

Jean Paul Jacqué, Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Constitutionnalisation ou révision des traités

Légende: Dans cette contribution, Jean Paul Jacqué, professeur des universités au Collège d'Europe de Bruges et directeur au service juridique du Conseil de l'Union européenne, apporte des arguments en faveur de la nature constitutionnelle du texte élaboré par la Convention européenne, notamment en détachant les notions de constitution et d'État, ainsi que celles d'État et de fédération.

Source: DEMARET, Paul; GOVAERE, Inge; HANF, Dominik (Ed.). 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-74 - 2003-04. Bruxelles: P.I.E.-Peter Lang, 2005. 563 p. ISBN 90-5201-251-2. (College of Europe Studies = Cahiers du Collège d'Europe No. 2).

Copyright: (c) P.I.E. - Peter Lang, Bruxelles, 2005.

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'éditeur ou de ses ayants droit, est illicite. Tous droits réservés.

URL:

http://www.cvce.eu/obj/jean_paul_jacque_le_projet_de_traite_etablissant_une_constitution_pour_l_europe_constitutionnalisation_ou_revision_des_traites-fr-4ccef98d-fd0e-442a-947c-8692720171c2.html

Date de dernière mise à jour: 20/10/2012

Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe Constitutionnalisation ou révision des traités

Jean Paul JACQUÉ⁽¹⁾

*Professeur des universités, Collège d'Europe, Bruges
et directeur au service juridique du Conseil*

Si la doctrine communautaire tentait depuis longtemps de mettre l'accent sur les aspects constitutionnels du droit communautaire, les spécialistes de droit constitutionnel interne sont longtemps restés muets. Leur attention s'est réveillée avec le traité de Maastricht, mais leur réflexion portait alors surtout sur la question des rapports entre le droit constitutionnel national et le droit communautaire. C'est essentiellement le traité de Nice et ses suites qui ont déclenché dans toute la Communauté une vague d'intérêt pour la nature constitutionnelle ou non des traités. Le projet de constitution établi par la Convention sur l'avenir de l'Europe et actuellement soumis à la Conférence intergouvernementale de révision des traités ne satisfait guère cette curiosité nouvelle. Il n'établit pas, comme l'opinion le pense si souvent, une constitution, mais un traité établissant une constitution. Cette formulation ne peut manquer d'alimenter le débat sur la possibilité pour l'Union de disposer d'une constitution. Ce débat est intrinsèquement lié à la question de la nature juridique de l'Union. En effet, dans la vision traditionnelle, la notion de constitution est indissociable de celle d'État et la notion d'État est liée à celle de souveraineté. Pour les tenants de cette thèse, puisque l'Union ne dispose pas de la souveraineté, elle ne peut avoir une nature étatique. Dans ces conditions, qualifier la charte fondatrice de l'Union de constitution constitue une aberration juridique. Puisque l'Union repose sur un traité international, elle ne constituerait donc qu'un type particulier d'organisation internationale.

Est-il possible de sortir de cette vision manichéenne et de remettre en cause les concepts de base qui sous-tendent la réflexion juridique en Europe depuis plus de deux siècles ?⁽²⁾ C'est la démarche qui a été tentée empiriquement par ces apprentis sorciers que furent les auteurs du projet de constitution. Elle conduit à faire trois observations préliminaires :

- Tout d'abord, il n'est pas utile de s'interroger sur le rapport entre le vocabulaire utilisé et la réalité juridique. En effet, si les auteurs du projet ont voulu baptiser « constitution » ce qui pourrait n'être qu'une révision des traités, ils sont aujourd'hui victimes de la portée symbolique du terme employé. Pour les citoyens, qualifier le traité fondateur de constitution n'est pas une opération anodine et implique un changement de nature de l'Union. C'est d'ailleurs l'argument qu'utilisent les adversaires du projet et l'on constate que certains chefs d'État ou de gouvernement sont victimes de l'ambiguïté conceptuelle qui a présidé à leurs travaux. Ainsi le gouvernement britannique qui s'est employé à expliquer que le projet de constitution ne contenait aucune disposition novatrice et pouvait de ce fait être approuvé par la voie parlementaire, se voit contraint de changer de position par l'opposition qui note que si ce projet ne modifiait rien à la situation existante, on aurait continué à lui donner la forme d'un traité. L'usage même du terme de constitution implique un changement qualitatif. Le gouvernement britannique va organiser une consultation populaire, ce qui, en cas de vote favorable, renforcera la légitimité constitutionnelle du projet. Il en va de même en France où les opposants à la ratification utilisent la dénomination du projet pour argumenter sur la perte de souveraineté qui résulterait de l'adoption d'une constitution. Ainsi, quelle que soit la réalité juridique, le vocabulaire utilisé transforme la perception que le citoyen peut avoir de celle-ci. Face à cela, les arguments des juristes selon lesquels il ne s'agirait pas d'une véritable constitution paraissent bien inopérants ;

- D'autre part, si un jour la constitution devait être ratifiée, le juriste pourrait-il rester indifférent à la réalité nouvelle qui en résulterait ? Pourrait-il au nom de la pureté doctrinale maintenir intactes ses analyses ou devrait-il admettre qu'il puisse exister des constitutions sans État ? La doctrine juridique est-elle l'œuvre de démiurges qui imposent leur vision au réel ou bien doit-elle renoncer à une prétention normative pour œuvrer plus modestement à expliquer la réalité ;

- Enfin, la construction européenne n'a pas commencé avec le projet de la convention et ne s'arrêtera après son éventuelle entrée en vigueur. S'agissant de l'Union, la réflexion doctrinale doit prendre en compte l'élément chronologique. C'est ce qu'on fait ceux qui depuis longtemps traitent de la constitutionnalisation de l'Union européenne, c'est-à-dire de la transformation progressive de celle-ci en un système politique fondé

sur des bases constitutionnelles. La reconnaissance progressive par la jurisprudence de la Cour de justice de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, de l'existence d'une communauté de droit, de la primauté du droit communautaire, du respect dû au principe démocratique etc. constituent autant de pierres blanches sur le chemin de l'évolution constitutionnelle. Si ce caractère évolutif est évident pour tous, pourquoi ne pas faire preuve de prudence lorsqu'on utilise pour analyser l'Union des concepts qui sont le fruit la lente maturation doctrinale qui a accompagné la formation des divers modèles étatiques. Apprendra-t-on beaucoup en évaluant une Union à un stade encore primitif de son développement à la lumière des régimes allemand ou américain actuels ? La comparaison n'aurait-elle pas davantage de sens si l'analyse était conduite à partir de régimes politiques pris à un stade identique de leur développement. Mieux vaut dès lors comparer la situation de l'actuelle Union à ce qu'étaient les États-Unis au lendemain de l'adoption de la constitution de 1787 plutôt que de vouloir situer à tout prix l'Union par rapport aux systèmes fédéraux contemporains. Dans ce contexte, la controverse sur la distinction entre traité et constitution au regard, par exemple, des théories de Calhoun prend un sens différent. Mais la réflexion pourrait être plus radicale, car l'État tel que nous le connaissons actuellement est de création récente par rapport à la longue histoire des divers modèles d'organisation politique. Rien ne dit qu'il constitue aujourd'hui le modèle exclusif de référence pour la pensée politique. Comme les empires, les États sont mortels. Aussi, refuser de reconnaître de nouvelles formes d'organisation sociale parce qu'elle ne correspondrait pas à la forme étatique traditionnelle, c'est regarder l'avenir dans un rétroviseur. Dans ces conditions examiner sans parti pris l'œuvre de la convention conduit inévitablement à réinterroger le concept traditionnel de constitution et le lien établi entre cette dernière et l'État.

I. Constitution ou Traité, antagonisme ou complémentarité ?

Il n'est pas contestable que la constitution sera adoptée au terme d'un processus de nature conventionnelle. Soumis à la procédure de révision prévue à l'article 48 du traité sur l'Union européenne, son texte définitif sera établi lors d'une négociation entre les États membres et présenté à la ratification. Il entrera en vigueur après ratification par tous les États membres. Toute autre formule aurait rompu la continuité avec les traités existants ce que la convention sur l'avenir de l'Europe n'a pas voulu faire. Dans son projet intitulé « Pénélope », un groupe de travail de la Commission avait bien envisagé une entrée en vigueur dès ratification par les trois quarts des États membres, mais, quoique l'on ait tenté de faire croire, la formule proposée s'inscrivait en violation des traités puisqu'elle établissait la possibilité d'une entrée en vigueur contre la volonté d'un ou plusieurs États membres, ce ou ces derniers se trouvant alors exclus de l'Union.

A. Des traités qui échappent à l'application du droit des traités

Que l'on ne s'y trompe pas, la convention aurait pu choisir une stratégie de rupture en proposant de créer une nouvelle Union avec les États qui souhaitaient en faire partie. C'est délibérément qu'elle a renoncé à suivre la voie ouverte par les pères fondateurs américains et en est restée à l'unanimité. Seule une clause dans la constitution prévoit qu'au cas où les quatre cinquièmes des membres auront ratifié, le Conseil européen se penchera sur la situation de ceux qui n'ont pas ratifié et envisagera des solutions. Cette formule contient timidement en germe la possibilité d'une entrée en vigueur sans ratification unanime, mais peut viser aussi d'autres solutions telles les formules retenues par le passé pour faciliter la ratification danoise après Maastricht et irlandaise après Nice.

La question réelle est celle de savoir si cette origine conventionnelle conduit à dénier tout caractère constitutionnel au texte adopté. L'exemple de la constitution américaine est fort intéressant à cet égard. Les Pères fondateurs étaient bien conscients d'avoir élaboré un pacte entre États membres nonobstant la dénomination retenue pour ce pacte et les interprétations de nature constitutionnelle sont apparues plus tard au moment de l'arrêt *Marbury v. Madison*.⁽³⁾ La vision « internationaliste » de la constitution américaine a d'ailleurs persisté jusqu'à la veille de la guerre de Sécession au travers de controverses sur le pouvoir des États de nullifier une loi fédérale qu'ils considéraient comme inconstitutionnelle. Dans ce cas, le passage du traité à la constitution résulte d'un processus progressif qui s'est accompagné d'un changement des mentalités et a été consacré par la Cour suprême. Le franchissement de la frontière entre traité et constitution s'est produit lorsque les États fédérés ont été privés du pouvoir d'interpréter eux-mêmes la constitution.

Cette progressivité se rencontre également dans le cas de la Communauté. La Cour de justice a elle-même reconnu la nature spécifique de cette dernière en qualifiant les traités de « charte constitutionnelle ». Elle a consacré la primauté du droit communautaire sur le droit interne dans le silence des traités en donnant à cette primauté un contenu qui va bien au-delà de celui qui est attribué généralement à la primauté du droit international notamment en enjoignant aux juridictions nationales de laisser inappliqué le droit interne contraire. Certes la question de la primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel national fait encore l'objet de controverses et a donné lieu à des attitudes réservées de la part du Tribunal constitutionnel allemand et du Conseil d'État français, mais pour sa part, la Cour de justice a toujours affirmé la primauté sur le droit interne quel que soit sa nature. L'insertion du principe de la primauté dans le texte de la constitution devrait clore cette controverse. Dans le silence des traités, la Cour a imposé à la Communauté l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Mais, surtout, elle a très tôt exclu le jeu de la réciprocité du champ d'application du droit communautaire. Les règles essentielles du droit des traités ne trouvent donc pas à s'appliquer dans le cadre de la Communauté et le pouvoir d'interprétation appartient à la Cour et non aux États membres. C'est cette évolution qui a conduit une partie de la doctrine à parler de « constitutionnalisation » des traités.

Dans ce contexte, peut-on encore dire que les traités demeurent des traités internationaux classiques ? C'est la thèse de certains auteurs qui considèrent que les règles du droit des traités ne sont pas impératives et que l'on peut toujours y déroger. Les traités communautaires seraient donc formellement des traités internationaux même s'ils dérogent largement aux règles du droit des traités. L'élément déterminant demeurerait la procédure d'adoption qui est régie par le droit international. Le fait, en outre, que la révision intervienne à l'unanimité constituerait un argument faveur de cette thèse. Cependant, nul n'a jamais soutenu que la Charte des Nations Unies qui prévoit une procédure majoritaire de révision doive être qualifiée de constitution.

À l'opposé se situe la thèse constitutionnelle. En effet, le mode d'adoption de la constitution n'a pas une influence décisive sur la nature juridique de celle-ci. Un traité international peut donner naissance à une constitution. Dans ce cas, le traité apparaît comme la fusée porteuse de la constitution. Une fois celle-ci en vigueur, la forme contractuelle disparaît pour laisser place à un instrument de nature constitutionnelle. Nul ne nie d'ailleurs que la seule voie de créer un Etat fédéral regroupant plusieurs États auparavant indépendants soit un instrument conventionnel. Cela n'enlève rien au caractère constitutionnel de l'acte.

B. Un contenu constitutionnel

Si l'on refuse tout caractère déterminant au mode d'adoption, la constitution doit se distinguer du traité par des caractéristiques qui lui sont propres. Le premier élément devrait être constitué par son contenu. Une constitution contient les règles relatives aux pouvoirs publics qu'il s'agisse de leur désignation, de leurs pouvoirs ou de leurs relations réciproques. À cet égard, les traités ont bien un contenu constitutionnel, mais cet aspect est-il propre à un instrument constitutionnel ? En d'autres termes, si toute constitution contient des règles relatives aux pouvoirs publics, tout instrument contenant de telles règles est-il de nature constitutionnelle ? La réponse est négative. Bien des traités créant des organisations internationales contiennent de telles règles sans pour autant que leur nature en soit transformée même si, comme pour l'organisation internationale du travail, on a choisi l'appellation de constitution pour les désigner. Étendre à ce point la notion de constitution conduirait à nier toute spécificité à la catégorie des organisations internationales.

C. Un ordre juridique autonome

La seconde approche est plus juridique et reprend la thèse de Kelsen selon laquelle la constitution institue un ordre juridique. L'existence d'un ordre autonome et centralisé dont la constitution est la norme première serait la caractéristique de l'État. Que le droit communautaire constitue un ordre juridique distinct de l'ordre international ne fait pas l'ombre d'un doute. Que cet ensemble de normes puisse être autonome est fréquemment mis en question. Les adversaires de l'autonomie font valoir que cet ordre trouve le fondement de sa validité dans les constitutions nationales et ne peut l'emporter sur celles-ci. On a déjà rencontré cet argument plus haut et l'on sait qu'il se heurte à la primauté du droit de l'Union et l'insertion de celle-ci dans

la constitution devrait définitivement régler la question.⁽⁴⁾ Certes, il reste que l'autonomie du droit de l'Union ne joue que dans le cadre des compétences de l'Union, mais l'invalidité d'actes pris *ultra vires* n'a jamais été contestée. Certes, le droit de l'Union ne peut porter atteinte à un certain nombre de principes constitutionnels des États membres, mais cette règle découlera de l'article 5 de la constitution relatif aux relations entre l'Union et les États membres.⁽⁵⁾ Elle constitue une limitation ancrée dans le droit de l'Union. La constitution organise donc la primauté du droit de l'Union dans les limites qu'elle a elle-même fixées. À cet égard, elle clarifie la situation existante, mais, ce faisant, elle renforce le caractère autonome du droit de l'Union. Aussi, il ne reste de l'argument opposé à l'autonomie du droit communautaire que le simple fait que la constitution soit adoptée sous la forme d'un traité et dans la forme prévue par les constitutions nationales. Cependant, lorsqu'elle sera en vigueur, elle limitera l'autonomie constitutionnelle des États membres qui ne pourront faire prévaloir leurs règles constitutionnelles que dans les limites prévues par la constitution laquelle institue cependant, dans des situations extrêmes, une faculté de retrait de l'Union.

D. Un pacte qui repose sur des valeurs communes

Si l'on quitte la vision normative pour une approche plus politique, toute constitution traduit la volonté de ceux qui l'adoptent de partager des valeurs communes. Certes, les traités initiaux restaient muets sur ces valeurs, mais progressivement la jurisprudence de la Cour de justice a su dégager celles-ci : communauté de droit, respect des droits fondamentaux, principe de démocratie, respect des identités nationales, valeurs sociales. Ces différentes valeurs ont été codifiées dans l'article 6 du traité sur l'Union européenne. La constitution les consacre dans son article 2 et développe plus particulièrement certaines d'entre elles dans sa seconde partie qui intègre la Charte des droits fondamentaux dans la constitution. On objectera que la charte de diverses organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies ou le Conseil de l'Europe mettent également en exergue des valeurs communes. Mais, dans ce contexte, il s'agit de valeurs qui s'imposent aux États membres alors que, dans l'Union, ces valeurs s'adressent aux citoyens lesquels disposent de la possibilité de les invoquer juridictionnellement contre l'Union.

E. L'existence d'une communauté de citoyens

Cette implication des citoyens dans le fonctionnement de l'Union constitue un argument essentiel en faveur de la nature constitutionnelle du texte élaboré par la convention. On a fréquemment souligné qu'il n'existait pas de peuple européen et qu'en conséquence, il ne pouvait y avoir de constitution. Une telle façon de voir ramène au dilemme de la poule et de l'œuf. Ne peut-il y avoir de constitution que lorsqu'un peuple préexiste ou la constitution définit-elle le peuple ? Sur un plan strictement juridique, la seconde hypothèse est la bonne. En droit positif, la constitution organise le peuple en une entité juridique. Cela n'a pas de conséquence immédiate sur le plan sociologique et n'a pas pour effet de donner naissance à une population homogène. Mais on sait bien que politiquement il existe une interaction étroite entre les deux éléments. Comme on l'a dit, la constitution repose sur la volonté de partager des valeurs communes. Elle présuppose donc l'existence d'une vision partagée de la vie en société. Par la suite, la vie commune renforce le sentiment d'appartenance et forge le peuple. L'homogénéité sociologique a rarement préexisté à l'adoption des constitutions des États membres et les identités nationales se sont forgées progressivement lors de la vie commune dans le cadre défini par la constitution. Il existe d'ailleurs des constitutions européennes qui admettent sur l'hétérogénéité des peuples qui composent l'État et organisent un statut particulier pour les minorités nationales.

En ce qui concerne la citoyenneté dans l'Union, l'accent a été mis dans la constitution sur la place des citoyens dans le processus de décision que ce soit sous la forme de la démocratie représentative ou participative (titre VI de la partie I). Mais plus rares sont ceux qui ont noté le glissement sémantique opéré par la constitution. Dans le traité CE, l'article 189 parlait des peuples des États membres réunis dans la Communauté. On cherchera en vain cette mention de la pluralité des peuples référence aux citoyens de l'Union. L'Union regroupe des États et des citoyens. C'est là son originalité par rapport aux organisations internationales dans lesquelles les citoyens sont absents. Le rapport direct qui s'établit entre les institutions de l'Union et les citoyens est la marque de la spécificité d'une entité dans laquelle l'écran étatique disparaît. C'est là que se situe la rupture fondamentale avec le droit international.

Fondée sur la volonté de partager des valeurs communes, définissant les institutions de l'Union et leurs rapports réciproques, dotée d'un ordre juridique autonome, reposant à la fois sur les États et les citoyens de l'Union, la charte constitutive de celle-ci revêt bien une nature constitutionnelle. Mais alors, on se trouve confronté à la question classique de la nature de l'Union ou, pour l'exprimer autrement, à la question de savoir s'il peut exister une constitution sans État.

II. Une constitution sans État

Détacher la constitution de l'État permet de répondre à certaines questions qui autrement resteraient ouvertes. Pour le moment l'Union ne dispose pas de la compétence de la compétence. La procédure de révision reste marquée par l'unanimité et les États demeurent les maîtres des traités. S'il en allait autrement, ne serait-on pas en présence d'une création de nature étatique ? La compétence de la compétence est la traduction juridique de la souveraineté et l'Union n'est pas souveraine. Mais les États le sont-ils pour autant ? Aborder ce sujet conduit à réfléchir sur la thèse de l'indivisibilité de la souveraineté. Indivisible, la souveraineté devrait appartenir à l'Union ou aux États membres. Elle ne saurait être partagée entre les deux.

A. Une souveraineté partagée

Pour tenter de faire coïncider cette vision à la réalité, on a tenté, en France notamment, toutes les contorsions intellectuelles possibles. Une distinction a été établie entre les transferts de compétences et les transferts de souveraineté, les premiers étant seuls autorisés. Mais existe-t-il une différence véritable entre les deux notions ? Perdre le pouvoir de décider en dernier ressort dans certains domaines, n'est-ce pas limiter le champ auquel s'applique la souveraineté ? À partir d'un certain moment, l'ampleur des transferts de compétence ne vient-elle pas à faire basculer la souveraineté dans le champ de l'Union ? Face à ces difficultés, le Conseil constitutionnel français s'est orienté vers une autre conception selon laquelle était interdit, sauf révision de la constitution, toute atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Cependant, cette vision ne répond pas à la question fondamentale qui est celle de savoir jusqu'où peuvent aller ces atteintes sans que la souveraineté ne finisse par disparaître.

L'idée d'une souveraineté indivisible ne correspond pas non plus à la réalité politique. Dans la situation actuelle d'imbrication des compétences, ni les États ni l'Union ne sont réellement souverains. Toute action étatique unilatérale est devenue difficile parce qu'elle doit prendre en considération les compétences de l'Union et les réactions des autres États membres. En effet, même dans le cadre des compétences qui leur appartiennent les États membres ne peuvent prendre de mesures qui mettraient en péril les objectifs du traité. C'est la traduction de l'interdépendance politique étroite qui résulte de l'existence de l'Union.

Dans ces conditions, la théorie de l'indivisibilité de la souveraineté a-t-elle encore un sens ? Si l'on se reporte aux États-Unis d'Amérique, la thématique de l'indivisibilité n'y a jamais reçu un accueil favorable bien que les pères fondateurs ne l'aient pas ignorée.⁽⁶⁾ Cependant c'est une autre voie qui a été choisie pour préserver les pouvoirs des États qui composèrent la fédération. La souveraineté n'appartient ni aux États, ni à la Fédération, mais est partagée entre eux. États et Fédération sont souverains chacun dans le domaine de ses compétences. Il suffit à cet égard de rappeler la formule de l'arrêt *Alden v. Maine* :

Congress has vast power but not ail power. When Congress legislates in matters affecting the States, it may not treat these sovereign entities as mere prefectures or corporations. Congress must accord States the esteem due to them as joint participants in a federal system, one beginning with the premise of sovereignty in both the central Government and the separate States.⁽⁷⁾

Ainsi l'existence d'États souverains doit se concilier avec celle d'une fédération qui s'est également vue attribuer des pouvoirs souverains. Le juge KENNEDY rendait compte de cette réalité lorsqu'il écrivait :

les pères fondateurs ont brisé l'atome de la souveraineté. Un de leurs traits de génie a consisté à concevoir cette idée que les citoyens auraient deux qualités politiques, l'une au niveau de l'État, l'autre au niveau fédéral, chacune étant protégée contre les empiètements de l'autre. Le résultat est que la constitution a créé un système juridique sans précédent dans sa forme comme dans son objet qui a établi deux systèmes de gouvernement, chacun doté en propre d'une relation directe, exclusive et mutuelle, dans les droits comme dans les obligations, avec le peuple qui le soutient et est gouverné par lui.⁽⁸⁾

Cette description recouvre assez exactement la situation au sein de l'Union et est traduite en langage profane

par la constitution lorsqu'elle évoque en son article premier une Union de citoyens et d'États. Il faut bien se rendre à la réalité, l'Union repose sur un partage de souveraineté entre les États et l'Union.⁽⁹⁾ Pour reconstituer l'atome divisé, il faut prendre en considération ensemble l'Union et ses États membres.

On ne manquera pas d'objecter que tant que l'Union ne détient pas la compétence de la compétence, elle ne peut exercer ses compétences de manière souveraine puisque celles-ci peuvent lui être retirées à tout moment par une révision du traité. Outre le fait que sur un plan pratique, une telle révision soit extrêmement difficile puisque tout retour en arrière exige l'unanimité, la détention par les États de la compétence de la compétence témoigne simplement du fait qu'en entrant dans l'Union ils ont conservé leur qualité étatique. L'Union puisqu'elle ne détient pas cette compétence de la compétence ne peut être considérée comme un État.

Le refus de la souveraineté partagée conduit à une situation dans lequel le caractère étatique doit être attribué soit à l'Union, soit à ses membres. Si l'Union n'est pas un État, elle ne peut donc avoir de constitution.

B. Une fédération à caractère non étatique

Pour résoudre ces contradictions, il faut admettre qu'il existe d'autres formes d'organisation politique d'une société que l'État ou l'organisation internationale. Pour en revenir aux pères fondateurs américains, ils n'ont pas voulu créer un État parce qu'ils savaient fort bien qu'ils risquaient alors de mettre en péril la souveraineté des États fédérés. Ils ont mis en place un gouvernement central qui n'exercerait que des compétences d'attribution de manière à garantir les droits des États fédérés. Cette forme d'organisation constitue une fédération et elle ne doit pas être confondue avec l'État comme on le fait fréquemment en estimant qu'il ne peut y avoir d'autre forme d'organisation fédérale qu'étatique. Or, l'expérience américaine vient contredire ce lieu commun. Les États-Unis n'ont pas été pensés comme un État, mais comme une fédération au sein de laquelle la souveraineté était partagée.⁽¹⁰⁾

Dans ces conditions, peut-on refuser à l'Union la nature fédérale dès lors que celle-ci est dissociée de la qualité étatique ? On est en présence d'une entité politique dans laquelle le pouvoir est partagé entre l'Union et ses membres sous le contrôle de la Cour de justice, d'un système qui garantit la primauté du droit de l'Union sur celui des États membres et qui repose sur le principe de démocratie et de respect des droits fondamentaux, d'un ordre juridique autonome qui peut créer directement des droits et des obligations pour les particuliers. Qu'est-ce d'autre qu'une fédération ?

On objectera que la constitution ne définit pas l'entité qu'elle crée et, même plus, que les conventionnels ont renoncé à introduire dans le texte une référence au fédéralisme. Est-ce bien significatif ? On sait que le terme d'Union a été choisi précisément pour éviter toute référence au fédéralisme en raison des perceptions différentes de ce terme dans les États membres. En effet, dans l'imagerie politique quotidienne, la seule forme possible de fédéralisme est étatique. C'est la raison pour laquelle les britanniques se sont toujours opposés à l'insertion d'une référence fédérale dans la constitution et que l'on a préféré la mention d'une « union sans cesse plus étroite ». Dans la constitution, on a substitué à la référence fédérale, refusée par le Royaume-Uni, une mention de la méthode communautaire. L'article 1 nous indique que l'Union exerce sur le mode communautaire les compétences transférées. Mais la méthode communautaire est-elle autre chose que la méthode fédérale ? Elle vise l'adoption de la législation par les institutions de l'Union, fréquemment à la majorité qualifiée, la primauté du droit communautaire, le respect de l'État de droit etc., tous éléments fédéraux.

Même sans le dire, l'Union est organisée sous une forme fédérale. Ses membres restent des États et leur identité nationale doit être respectée, mais ils sont soumis à la loi de l'Union dans les domaines dans lesquels des compétences ont été transférées. Le secret de la fédération est dans cet équilibre entre les pouvoirs de l'ensemble et ceux de ses composantes, pouvoirs qui sont tous légitimés démocratiquement.

Si l'on admet que l'Union revêt une forme fédérale, alors force est d'admettre que sa charte de base est une constitution.

Conclusion

L'Union défie ainsi les visions traditionnelles européennes et incite à une remise en cause doctrinale. Ce défi appelle à revisiter la théorie fédérale et à détacher la notion de fédération de celle d'État. C'est à ce prix qu'il est possible de rendre compte de la nature juridique de l'Union et de son acte fondateur. Mais la fédération est un ensemble évolutif et l'équilibre qu'elle établit entre le pouvoir central et les composantes se modifient régulièrement en fonction des évolutions politiques et sociales. Les États-Unis ont ainsi connu des époques arquées par un mouvement centralisateur et d'autres par un retour aux États membres. Cependant, ces évolutions se produisent dans un cadre juridique qui permet de les contrôler tout en tenant compte de la demande sociale. Il en va de même pour l'Union. Une constitution ne constitue qu'un encadrement de la vie politique, une règle du jeu donnée aux acteurs auxquels il appartient d'en déterminer le contenu en termes de politiques. Le débat sur la constitution ne doit pas occulter celui plus important sur l'orientation des politiques de l'Union.

- (1) Les opinions exprimées dans cet article sont propres à l'auteur et ne sauraient engager l'institution à laquelle il appartient.
- (2) La bibliographie sur le sujet croît sans cesse depuis que les juristes de droit interne ont pris conscience de la question. Il n'est pas question de la reprendre ici et l'on renverra aux analyses bien connues développées par GRIMM, HABERMAS, PERNICE, WEILER et les autres. Pour un aperçu de ces conceptions, voir ZAGREBELSKY, G. (éd.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Editori Laterza, 2003, 307 pages, on y lira notamment les contributions de GRIMM (p. 5), de WEILER (p. 22), de PERNICE et MAYER (p. 43), d'HABERMAS (p. 94). Pour une vision plus française, voir « Les Constitutions possibles de l'Europe », revue *Cités*, n° 13, 2003, avec des contributions de ROUSSEAU (p. 13), de JOUANJAN (p. 21), de KLEIN (p. 37), de TROPER (p. 101). Voir aussi l'article de BEAUD, O., « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie de la fédération », *Revue du droit public*, 1998, p. 89 et l'excellent cours d'Elisabeth ZOLLER qui, dans sa démarche rigoureuse, remet en cause bien des lieux communs, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'États », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2002, tome 294, pp. 43 et suiv. En témoignage de l'époque heureuse (*ante* Maastricht) où les spécialistes du droit communautaire s'ébattaient seuls et en toute innocence dans les eaux constitutionnelles, voir JACQUÉ, J.P., *Cours général de droit communautaire*, Kluwer, 1991, p. 260, notamment pp. 256 et suiv. et du même auteur, après le péché originel c'est-à-dire la convocation de la Convention sur l'avenir de l'Europe, « Back to Philadelphia », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, pp. 661 et suiv.
- (3) Voir à cet égard les analyses de ZOLLER, *supra* note 1, pp. 81 et suiv.
- (4) Il est exact que la constitution sera ratifiée sur la base des dispositions constitutionnelles nationales, mais en la ratifiant, les États membres accepteront clairement le principe de la primauté et ne pourront plus de ce fait lui opposer leurs règles constitutionnelles.
- (5) « L'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles... »
- (6) Voir sur ce débat les lettres 15 et 16 d'HAMILTON dans *The Federalist Papers*, Clinton ROSSITER (éd.), USA, Penguin, 1961.
- (7) 527 U.S. 706 (1999) ; sur cette théorie de la « dual sovereignty », voir aussi *Prinz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).
- (8) In 514 US 838 (1995) traduit par ZOLLER, *supra* footnote 1, p. 112.
- (9) Nous avons été quelques-uns à défendre sans succès cette thèse dans le passé. Voir LOUIS, J.-V., *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 1989, p. 13 et voir notre Cours général précité, p. 260 et suiv.
- (10) Que l'on relise sur la nature mixte du régime américain la lettre n° 36 des *Federalist Papers* ou l'ouvrage de CHOPIN, F., *La République « une et indivisible », les fondements de la fédération américaine*, Paris, Plon, 2002.