaires pour assurer un statut égal aux députés, ainsi qu'une représentation plus proportionnelle, doivent être prises pour permettre au Parlement Européen d'exercer pleinement sa fonction. C'est sur les ministres siégeant au Conseil que le contrôle des politiques de l'Union par les parlements nationaux peut s'effectuer de façon effective. Ses réunions doivent être rendues publiques et la transparence doit être assurée en ce qui concerne son travail législatif. Le Conseil sera, dès lors, l'institution qui accorde aux actes de l'Union une « légitimité fédérale » et indirectement démocratique, tandis que le Parlement européen en sera l'organe traduisant la « légitimité démocratique » immédiate. Bien sûr, le concours des volontés des deux institutions doit être la condition de la mise en vigueur de tout acte législatif de l'Union.

b. Fonction et contrôle politique de la Commission

Quelle sera la fonction de la Commission dans un tel système ? L'expérience passée montre que la Commission joue un rôle politique très important, son influence sur le contenu des actes décidés par le Conseil (et le Parlement européen) étant souvent sous-estimée. Contrairement à une opinion répandue, la Commission n'est pas un organe techno- et bureaucratique, ni une agence au service des Etats membres. Son influence pratique est très grande, malgré le fait que les décisions législatives sont prises par le Conseil et le Parlement. Le degré de qualification des fonctionnaires de la Commission, le mélange des cultures juridiques, politiques et

³³⁰ V. dans ce sens aussi les propositions de J. Fischer, *op. cit. supra* note 71, p. 23. L'idée est reprise dans la plupart des discours et propositions concernant le futur de l'Union européenne.

sociales des Etats membres qu'ils représentent et leur indépendance, font que toutes les conditions pour la formulation de propositions équilibrées, politiquement et substantiellement, sont remplies. Ces propositions sont la base des discussions au sein du Conseil et du Parlement européen. Son rôle politique doit, néanmoins, être soumis à un contrôle plus direct du Parlement européen, tandis que l'indépendance de chaque membre de la Commission envers les gouvernements nationaux – ce qui n'exclut pas d'indispensables communications – mériterait d'être renforcée. Les membres de la Commission ne sont pas des représentants des Etats membres et il n'est donc pas nécessaire que chaque Etat membre ait « son » membre à la Commission. Il faudrait sans doute assurer un équilibre géographique ou régional, si le nombre des membres de la Commission est inférieur à celui des Etats membres – comme cela est prévu dans le traité de Nice pour l'après 2005 si le nombre des Etats membres excède 20 – et si leur nomination est réservée au Président de la Commission qui – lui même – devra être élu par le Parlement européen.

Le président de la Commission joue un rôle particulièrement important sur le plan de l'orientation politique de l'Union. En tant que membre du Conseil européen (article 4, al. 2, TEU), il peut proposer à celui-ci des orientations politiques et y jouer un rôle de médiateur dans l'intérêt de l'Union. De plus, en tant que chef de la Commission, le traité d'Amsterdam lui confère le droit de guider cette dernière dans ses orientations politiques (article 219, 1^{er} al., TCE). Son accord est nécessaire pour la nomination des autres membres de la Commission (article 214, al. 2, TCE).

S'il est vrai que le Parlement européen participe de plus en plus directement à la procédure de nomination du président de la Commission (article 214 TCE) et dispose, depuis toujours, du droit de voter la démission du collège (article 201 TCE), ces dispositions ne reflètent pas le poids réel de la mission politique que la Commission et, notamment, son président remplissent. Il paraît plus adéquat de passer à une procédure par laquelle l'élection du président de la Commission est liée aux élections du Parlement européen. En effet, le président du parti ayant gagné les élections au Parlement européen aura à défendre son programme politique. Le président ainsi élu sera alors soumis plus directement au contrôle politique exercé par le Parlement européen, devant lequel il est responsable dans l'exercice de ses fonctions. Les élections européennes recevraient, à leur tour, une signification politique réelle. Elles susciteraient une participation plus large du public si chaque parti se présentait avec son candidat à la présidence et son programme politique, laissant un vrai choix politique aux électeurs.

c. Vote majoritaire, double majorité et pondération des voix au Conseil

Dans la mesure où une légitimité démocratique est assurée aux actes de l'Union par la volonté du Parlement européen suivant la procédure de co-décision, seules des considérations de souveraineté nationale³³¹ pourraient justifier le maintien du vote à l'unanimité au Conseil dans certains domaines politiques. Ce n'est donc pas la démocratie qui l'exige. Bien au contraire, la démocratie exige le passage au vote majoritaire, ce qui garantit l'efficacité du système dans la perspective de l'élargissement. Ce n'est pas par un droit de veto que doivent être sauvegardés des intérêts vitaux – constitutionnels ou politiques – de l'un ou de l'autre Etat membre; le respect de l'identité nationale imposé par l'article 6, al. 3, TUE, le principe de subsidiarité et de proportionnalité visé à l'article 5 TCE et précisé par le protocole n° 6 accompagnant le traité d'Amsterdam, ainsi que le principe de la solidarité et la loyauté européenne énoncé l'article 10 TCE³³² sont les limites constitutionnelles qui peuvent être invoquées par tout Etat membre qui estime qu'un acte adopté à la majorité qualifiée viole ses droits ou intérêts nationaux fondamentaux.

En outre, une protection efficace des droits fondamentaux des particuliers, fondée sur la Charte des droits fondamentaux intégrée au traité constitutif de l'Union, ferait utilement contrepoids aux attributions positives de compétence. La confiance des citoyens de l'Union en serait renforcée. S'il en ressort clairement que le respect de leurs droits et intérêts fondamentaux est garanti, même les citoyens d'un Etat qui s'est opposé à l'adoption d'un acte communautaire sont incités à accepter sa légitimité. Cet effet sera encore plus net si les citoyens sont clairement avertis des matières dans lesquelles le Conseil décide en majorité qualifiée et de celles où, au contraire, il appartient aux Etats membres de décider.

Enfin l'on pourrait prévoir – éventuellement à titre transitoire – des majorités super-qualifiées, une procédure spécifique de sauvegarde ou une quelque autre « clause de nécessité » dans les cas où un Etat membre fait état d'un intérêt vital national qui lui interdit de donner son consentement, sans pour autant faire revivre le « Compromis de Luxembourg ». Une loi organique dont l'adoption serait soumise à des conditions plus restrictives pourrait être une solution. Les domaines financier et fiscal semblent plus que d'autres appeler des procédures spéciales de ce genre, même si toutes les autres décisions sont prises à la majorité qualifiée.

³³¹ En ce sens, v. la décision du Conseil constitutionnel n° 97-394 DC du 31 déc. 1997, *Amsterdam* ; v. également les commentaires par J. Hecker. *op. cit. supra*, note 252.

³³² V. en ce sens l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt sur la ratification du traité de Maastricht, BVerfGE 89, 155 (184) ; du côté européen, v. la jurisprudence constante de la Cour de justice et notamment l'arrêt du 22 oct. 1998, aff. C-36 et 37/97 – Kellinghusen, *Rec.*, 1998, p. I-6337 (6361 et suiv.) ; v. également G. Langguth, *in* O. Lenz (éd.), *EG-Vertrag Kommentar*, 2^{ème} éd. 1999, Art. 10 note 1.

d. Responsabilité financière de l'Union

Dans son état actuel, la « constitution financière » européenne est trop complexe pour être accessible à un contrôle démocratique. Pour rendre l'Union plus démocratique et plus responsable vis-à-vis de ses citoyens, le système des ressources propres et du financement des politiques de l'Union doit être révisé. S'il est possible d'accepter que la Communauté décide des politiques – à la majorité qualifiée au Conseil – dont la mise en œuvre et le financement sont réservés aux Etats membres, est-il aussi acceptable à long terme que les institutions puissent disposer librement, pour leurs politiques, des fonds qui leur sont octroyés par l'Union sans que celle-ci soit obligée de justifier politiquement son budget devant l'électorat ? C'est une exigence de nature démocratique que la responsabilité tant financière que politique des institutions soit assurée par une légitimation directe, par l'électorat. Cela demande qu'une idée déjà assez vieille fasse l'objet d'un nouveau débat sur le plan européen : celle du pouvoir propre de l'Union de décider de son propre budget et de collecter certaines taxes pour le financer³³³.

3. La Cour de justice : contrôle juridique efficace dans l'Union

Le système de la protection juridique du particulier a fonctionné de façon souple et efficace pendant plus de quarante années. Mais le développement de l'activité de la Communauté dans tous les domaines de sa compétence, ainsi que l'augmentation continue du nombre des Etats membres ont pour effet que les capacités de travail de la Cour et du Tribunal de première instance sont épuisées. La durée excessive des procédures qui en résulte a suscité de nombreuses réflexions sur une réforme de l'architecture juridictionnelle de l'Union, qui puisse lui assurer un fonctionnement efficace dans des conditions nouvelles³³⁴. Les réformes prévues par le traité de Nice permettent un progrès considérable, mais ne dispensent pas de réfléchir à une réforme plus fondamentale. Il ne s'agit pas seulement de la composition et de la légitimité de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment dans sa fonction de Cour constitutionnelle (*infra*, lit. a.), mais aussi de sa structure et des fonctions respectives de la Cour, du Tribunal de première instance

³³³ V. à cet effet les propositions faites par la Commissaire M. Schreyer, « Die Europäische Finanzverfassung vor der Erweiterung », in FCE 1/2000, <<http://www.WHI-berlin.de>>.

³³⁴ V. à ce propos le papier de réflexion soumis par la Cour de justice, *op. cit. supra*, note 270, et les commentaires de J.-P. Jacqué, « L'avenir de l'architecture juridictionnelle de l'Union », *RTDE*, 1999, p. 443 et suiv. V. aussi le commentaire de l'ancien avocat général C.O. Lenz du 8 mai 2000, « Reform des Europäischen Gerichtshofs im Blick auf die Erweiterung der Europäischen Union », FCE 4/00, <http://www.whi-berlin.de/lenz.htm>.

et des juridictions nationales (*infra*, lit. b.). Enfin, il faut se poser la question de savoir si la création d'institutions judiciaires supplémentaires – un Conseil constitutionnel³³⁵ par exemple ou, comme cela vient d'être proposé, une Cour spéciale chargée de la protection des droits fondamentaux³³⁶ – (*infra*, lit. c.) ne s'impose au niveau européen.

a. Composition et organisation de la Cour et élection des juges

Suivant une vieille règle suisse, il est inconcevable pour un peuple de se soumettre à un juge étranger. Ainsi, chaque Etat membre doit être représenté par au moins un juge à la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg. En revanche, l'efficacité de son fonctionnement serait mise en cause si la Cour devait délibérer à vingt, à vingt-cinq ou même à trente juges. La session plénière de la Cour ne peut donc se justifier que dans les seuls cas où deux chambres – ou sénats – risqueraient d'adopter des jurisprudences divergentes. Pour tous les autres cas, la division de la Cour en plusieurs chambres s'impose, du moins si la création de deux ou plusieurs « sénats » responsables, chacun, pour un type bien défini d'affaires, selon le modèle de la Cour constitutionnelle allemande, n'est pas retenu.

En vue du renforcement de la légitimité démocratique des institutions européennes, mais aussi de l'efficacité de la Cour de justice, il convient de reconsidérer la procédure de nomination des juges à la Cour. Chaque nouveau juge a besoin d'une certaine période de pratique avant qu'il puisse jouer pleinement son rôle, vu notamment le contexte européen et la langue de travail qui est le français. Un mandat renouvelable de six années, rarement étendu à une nouvelle période, n'est pas efficace de ce point de vue et il n'assure pas l'indépendance des juges qui sont nommés, suivant l'article 223 TCE, d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres. Le mandat devrait avoir une durée de dix ans au minimum et ne pas être renouvelable.

La procédure de nomination des juges satisfait-elle aux exigences de légitimité ? Seule la constitution autrichienne prévoit dans son article 23c, al. 2, une certaine participation parlementaire. La solution de l'offre publique, pratiquée au Royaume-Uni pour le successeur du juge Bellamy³³⁷, assure, au moins, plus de

³³⁵ V. en ce sens J.H.H. Weiler, « The European Union Belongs to its Citizens : Three Immodest Proposals », *ELR*, 1997, p. 150 (155). V. aussi J.H.H. Weiler/U. Haltern/F. Mayer, « European Democracy and Its Critique », *West European Politics*, 1995, p. 4 (38 et suiv.).

³³⁶ Ainsi la proposition du nouveau juge à la Cour constitutionnelle allemande, U. di Fabio, *op. cit. note* 276, p. 11.

³³⁷ V. *The Times*, April 1999, cité par A. Arnall, « Judicial architecture or judicial folly ? The challenge facing the European Union », *ELR*, 1999, p. 516.

transparence. Les deux exigences – transparence et légitimité démocratique – seraient réalisées par une procédure qui donnerait à un comité mixte de représentants du Parlement européen et des parlements nationaux le droit d'élire les juges sur la base d'une liste de candidats qui lui serait soumise par le Conseil ou par chaque Etat membre. La procédure de nomination des juges à la Cour européenne des droits de l'homme³³⁸ semble aller dans ce sens ; rien n'empêche de s'inspirer de ce modèle pour la nomination des juges à la Cour de justice des Communautés européennes. Une telle procédure est plus démocratique d'ailleurs que celle qui a été proposée par Anthony Arnall : créer un « judicial appointments panel » qui est composé des juges suprêmes nationaux et d'anciens juges de la Cour. Cet auteur s'oppose à l'élection des juges par le Parlement européen au motif que celui-ci est trop souvent partie dans des affaires devant la Cour³³⁹. Il semble cependant qu'une légitimité démocratique plus directe corresponde au rôle politique de la Cour, dont l'indépendance serait suffisamment assurée, entre autres, par un mandat de dix ans non renouvelable pour les juges et les avocats généraux.

b. L'architecture judiciaire dans l'Union Européenne

La charge de travail de la Cour de justice des Communautés européennes augmente sans cesse et risque, notamment par suite de l'approfondissement et de l'élargissement de l'Union Européenne, de mettre en cause l'efficacité du système judiciaire de la Communauté. Cela explique que certaines propositions pour une meilleure architecture judiciaire aient été présentées, tenant compte du défi que représente la délimitation des compétences respectives des Etats et de la Communauté³⁴⁰. En outre, une série de propositions pratiques concernant le travail de la Cour de justice des Communautés européennes ont été soumises³⁴¹, dont les nouvelles dispositions adoptées par le traité de Nice s'inspirent dans une large mesure.

Les solutions trouvées à Nice répondent aux exigences d'efficacité, de légitimité et de sécurité juridique dans un système judiciaire qui repose sur un partage

³³⁸ V. notamment les articles 22 et suiv. du onzième Protocole additionnel à la Convention Européenne sur la sauvegarde des droits de l'homme du 25 mars 1992.

³³⁹ A. Arnall, *op. cit. supra*, note 337, p. 522.

³⁴⁰ V. notamment J.-P. Jaqué/J.H. Weiler, « Sur la voie de l'Union Européenne, une nouvelle architecture judiciaire », *RTDE*, 1990, p. 441, qui proposait quatre cours régionales pour traiter les questions préjudicielles (*ibid.*, p. 446 et suiv.) et une Haute cour européenne de justice, chargée notamment de trancher les questions de compétence (*ibid.*, p. 446, 451 et suiv.).

³⁴¹ V. à cet égard le Document de réflexion soumis par la Cour de justice des Communautés européennes au Conseil le 27 et 28 mai 1999 (<http://www.curia.eu.int>), publié in *RTDE*, 1999, p. 529 et suiv., commentaires de J.-P. Jaqué, « L'avenir de l'architecture juridictionnelle de l'Union », *ibid.*, p. 443 et A. Arnall, *op. cit. supra*, note 337, p. 522.

de compétences nationales et européennes, sur le « dialogue judiciaire » entre les deux niveaux d'action et sur la nécessité d'assurer l'unité du droit et l'uniformité de son application dans tous les Etats membres. A juste titre, ceux-ci résistent à l'idée de décentralisation et soulignent la fonction centrale des instances de Luxembourg. L'autorité éminente de la Cour de justice des Communautés européennes comme institution centrale du système judiciaire de l'Union est fondée sur la coopération avec les juridictions nationales. Son statut, égal à celui des institutions politiques, ne doit dès lors pas être mise en cause.

Outre la réforme des procédures décidée à Nice³⁴², il semble nécessaire d'augmenter le nombre des juges à la Cour de justice et de diviser celle-ci en chambres ou sénats de cinq juges, en ce compris le juge ressortissant, le cas échéant, de l'Etat membre en cause. Certes, des instances judiciaires spécialisées pourront être créées dans des matières d'importance mineure, comme celles qui concernent la fonction publique européenne suivant l'approche choisie à Nice ou l'interprétation du tarif douanier commun. Mais l'unité du droit doit être assurée, au moins par un recours à la Cour comme dernière instance dans tous les cas. Le rôle fondamental que joue le droit dans l'Union Européenne qui constitue une « communauté de droit », selon les termes de Walter Hallstein, sera ainsi confirmé par la position centrale que la Cour de justice conserve dans l'architecture judiciaire.

c. Un Conseil constitutionnel pour l'Union ?

Ni la création d'un Conseil constitutionnel ni celle d'une Cour spécifiquement compétente pour la protection des droits fondamentaux³⁴³ ne paraissent s'imposer, voire même être utiles. L'un et l'autre s'ajouteraient aux autres institutions de l'Union, en dédoublant inutilement la fonction juridictionnelle. Il est difficilement concevable qu'un Conseil constitutionnel composé de juges représentant les plus hautes juridictions nationales puisse avoir plus d'autorité vis-à-vis des Etats membres³⁴⁴ que la Cour de justice dont les juges sont nommés du commun accord des gouvernements nationaux. Son établissement entraînerait de nouveaux conflits de compétence. En effet, les questions de droit constitutionnel concernant notamment les compétences respectives de la Communauté et de ses institutions ou la protection de droits fondamentaux ne peuvent pas être, dans la plupart des cas, séparées des questions d'interprétation ou de validité du droit dérivé, dont la conformité avec le traité et les principes généraux de droit doit être examinée en tout état de

³⁴² V. aussi le document de réflexion soumis à la Cour de justice, *op. cit. supra*, note 270, p. 529-549.

³⁴³ V. les références *supra* § 4.1.b.

³⁴⁴ En ce sens pourtant J.H.H. Weiler, *op. cit. supra*, note 281.

cause³⁴⁵. Il serait extrêmement difficile de trouver des critères pour déterminer *a priori* quelle affaire est de la compétence de la Cour et quelle autre doit être jugée par la nouvelle instance. Le problème de la surcharge de la Cour, en tout cas, ne serait pas résolu, pas plus que la « querelle du dernier mot » entre le niveau national et européen.

Les problèmes se résolvent rarement par la création de nouvelles structures ou de nouveaux organes ; mieux vaut adapter prudemment ce qui existe aux développements nouveaux. Face à de nouveaux défis, la Cour elle-même s'adaptera progressivement aux tâches d'une Cour constitutionnelle, compétente pour trancher les questions de subsidiarité, de compétences de l'Union et de droits fondamentaux³⁴⁶.

4. L'exécutif européen : comment donner un visage à l'Union ?

Un des grands problèmes à trancher par la Convention – et par la Conférence intergouvernementale de 2004 – est celui de l'exécutif. L'Union doit être démocratique et efficace pour remplir ses missions. Or, son exécutif est dispersé, quasi invisible. La question « qui fait quoi » concerne non seulement l'attribution et le partage des compétences entre les niveaux national et européen, mais aussi entre des institutions, des personnes. Si l'on sait relativement bien qui est responsable de la législation, les responsabilités de gouvernement ne sont pas claires du tout. Ceci ne concerne pas seulement le domaine de la politique extérieure et de sécurité, mais également la représentation de l'Union vers l'intérieur, vis-à-vis des bientôt cinq cent millions de citoyens de l'Union dans trente Etats membres avec leurs identités et cultures diverses. L'Union n'a pas de visage. Or, il en faut un pour assurer sa cohésion politique dans le monde d'aujourd'hui.

La séparation des responsabilités du deuxième pilier, d'une part, et celles de la Communauté dans les domaines du commerce extérieur, du développement, de la politique de l'environnement et de l'adhésion, d'autre part, risque de rendre incohérentes les politiques de l'Union vers l'extérieur et de provoquer la mise en place de structures administratives parallèles à la Commission et au Conseil, qui se paralysent plutôt qu'elles ne produisent des synergies. La cohérence visée à l'article 3, al.

³⁴⁵ V. aussi les arguments pertinents de l'ancien juge à la Cour de Justice, U. Everling, « Quis custodiet custodes ipsos ? » *EuZW*, 2002, p. 357-364.

³⁴⁶ L'efficacité de sa jurisprudence a été reconnue notamment par la Cour Constitutionnelle allemande dans l'affaire des bananes, *op. cit. supra*, note 203. V. aussi l'important arrêt du 9 janv. 2001 <<http://www.bverfg.de>> sur l'accès à la justice et le devoir « constitutionnel » de poser une question préjudicielle conformément à l'art. 234 CE dans tous les cas de violation éventuelle de droits fondamentaux.

2, TUE reste théorique, l'efficacité est modeste. Au moins trois institutions/personnes représentent l'Union : le président de la Commission – ou les divers membres de la Commission – avec le soutien de ses délégations dans les pays tiers, le Haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune (article 18 et 26 TUE) et la présidence de l'Union qui, aux termes de l'article 18 TUE, représente celle-ci et qui a la responsabilité de la mise en œuvre des décisions prises dans le cadre de la PESC.

Il est clair que cette division des pouvoirs sur le plan de la politique extérieure ne peut pas subsister longtemps. Comme l'a souligné le Commissaire responsable de la politique commerciale, Pascal Lamy, l'Europe doit parler non seulement avec une voix, mais aussi avec une bouche³⁴⁷. Le nombre de groupes, comités etc. qui se créent au fur et à mesure au sein du Conseil et de son secrétariat augmente sans cesse, bien que la fonction de préparer et de négocier les politiques communes au sein de l'Union soit du ressort de la Commission, qui, par son caractère supranational, est la mieux placée pour représenter l'intérêt général de l'Union. Les événements catastrophiques de 11 septembre 2001 ont démontré, en outre, que la politique de sécurité ne peut plus être isolée des autres politiques extérieures, ni même de la politique d'immigration ou de celle des visas, de la police et des autres politiques intérieures.

Entre les diverses options qui existent pour le réaménagement institutionnel de la représentation extérieure de l'Union, la concentration de ces tâches entre les mains de la seule institution prédestinée à cette fin, à savoir la Commission, paraît, malgré des réticences politiques, la plus adéquate³⁴⁸. Elle correspond au renforcement de la légitimité et du contrôle politique de la Commission proposé ci-dessus³⁴⁹, et elle assure que les ressources humaines et financières disponibles jusqu'alors au Conseil et à la Commission soient employées efficacement dans l'intérêt commun. Ceci n'implique nullement que le Conseil et les gouvernements des États membres perdent une partie de leur pouvoir. Ils gagneront du poids et de l'efficacité sur le plan mondial, et ils conserveront le contrôle des politiques par l'intermédiaire du Conseil européen et de la coordination des positions et mesures à prendre au sein du Conseil.

Il s'ensuit que, selon le modèle proposé³⁵⁰, le président de la Commission de-

³⁴⁷ Pascal Lamy, *Europe's Role in Global Governance— The Way Ahead*, discours donné auprès de l'Université Humboldt de Berlin, FCE 3/02, www.whi-berlin.de/lamy.htm.

³⁴⁸ Pour les options dans cette perspective, v. D. Thym/I. Pernice, « A new Institutional Balance for European Foreign Policy », *CMLR*, 2002, à paraître.

³⁴⁹ *Supra*, § 4 point 2.c.

³⁵⁰ V. également I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism in the European Union », *ELRev.*, 2002, p. 511, 527 et suiv.

vient le Président de l'Union européenne, et dans ce rôle :

- il représente l'Union vis-à-vis des citoyens et du monde extérieur, comme symbole de son identité, y compris de la diversité culturelle et sociale des Etats membres dont il est le gardien ;
- il est responsable des politiques de la Commission et de son fonctionnement en tant qu'institution d'initiative, de coordination politique et de contrôle de l'application du droit de l'Union ;
- il assume les fonctions du Haut représentant de la PESC et de la présidence du Conseil chargée de la représentation de l'Union et de la mise en œuvre des stratégies, politiques et positions communes décidées par celui-ci ;
- il est responsable de la cohérence des politiques extérieures et intérieures de l'Union, conformément aux orientations générales définies par le Conseil européen sur sa recommandation et sous sa présidence.

Les politiques décidées et mises en œuvre au niveau européen ne doivent pas nécessairement couvrir tous les domaines. Etant donné que chaque Etat membre a des relations et dispose d'expériences spéciales avec de nombreux pays tiers, le système se prête à une répartition du travail qui tienne compte de ces liens particuliers, ce qui peut aller jusqu'à la délégation d'un rôle de représentation à des ministres nationaux. L'avantage demeure que la continuité de la fonction représentative est assurée et que l'Union dispose d'un visage qui soit visible tant par ses citoyens que par les pays tiers.

§ 5 Conclusions

La constitution de l'Union Européenne n'est pas une donnée, mais elle est un processus d'établissement progressif d'un pouvoir public supranational par les citoyens des Etats membres qui sont aussi citoyens de l'Union. C'est sur leur volonté que l'intégration est fondée, en tant qu'instrument complémentaire aux Etats pour accomplir les tâches d'intérêt public que ceux-ci ne sont plus capables d'accomplir efficacement seuls. Les traités expriment ainsi un nouveau « contrat social européen », aux termes duquel les citoyens des Etats membres ont confié certaines responsabilités aux institutions européennes que ces traités ont mises en place, l'exercice de leur souveraineté étant partagé entre les deux niveaux d'action dans le système constitutionnel composé de l'Union.

Vu le progrès des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Union, convoquée par le Conseil européen de Laeken, il paraît de plus en plus probable qu'aux traités européens soit substitué un texte plus systématique et plus semblable à une cons-

titution nationale. Cependant, les traités actuels présentent déjà toutes les caractéristiques essentielles d'une constitution et une « véritable » constitution ne pourrait y ajouter ni légitimité ni précision dans les termes. La complexité du système constitutionnel à deux – ou dans quelques Etats membres même à trois – niveaux est telle qu'il convient de s'assurer que la « constitution » de l'Union soit aussi simple que transparente et lisible pour le citoyen. Il est vrai que les traités, au stade actuel, reflètent un compromis très délicat entre les intérêts des Etats membres. Demander un texte constitutionnel simple, ce n'est pas méconnaître des réalités politiques complexes qui ne sauraient être changées d'un seul coup et sans une volonté politique très forte. Une nouvelle conférence diplomatique serait certes incapable d'accomplir cette tâche. Il n'empêche que la mise en place de la Convention appelée à préparer un projet qui réponde aux soixante questions que le Conseil européen de Laeken lui a posées, ouvre une nouvelle perspective. Sans trop d'ambition, il semble possible d'envisager la préparation d'un traité constitutionnel de l'Union Européenne qui satisfasse les exigences de légitimité et d'efficacité si les responsables cherchent non pas à mettre en place une nouvelle constitution « étatique », mais tout au contraire à donner un fondement constitutionnel au niveau supranational, qui soit complémentaire des constitutions des Etats membres et de leurs institutions qu'il intègre dans le système composé de la Constitution européenne.

L'introduction de l'Euro, la guerre du Kosovo, le désastre du 11 septembre 2001, la conscience croissante de la nécessité de créer, au-delà du marché intérieur, un espace de liberté et de droit, des structures plus démocratiques et plus efficaces à la veille de l'élargissement de l'Union, tous les défis de la mondialisation semblent créer un nouveau dynamisme constitutionnel dans l'Union qui permettra effectivement de consolider le système intégré que constitue l'ensemble des traités et des constitutions nationales³⁵¹. La réforme institutionnelle, entreprise depuis le 14 février 2000, offre alors une chance exceptionnelle de réviser le contrat social européen pour renforcer sa légitimité démocratique, ainsi que la cohérence du système et l'efficacité de ses institutions et procédures. Dans ce processus dynamique, les citoyens européens – anciens et futurs – doivent prendre conscience de leur rôle de pouvoir constituant de l'Union, et l'assumer de façon plus prononcée, pour adapter les tâches et pouvoirs de l'Union aux nouvelles réalités économiques et politiques. La Convention constitutionnelle, avec ses possibilités

³⁵¹ La notion d'un « système constitutionnel » a été utilisée par J.-C. Piris, *supra*, note 61, p. 632, sans qu'il soit spécifié s'il comprenait l'Union et ses Etats membres. Comme il a été expliqué ci-dessus, ce n'est pas, en tout état de cause, un système au sens d'un « constitutional order of states » (A. Dashwood), mais un système de gouvernement à deux niveaux constitué par les citoyens dans leur double identité : nationale et européenne.

de participation du public et sa transparence, semble être le moyen idéal pour réaliser cette tâche. Elle permettra de reconnaître à sa juste valeur le rôle important des Etats membres, de leurs Länder, régions et communautés locales comme base de la construction européenne et de sa cohésion politique³⁵².

Ces entités sont plus proches des particuliers et permettent à chacun d'eux d'avoir le sentiment d'être « chez soi », ce que vise le mot allemand bien connu : « Heimat ». Elles méritent d'être respectées dans leur autonomie et leurs responsabilités locales, régionales ou nationales respectives, comme une valeur en soi qui s'impose au titre de la dignité humaine et du principe démocratique. Les articles 6, al. 3, TUE et 10 CE peuvent être considérés comme l'expression de la garantie d'un principe de « subsidiarité substantielle ». La clarification des compétences de l'Union, ainsi que les structures institutionnelles et les dispositions procédurales destinées à sauvegarder leur respect, doivent être prévues afin de mieux définir les limites des pouvoirs confiés au niveau européen. Plus les politiques communautaires seront décidées à la majorité qualifiée du Conseil, plus de telles assurances s'imposent dans l'intérêt de ceux qui doivent se soumettre aux normes auxquelles leurs propres représentants n'ont pas consenti. Cet exercice sera complémentaire à l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le droit positif de l'Union. La Charte ne garantit pas seulement les droits de la personne et l'autonomie individuelle vis-à-vis l'autorité supranationale. Comme expression des valeurs communes, elle donne aussi des orientations matérielles à l'exercice des compétences attribuées au niveau européen ; en tant qu'elle exprime et précise les valeurs qui unissent les citoyens de l'Union européenne, elle constitue, enfin, le fondement essentiel de la constitution européenne.

³⁵² V. dernièrement les contributions du monde académique sur le sujet : « EU and national constitutions », Conférence de Londres du 1^{er} au 3 nov. 2002, www.FIDE2000.org.