

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper **LAW** No. 2004/15

**La place du droit matériel dans le projet de constitution :
Pourquoi une troisième partie ?**

JACQUES ZILLER

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author(s)

© 2004 Jacques Ziller
Published in Italy in December 2004
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy
www.iue.it

**LA PLACE DU DROIT MATERIEL DANS LE PROJET DE
CONSTITUTION :
POURQUOI UNE TROISIEME PARTIE ?**

PAR
JACQUES ZILLER*

Sera publié aux éditions Bruylant, Bruxelles, in :

Anne LEVADE (dir.)

LA CONSTITUTION EUROPEENNE – Actes du Colloque de Paris des 3 et 4 juin 2004

* Professeur de droit public en détachement de l'Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne

Adresse courriel : jacques.ziller@iue.it

ERPA keywords:

POLITICAL SCIENCE THEMES

constitutional change

LEGAL ISSUES

acquis communautaire

competences

direct effect

European law

TREATY REFORM

European Convention

founding Treaties

Treaty on European Union

treaty reform

DISCIPLINARY BACKGROUND OF PAPERS

law

Abstract : The third part of the Constitution for Europe has been submitted to hard criticism. The content of this part however, is indispensable to a Constitution of the European Union as it is a consolidation of the legal bases and institutional details which are necessary to the functioning of the EU. As the Constitution is substituting the EC and EU treaties, detailed legal bases are indispensable in order to keep the *acquis communautaire* alive as well as to maintain the principle of direct applicability for the provisions of the Constitution. An examination of the possible alternatives in the light of political constraints shows that the Convention has chosen the optimal solution, i.e. consolidation in the form of a third part of the Constitution. A scrutiny of the content of the third part shows that the work of the legal experts from the Commission, the Council and the Parliament, has been far more innovative as it might seem at first glance. According to the two mandates they had received from the Praesidium, they reorganised the text in a way that puts the citizen in the front line – instead of the market. The adaptation of the contents of the EC and EU treaties shows as much continuity as change, both due to the adaptation of legal bases to the new system of acts and competences, and to additional legal bases. The ICG made some small further progress but only few steps backwards

Sommaire :

Introduction.....	5
I. — Défense de la III ^e partie : l'indispensable Consolidation des bases juridiques et des dispositions institutionnelles détaillées	7
A. — Les bases juridiques précises et détaillées sont indispensables à la Constitution	12
1. La nécessaire continuité des bases juridiques pour maintenir l'acquis communautaire ...	13
2. La nécessité de bases juridique précises pour le maintien du principe de l'applicabilité directe à la Constitution	15
B. — La consolidation sous forme de III ^e partie était la solution optimale dans le cadre de la Convention européenne et de la CIG qui a suivi	16
1. Le choix de la Convention	17
2. Les alternatives envisageables	19
3. Les contraintes politiques	22
II. — Illustration de la troisième partie : Une organisation et une rédaction imparfaites, mais inespérées	25
A. — La méthode : les experts travaillant sur mandat du Praesidium	26
B. — La structure : Logique de présentation et mise en avant du citoyen	28
C. — Le contenu : le changement dans la continuité	31
D. — Quelques pas en avant, de grands pas en arrière : l'apport de la CIG	32
Conclusion : l'avenir de la troisième partie	37

La Troisième partie du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, « Les politiques et le fonctionnement de l'Union », paraît être la mal-aimée de la nouvelle Constitution européenne. Elle n'était pas encore prête lors du Conseil de Thessalonique du 20 juin. Même si elle l'avait été, la présidence de la Convention aurait bien fait d'en différer la présentation, car tous les commentateurs auraient immédiatement insisté sur ses 341 articles et sa complexité pour railler le projet de Constitution.

On peut tenter de résumer la thèse de l'accusation de la manière suivante¹. Le texte de la troisième partie est en lui-même trop long, et c'est à cause de lui que la Constitution pour l'Europe serait trop longue pour être digne d'une « vraie » constitution. Ce texte contient des dispositions trop détaillées pour un texte constitutionnel. Il y a des redites entre les deux premières parties et la troisième. Telle qu'elle est, la troisième partie aboutit à une séparation inélégante, en particulier entre les différentes dispositions de nature institutionnelles, qu'il n'est pas logique de séparer et qui devraient rester proches les unes des autres en matière institutionnelle en particulier. *Et cætera...*

Un bon nombre de commentateurs, à la culture historique quelque peu superficielle, ont pris plaisir à citer le célèbre aphorisme « il faut qu'une constitution soit courte... » qu'ils attribuent à tort à Napoléon, tout en se méprenant sur son sens. C'est en réalité Daunou, l'un des auteurs de la Constitution de l'an VIII, qui disait « il faut qu'une constitution soit courte et obscure ». Le caractère démocratique de la Constitution instituant le Consulat est quelque peu sujet à caution, et d'ailleurs ce texte ne contenait pas moins de 95 articles. On remarquera que la Constitution de l'an III – longtemps réputée la plus démocratique des constitutions françaises – ne comprenait pas moins de 377 articles, alors que la Constitution du Maréchal Pétain en contenait 42, c. q. f. d. Quant au caractère trop détaillé des 341 articles de la troisième partie du projet de Constitution de la Convention européenne, réduits à 322 dans la version définitive du projet de traité approuvé par la Conférence intergouvernementale (CIG) qui doit être signé à

¹ S'agissant de reproches faits aussi bien dans la presse que dans les média audio-visuels et dans la doctrine, il ne m'a pas paru nécessaire pour l'objet de cette contribution, de faire une recherche détaillée sur ces arguments.

Rome le 29 octobre 2004², l'on ne peut qu'inviter le lecteur curieux à examiner le texte de la Constitution autrichienne : avec une technique de rédaction du même type, il aurait sans doute été possible de réduire notre troisième partie à une cinquantaine d'articles... Mais comparaison n'est pas raison : il me paraît bien plus intéressant de chercher à défendre et illustrer ce texte, en retournant le défi : et pourquoi pas une troisième partie ? Et pourquoi pas la troisième partie telle qu'elle est sortie de la Convention européenne, avec les améliorations de rédaction qu'y ont apporté les experts juridiques de la conférence intergouvernementale (CIG), et surtout les juristes linguistes des Communautés, sous la direction du service juridique du Conseil – car ils ont disposé du temps qui avait manqué au secrétariat de la Convention ? Pour répondre à la question, il faut évidemment explorer les raisons, tant juridiques que politiques pour lesquelles la Constitution pour l'Europe ne peut pas se passer d'une consolidation des bases juridiques et des dispositions institutionnelles détaillées³.

Le plaidoyer qui suit est sans nul doute influencé par l'expérience des groupes d'experts de l'Institut Universitaire européen (IUE) en matière de réorganisation des traités⁴, et en particulier celui qui, sur la base d'une proposition avancée par le « Rapport des trois sages (Jean-Luc Dehaene, Richard von Weizsäcker et David Simon)» de 1999, a répondu en mai 2000 à une commande de la Commission européenne. Après des débats souvent agités, les quatorze membres⁵ de ce second groupe d'experts étaient tombés d'accord pour tenter l'aventure de la codification à droit constant sur la base d'une séparation entre deux textes, un « traité fondamental » de 95 articles (pas moins) d'une part, et le maintien des dispositions non

² Sauf indication contraire, la mention Constitution pour l'Europe se réfère au texte définitif résultant de l'accord du 18 juin 2004, soumis à signature à Rome le 29 octobre, et disponible sur le site Internet du Conseil de l'Union européenne depuis août 2004.

³ Le présent travail développe les arguments esquissés dans J. ZILLER, LA NOUVELLE CONSTITUTION EUROPEENNE, Paris, La Découverte, 2004, notamment pp. 32-33 et 38-40 ; il reprend également quelques développements de la deuxième édition en langue italienne du même ouvrage, J. ZILLER, LA NUOVA COSTITUZIONE EUROPEA, BOLOGNE, Il Mulino, 2^e éd. 2004.

⁴ G. AMATO et H. BRIBOSIA (dir.), QUELLE CHARTE CONSTITUTIONNELLE POUR L'UNION EUROPEENNE ? – STRATEGIES ET OPTIONS POUR RENFORCER LE CARACTERE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES - ETUDE DE L'INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN, Luxembourg, Parlement Européen, Document de travail - Série Politique, Poli 105A FR, 1998. C.-D. EHLERMANN, Y. MENY, et H. BRIBOSIA (dir.), UN TRAITE FONDAMENTAL POUR L'UNION EUROPEENNE. ETUDE SUR LA REORGANISATION DES TRAITES, RAPPORT SOUMIS LE 15 MAI 2000 A M. ROMANO PRODI, PRESIDENT DE LA COMMISSION EUROPEENNE, Florence, Institut Universitaire Européen, 2000 ; C.-D. EHLERMANN, Y. MENY, et H. BRIBOSIA (dir.), REFORMER LES PROCEDURES DE REVISION DES TRAITES, DEUXIEME RAPPORT SUR LA REORGANISATION DES TRAITES DE L'UNION EUROPEENNE, SOUMIS LE 31 JUILLET 2000 A LA COMMISSION EUROPEENNE, Florence, Institut Universitaire Européen, 2000.

⁵ Claus-Dieter Ehlermann et Yves Mény, coordinateurs, Hervé Bribosia, rapporteur, linguistes von Bogdandy, Gráinne de Búrca, Alan Dashwood, Renaud Dehousse, Bruno De Witte, Luis Diez-Picazo, Jean-Victor Louis, Francis Snyder, Antonio Tizzano et Jacques Ziller, avec la participation de Philippe de Schoutheete, conseiller spécial du Commissaire Michel Barnier.

reprises dans ce traité dans les textes d'origine, Traité instituant la Communauté européenne (TCE), Traité sur l'Union européenne (TUE), et Euratom (le traité CECA n'avait plus que deux ans à vivre). La plupart des membres de ce groupe, même lorsqu'ils avaient à l'origine milité pour cette séparation en deux, ont été convaincus par le résultat : la scission en deux textes n'était pas la meilleure solution, loin de là. Certains se sont contentés peut-être de regretter que le mandat de la Commission à l'IUE fût de tenter une codification à droit constant, empêchant par là le groupe de se lancer dans un exercice de réécriture. D'autres, dont je fais partie, ont retenu une leçon différente, qui les a fait accueillir la solution choisie par la Convention européenne comme la seule raisonnable. Le travail de la Convention européenne et celui de la CIG 2003-2004 ont démontré qu'il n'était pas réaliste de compter faire table rase des traités fondateurs des Communautés et de l'Union, et qu'il était dès lors extrêmement difficile de s'en écarter, du fait des contraintes de l'unanimité et des intérêts et points de vues divergents dans les Etats membres autant que dans les Institutions de l'Union.

En 2004 et au vu des divergences de vues entre les opinions publiques, même les plus favorables à l'intégration européenne, la nécessité d'avoir dans la Constitution de l'Union européenne un texte tel que la troisième partie, ne peut s'apprécier qu'au vu du texte même qui a été adopté par la Convention et la CIG, tant de son organisation et de sa rédaction que de son contenu. Si la Constitution est « imparfaite, mais inespérée » selon le mot de Valéry Giscard d'Estaing, on peut dire de la III^e partie qu'elle est imparfaite (II), mais indispensable (I).

I. — DEFENSE DE LA III^E PARTIE :
L'INDISPENSABLE CONSOLIDATION DES BASES JURIDIQUES
ET DES DISPOSITIONS INSTITUTIONNELLES DETAILLEES

Le Conseil européen de décembre 2001, réuni à Laeken, avait demandé à la future Convention sur l'avenir de l'Europe de « réfléchir à un éventuel réaménagement des traités ». Après réflexion approfondie dans le cadre du groupe de travail III – Personnalité juridique⁶ et du praesidium, la Convention européenne a fait les choix sollicités par le mandat de Laeken, qui posait trois questions :

1. « Faut-il faire une distinction entre un traité de base et les autres dispositions des traités ? »
2. « Cette distinction doit-elle être concrétisée par une scission des textes ? »
3. « Cela peut-il conduire à faire une distinction entre les procédures de modification et de ratification pour le traité de base et les autres dispositions des traités ? ».

La réponse de la Convention à la première question est positive : les dispositions de base sont dans la première partie, les autres dans la troisième – la quatrième partie contenant les nécessaires dispositions finales et de transition. Elle répond négativement à la deuxième : les textes ne sont pas scindés en deux ou plusieurs traités. Quant à la troisième, il s'agit plutôt d'une réponse de normand, qui sera précisée par la CIG, avec des procédures différenciées, mais pas de nature radicale.

Le raisonnement du Groupe de travail III de la Convention, sur la personnalité juridique de l'Union, est présenté dans le rapport final de son président Giuliano Amato, sous forme de raccourci, et mérite d'être cité et explicité.

⁶ G. AMATO, RAPPORT DU PRESIDENT DU GROUPE DE TRAVAIL III "PERSONNALITE JURIDIQUE", Bruxelles, LA CONVENTION EUROPEENNE , CONV 305/02, 1er Octobre 2002, disponible sur <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/02/cv00/00305f2.pdf>

« 14 : Bien qu'il soit concevable de fusionner les personnalités juridiques sans fusionner lesdits traités [note : Une nouvelle clause préciserait simplement que l'Union se substitue et succède à la Communauté européenne, sans modifier les dispositions du TCE], le groupe a conclu sur ce point que la fusion de ces deux traités constituerait une suite logique de la fusion de la personnalité juridique de l'Union et de celle de la Communauté, et contribuerait de la sorte à simplifier les traités. On a observé à cet égard que, dans la mesure où la Communauté n'aurait plus de personnalité juridique propre, la distinction entre le TUE et le TCE n'aurait plus de raison d'être, et constituerait une source de complication inutile.

[...]

« 16. Après s'être prononcé en faveur de la fusion des traités, le groupe de travail a exprimé en outre une nette préférence pour l'option qui consiste à réaménager le nouveau traité unique en deux parties :

« - une partie fondamentale, composée de dispositions de nature constitutionnelle, nouvelles ou provenant des traités actuels ;

« - une seconde partie, qui codifierait et restructurerait toutes les dispositions du TUE et du TCE dont la matière n'a pas été couverte par la partie fondamentale.

« Le nouveau traité remplacerait le TUE et le TCE (et, le cas échéant, l'EURATOM) actuels.

« 17. A ce sujet, le groupe de travail a tenu compte des risques que représenterait, notamment sur le plan de la sécurité juridique, l'autre option consistant à produire un nouveau traité fondamental qui se superposerait aux traités actuels, non fusionnés. Naturellement, la Convention sera amenée à examiner d'autres aspects de la simplification des traités qui ne sont pas directement liés à la personnalité juridique de l'Union. Ces questions ont trait principalement à l'architecture et au contenu de la partie fondamentale, à la forme et à la structure de la seconde partie, ainsi qu'à une différenciation éventuelle des procédures de révision des traités ». (NB : ce que le groupe de travail appelait à l'époque deuxième partie est devenue la troisième partie une fois que la décision d'incorporer la Charte des droits fondamentaux dans le texte constitutionnel a été avalisée par la Convention). »

C'est un raisonnement peu détaillé, dans la logique des choses d'un rapport pour une assemblée nombreuse. Mais pour comprendre les raisonnements sous-jacents, il faut tenir compte du fait que le premier travail de l'IUE sur la simplification avait été conduit par Giuliano Amato –

qui était alors professeur à l'Institut européen de Florence. De plus l'un des deux experts entendus par le groupe de travail III de la Convention, à propos de la fusion et de la simplification, des traités était Bruno De Witte, également professeur à l'IUE, et qui avait joué un rôle très important dans le second travail de l'Institut, dont le rapport avait déblayé le terrain pour les trois questions posées à Laeken. Les problèmes qui avaient été longuement débattus à Florence dans le cadre de ce dernier groupe d'experts peuvent se résumer en quatre questions – plus ou moins liées au mandat reçu alors de la Commission européenne, selon lequel il fallait se limiter à un exercice de codification à droit constant des traités de Rome et de Maastricht.

1. Fallait-il ou non intégrer dans le texte constitutionnel les principes d'action (le TCE parle de « l'action » de la Communauté et non de ses compétences), c'est-à-dire de droit matériel ? Pour les uns, une constitution devait se limiter aux droits des citoyens et aux institutions, pour d'autres au contraire, il était indispensable de faire comprendre au citoyen non seulement comment l'Union fonctionne, mais surtout ce qu'elle peut et doit faire.

2. Quelles dispositions fallait-il mettre dans le traité fondamental et quelles autres laisser dans les traités et protocoles annexes ? Autrement dit, qu'est-ce qui est important et qu'est-ce qui l'est moins ? Si l'on choisissait un découpage au niveau des articles – certains étant déplacés vers le traité fondamental et d'autres pas –, l'on risquait de se retrouver avec un texte très lourd, inélégant et plein de redites ; si l'on faisait passer le découpage à l'intérieur des articles, la rédaction devenait excessivement compliquée et nécessiterait de constants renvois d'un texte à l'autre.

3. Comment articuler le traité fondamental et les autres dispositions ? Si l'on optait pour le maintien en vigueur des traités de Rome et de Maastricht révisés, dont certaines dispositions seraient simplement déplacées vers le nouveau traité fondamental, il fallait prévoir des formules de renvoi extrêmement lourdes, nuisant à la fois à l'élégance et à la lisibilité du texte, et risquant de figer les questions d'interprétation plus que nécessaire.

4. Enfin ce groupe d'experts n'avait que difficilement trouvé un accord sur le sort à réserver à la Charte des droits fondamentaux : incorporée dans le traité fondamental ou maintenue dans un traité séparé ? Si elle était incorporée dans le traité fondamental, où devait-elle être placée ?

Les difficultés rencontrées pour trouver un accord entre quatorze personnes de bonne volonté et connaissant bien la matière préparait on ne peut mieux les membres du groupe d'experts à comprendre les difficultés rencontrées deux ans plus tard au sein de la Convention⁷.

Les raisonnements qui suivent, bien qu'évidemment influencés par ma propre participation à ces travaux⁸ et par les discussions avec G. Amato et B. De Witte, restent largement le fruit de mes réflexions personnelles⁹, construites ex-post, après l'achèvement des travaux de la Convention. Dans le cadre de cette dernière en effet, comme d'ailleurs à Florence, l'attention s'est essentiellement concentrée sur la forme que devait prendre la consolidation des bases juridiques et dispositions institutionnelles détaillées figurant dans les traités de Rome et de Maastricht (B), les fondements de cette consolidation paraissant suffisamment évidents aux spécialistes de droit communautaire pour rester du domaine du non-dit (A).

A. — *Les bases juridiques précises et détaillées sont indispensables à la Constitution*

Les bases juridiques, telles qu'elles figuraient dans les traités communautaires et de l'Union, et telles qu'elles figurent dans la troisième partie de la Constitution pour l'Europe, ne sont que la conséquence logique du principe de spécialité, rappelé par l'article Article I-11 - *Principes fondamentaux*, par. 1, 1^{ère} phrase : « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union ». Elles sont nécessaires au maintien de l'acquis communautaire et au maintien du principe de l'applicabilité directe du droit de l'Union au droit originaire. Sans la troisième partie, la première représenterait soit seulement un document à portée déclaratoire, qui pour le coup ne mériterait aucunement le titre de constitution, soit une révolution complète dont personne ou presque ne voulait : le remplacement de l'Union européenne par un Etat. Quoi qu'en pensent les faiseurs de systèmes de tout bord, il était impossible à la Convention de faire table rase, même si elle l'avait souhaité. Ou alors elle se serait contentée de produire un énième rapport destiné aux oubliettes des archives communautaires.

⁷ Hervé Bribosia, qui faisait fonction de rapporteur à l'IUE, a ainsi été préparé à son travail au sein du Secrétariat de la Convention deux ans plus tard, voir H. BRIBOSIA, « A Few Impressions of a *rédacteur* in the European Convention Secretariat », EUI REVIEW, Institut Universitaire européen, hiver 2003.

⁸ Voir également, Bruno DE WITTE (dir.), TEN REFLECTIONS ON THE CONSTITUTIONAL TREATY FOR EUROPE, Florence, Institut Universitaire Européen, 2003.

⁹ D'où l'absence de références à d'autres commentaires des travaux de la Convention européenne dans ce texte.

1. La nécessaire continuité des bases juridiques pour maintenir l'acquis communautaire

Le remplacement d'une constitution par une autre, qui abroge la précédente, est une opération fréquente, et particulièrement bien connue dans l'histoire constitutionnelle des Etats européens. Dans bien des cas, il s'agit de réécrire un ancien texte dans un langage plus moderne, comme l'on fait les Pays-Bas en 1983, la Suisse en 1999, ou la Finlande en 2000. Dans d'autres cas l'opération est plus complexe, car elle correspond à un changement de régime, comme ce fut bien souvent le cas de la France pendant près de deux siècles, ou plus récemment des anciennes dictatures et pays communistes d'Europe. Certains pays ont saisi l'occasion d'un tel changement de constitution pour abroger également une partie de la législation produite par le régime précédent. Mais le plus souvent l'ancienne législation est restée en vigueur, la nouvelle constitution prévoyant simplement un mécanisme permettant de porter devant la cour constitutionnelle une loi soupçonnée de ne pas être compatible avec la nouvelle constitution, comme l'on fait tant l'Italie que l'Allemagne après la deuxième guerre mondiale.

Dans le cas des Communautés et de l'Union, une telle solution serait tout simplement impossible à retenir. En effet, dans le cadre de la constitution d'un État, la question des bases juridiques pour l'action du législateur ne se pose pas du tout dans les mêmes termes que dans le cadre européen. Les institutions d'un État souverain – et unitaire – comme la France ont compétence, par définition, pour légiférer sur son territoire dans quelque domaine que ce soit, sous réserve du respect des engagements internationaux dans la mise en œuvre de la compétence territoriale. La seule question que la constitution peut avoir à régler est de savoir si c'est toujours le Parlement qui légifère ou si dans certains cas, le gouvernement peut réglementer une matière. Si un État unitaire devient un État composé, comme ce fut le cas par exemple de l'Autriche en 1920, ou de la Belgique à partir de 1970, ou encore de l'Espagne en 1978, la conséquence est simplement que l'on doit se référer à la nouvelle constitution pour savoir si les modifications de la législation préexistante sont du ressort du parlement national ou des parlements des États fédérés, mais la législation préexistante peut continuer à subsister sans difficulté. Dans les trois exemples cités, bien des lois datant du temps de l'Etat unitaire sont encore en vigueur. Leurs modifications, tout comme leur application, sont soumises à la nouvelle répartition des compétences, mais leur validité n'est nullement en cause.

En vertu du principe d'attribution, les Communautés et l'Union ne peuvent par contre légiférer que si une base juridique spécifique des traités leur donne un tel pouvoir dans un domaine précisément déterminé. Dès lors que les anciens traités sont abrogés, il est impératif que les bases juridiques qu'ils contenaient soient maintenues. Sinon, du jour au lendemain, les institutions de l'Union perdent tout pouvoir, non seulement pour légiférer dans un domaine pour lequel il n'y a plus de base juridique, mais également pour modifier la législation et la

réglementation déjà existantes de l'Union et des Communautés, voire, dans une large mesure pour continuer à les appliquer.

Le texte final du traité établissant la Constitution pour l'Europe comprend un article très précis à ce propos, réécrit par les experts de la CIG : l'art. IV-438 - *Succession et continuité juridique*, qui dispose :

« 1. L'Union européenne établie par le présent traité succède à l'Union européenne instituée par le traité sur l'Union européenne et à la Communauté européenne.

« 2. Sous réserve des dispositions de l'article IV-439¹⁰, les institutions, organes et organismes existant à la date d'entrée en vigueur du présent traité exercent, dans leur composition à cette date, leurs attributions au sens du présent traité, aussi longtemps que de nouvelles dispositions n'auront pas été adoptées en application de celui-ci ou jusqu'à la fin de leur mandat.

« 3. Les actes des institutions, organes et organismes, adoptés sur la base des traités et actes abrogés par l'article IV-437, demeurent en vigueur. Leurs effets juridiques sont préservés aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application du présent traité. Il en va de même pour les conventions conclues entre États membres sur la base des traités et actes abrogés par l'article IV-437.

« Les autres éléments de l'acquis communautaire et de l'Union existant au moment de l'entrée en vigueur du présent traité, notamment, les accords interinstitutionnels, les décisions et accords convenus par les représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, les accords conclus par les États membres relatifs au fonctionnement de l'Union ou de la Communauté ou présentant un lien avec l'action de celles-ci, les déclarations, y compris celles faites dans le cadre de conférences intergouvernementales, ainsi que les résolutions ou autres prises de position du Conseil européen ou du Conseil et celles relatives à l'Union ou à la Communauté qui ont été adoptées d'un commun accord par les États membres, sont également préservés aussi longtemps qu'il n'auront pas été supprimés ou modifiés.

« 4. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance relative à l'interprétation et à l'application des traités et actes

¹⁰ Art. IV-439 : « Les dispositions transitoires relatives à la composition du Parlement européen, à la définition de la majorité qualifiée au Conseil européen et au Conseil, y compris dans les cas où tous les membres du Conseil européen ou du Conseil ne prennent pas part au vote, et à la composition de la Commission, y compris le Ministre des affaires étrangères de l'Union, figurent au sont prévues par le protocole sur les dispositions transitoires relatives aux institutions et organes de l'Union. »

abrogés par l'article IV-437, ainsi que des actes et conventions adoptés pour leur application, reste, mutatis mutandis, la source de l'interprétation du droit de l'Union et notamment des dispositions comparables de la Constitution.

« 5. La continuité des procédures administratives et juridictionnelles engagées avant la date d'entrée en vigueur du présent traité est assurée dans le respect de la Constitution. Les institutions et organes responsables de ces procédures prennent toutes mesures appropriées à cet effet. »

L'on pourrait arguer qu'un tel dispositif suffit à maintenir en vigueur l'ensemble du droit dérivé préexistant, mais il est clair qu'en l'absence des bases juridiques contenues dans la troisième partie, il n'en permettrait pas la modification, sauf à en passer par un douteux exercice de référence à des traités qui ne seraient plus en vigueur.

La Convention était donc placée devant un dilemme : l'objectif de clarification et de simplification fixé par la déclaration de Laeken semblait devoir conduire à la rédaction d'un texte aussi simple et court que possible. Mais un tel texte était condamné à n'être qu'une sorte de déclaration dépourvue de portée obligatoire efficace. Ou alors, si elle n'était pas assortie d'un texte reprenant toutes les bases juridiques précédentes, la Constitution réalisait une véritable révolution en rendant aux États membres des pouvoirs qu'ils avaient perdus le plus souvent depuis 1958 au profit de la Communauté, en les « renationalisant ». Il n'y avait pas d'autre choix que celui de reprendre les bases juridiques dans un texte à valeur constitutionnelle.

2. La nécessité de bases juridique précises pour le maintien du principe de l'applicabilité directe à la Constitution

L'article IV-438 n'est pas le seul à faire référence à l'acquis communautaire et à la jurisprudence de la CJCE. Le préambule de la nouvelle Constitution, dans sa version définitive, le cite juste avant de saluer le travail de la Convention européenne : « RÉSOLUS à poursuivre l'oeuvre accomplie dans le cadre des traités instituant les Communautés européennes et du traité sur l'Union européenne, en assurant la continuité de l'acquis communautaire ». Une question simple se pose alors : si la Constitution pour l'Europe ne reprenait pas les dispositions des traités précédents qui constituent précisément le contenu de la troisième partie, que deviendrait l'abondante jurisprudence, dérivée de l'arrêt fondateur *Van Gend en Loos* du 5

février 1963, et qui repose sur l'applicabilité directe des dispositions de droit communautaire originaire, à condition qu'elles soient suffisamment claires et inconditionnelles ?

Ce deuxième argument n'a pas été discuté dans le cadre du groupe d'experts de l'IUE, parce que celui-ci travaillait sur l'hypothèse du maintien des traités actuels à côté du traité fondamental. A ma connaissance, il n'a pas été non plus discuté dans le cadre de la Convention, mais il me paraît imparable. Il est d'ailleurs directement lié à l'hypothèse du recours à la formule de la loi organique pour la reprise des dispositions matérielles, examinée dans le cadre du groupe de travail sur la personnalité juridique.

Sans la IIIe partie, la nature même d'une très grande partie du droit de l'Union directement applicable dans les Etats membres serait profondément modifiée, ce qui entraînerait une rupture fondamentale d'équilibres entre les juridictions nationales et européennes d'une part, les institutions disposant du pouvoir législatif et réglementaire de l'Union de l'autre. Qui plus est, le principe de primauté, qui figure désormais à l'article I-6 *Le droit de l'Union* n'aurait plus vocation à s'appliquer de fait qu'au droit dérivé, ce qui ne manquerait pas d'exacerber la tension non encore résolue entre le respect de ce principe par les Etats membres et le principe de primauté de la constitution qui prévaut dans l'ordre interne.

B. — La consolidation sous forme de IIIe partie était la solution optimale dans le cadre de la Convention européenne et de la CIG qui a suivi

Autant il me paraît difficile de reconnaître le caractère indispensable du maintien en vigueur des dispositions finalement insérées dans la troisième partie, autant le choix de l'insertion de ces dispositions dans le texte unique de la Constitution pour l'Europe n'est pas la seule solution possible. Ne pouvait-on pas imaginer autre chose que cette IIIe partie ? Ne pouvait-on pas reprendre ailleurs ces dispositions détaillées, qui sont trop complexes pour être comprises sans un minimum de bagage en droit communautaire ? La réponse n'est pas seulement d'ordre didactique, elle est également d'ordre juridique : quelle que soit la solution retenue pour les placer, les dispositions de la troisième partie doivent être appliquées à la lumière de l'ensemble des deux premières parties. Les articles relatifs aux valeurs (I-2) et objectifs de l'Union (I-3) ainsi que ceux de la Charte sont en effet susceptibles de modifier l'interprétation des bases

juridiques de la IIIe Partie, vers une appréciation moins strictement basée sur les seuls impératifs de l'intégration économique.

1. Le choix de la Convention

« Cette distinction doit-elle être concrétisée par une scission des textes ? » demandait le mandat de Laeken. Le groupe d'experts de l'IUE, chargé d'une étude de faisabilité sur la réorganisation des traités, avait choisi la scission en deux textes : un traité fondamental (par allusion à la dénomination de « Loi fondamentale ») et le maintien des autres dispositions dans les traités instituant la Communauté et sur l'Union européennes. Cette solution avait à l'époque l'avantage de démontrer la faisabilité d'une réorganisation des traités dans une optique citoyenne. Mais on pouvait avoir beaucoup de doutes sur le bien fondé du maintien de deux traités distincts, ce qui va finalement à l'encontre de l'idée de simplification. C'est manifestement le raisonnement qu'a retenu la Convention : elle a opéré une distinction entre dispositions fondamentales et dispositions techniques, mais sans scission des textes. Comme on le verra plus loin, la Convention, faute de temps en particulier, a négligé d'intégrer les protocoles et annexes dans son travail – comme l'avait déjà négligé à mon regret le groupe d'experts de l'IUE, pour les mêmes raisons. Dès l'automne 2003, un groupe de travail des institutions de l'Union s'attela à la tâche d'examiner quelques deux cents protocoles annexés aux traités institutifs, aux traités de révision et aux traités d'adhésion¹¹, pour établir lesquels devaient être considérés comme caducs, lesquels pouvaient être maintenus tels quels, et lesquels devaient faire l'objet d'une consolidation intégrant des amendements successifs. Il lui fallut un bon semestre pour compléter son travail¹². Le résultat après la CIG, est que le texte unique de la Constitution reste accompagné de 36 protocoles et deux annexes, sans compter les 39 déclarations. La réduction est notable, et la sécurité juridique y gagne, mais l'on reste loin du texte unique. Plus que d'une Constitution pour l'Europe, les spécialistes devront s'habituer à se servir d'un « bloc de constitutionnalité » pour l'Europe, comme on le fait en Espagne ou en France.

¹¹ Un tableau synthétique de ces textes figure dans J. ZILLER, *LA NUOVA COSTITUZIONE EUROPEA*, Bologne, Il Mulino, 1^e éd., 2003, p. 58.

¹² L'ensemble des documents de travail de la CIG 2003-2004 sont disponibles sur le site Internet du Secrétariat général du Conseil, à la rubrique CIG : http://ue.eu.int/cms3_applications/Applications/igc/doc_register.asp?lang=FR&cmsid=576

La question de la scission était déjà présente dans le rapport des trois sages de 1999 et dans le mandat de la Commission européenne à l'IUE. L'idée a toujours été d'essayer de distinguer entre les diverses dispositions des traités selon leur importance, afin de faciliter la révision des dispositions jugées non fondamentales. Le mandat de Laeken reprend l'idée dans sa troisième question « Cela peut-il conduire à faire une distinction entre les procédures de modification et de ratification pour le traité de base et les autres dispositions des traités ? » La question avait été largement esquivée par le groupe d'experts de l'IUE.

Deux types de critères permettent d'évaluer l'importance des dispositions des traités. Le critère de l'importance citoyenne et symbolique permet de séparer sans trop de difficultés les principes de leurs dispositions d'application. Mais il y a d'autres critères, liés à la délimitation des pouvoirs entre Union et États membres, de caractère plus déterminant du point de vue juridique. Le choix entre vote à la majorité qualifiée ou à l'unanimité, par exemple, est manifestement une disposition d'ordre technique, mais elle est fondamentale pour la délimitation des compétences entre les États et l'Union, comme l'a montré l'attitude du Royaume-Uni, campant avec succès sur ses « lignes rouges » pendant toute la durée de la CIG. Les critères de type juridique auraient conduit à des découpages complexes à l'intérieur de la plupart des articles des traités de Rome et de Maastricht. Travail harassant et de nature aussi politique que technique, car certaines bases juridiques sont considérées comme fondamentales pour certains États, et pas pour d'autres. Un tel travail ne pouvait pas être délégué à des experts, il aurait pu occuper la Convention à temps plein, et sept jours sur sept pendant tous ses travaux, et le résultat n'aurait sans doute été ni élégant, ni lisible.

La Convention n'a pas trouvé les moyens d'un consensus sur une différenciation des procédures de révision selon les parties. La présidence italienne a par contre réussi à convaincre ses partenaires de la CIG de la faisabilité d'une telle différenciation. Mais il est plus que vraisemblable que c'est bien parce que les textes n'étaient pas scindés que la solution proposée par l'Italie a finalement été retenue dans l'article IV-445 du traité. Ceci me paraît démontré a contrario par l'absence de procédure spécifique à la révision des protocoles, car les protocoles n'ont été examinés que par les experts et juristes linguistes.

2. Les alternatives envisageables

L'examen des alternatives à la solution retenue par la Convention aide à comprendre pourquoi le système de la III^e partie était sans doute la solution optimale du point de vue technique.

Une première possibilité aurait été la rédaction d'un texte constitutionnel correspondant à la partie I et le renvoi, pour les dispositions détaillées, aux traités existants. Ceux-ci pouvaient être révisés à l'occasion de la CIG pour modifier les bases juridiques sur un certain nombre de points, et pour une réorganisation formelle allant un peu plus loin que celle qui avait été opérée dans la foulée du traité d'Amsterdam. Cette solution avait été retenue par les experts de l'IUE, mais elle pose de nombreux problèmes techniques très délicats de renvois entre les traités. Elle n'était plus justifiée à partir du moment où la Convention avait décidé de donner une personnalité juridique unique à l'Union et d'abolir en conséquence la distinction entre les piliers relevant de la Communauté et de l'Union.

Une deuxième solution, voisine mais évidemment plus élégante, était la rédaction d'un deuxième traité constitutionnel. L'on aurait eu d'un côté le traité établissant la Constitution, avec la première partie, la Charte des droits fondamentaux et les dispositions générales et finales, et de l'autre un traité sur l'action de l'Union, contenant la troisième partie.

A vrai dire, les choix de rédaction de la Convention permettaient d'aboutir à cette solution par une simple technique de publication. La présentation de la première partie contenait deux indices destinés à faire comprendre au lecteur qu'il s'agit là de la Constitution avec un grand C de l'Europe unie : contrairement aux trois autres parties, elle ne porte pas de titre, car tout autre titre que Constitution aurait été inapproprié ; ses articles étaient numérotés de 1 à 59, sans que les numéros en chiffres arabes ne soient précédés d'un chiffre romain, alors que la numérotation des trois autres parties était distincte (II-1 à II-54, puis III-1 à III-341, puis IV-1 à IV-10). Rien n'était plus facile que de publier séparément les deux premières parties, ou les parties I, II et IV, pour la distribution dans les écoles et au grand public d'un texte relativement simple et clair, d'une taille comparable à celle de la Constitution de la Ve République. La CIG aurait pu même décider de séparer les deux textes en deux traités, mais elle a fait le choix inverse, proposé par les experts. Le texte définitif de la toute la Constitution est numéroté en continu de l'article I à l'article 448, tout en accolant un chiffre romain même à la partie I.

Au-delà de la facilité de publication, qui ne nécessite pas véritablement une répartition en deux traités, les avantages d'une telle scission ne me paraissent pas évidents. On peut en effet considérer qu'une constitution en deux textes différents non seulement complique les choses, mais prête le flanc à une critique que ne manqueraient pas d'utiliser les eurosceptiques : celle de vouloir cacher les choses les plus importantes dans un texte paraissant anodin. L'on peut ajouter à cela un élément de pure technique : la complexité même de la troisième partie fait que la Convention a parfois oublié de mettre dans la première partie les éléments qui y correspondent, oubliés auxquels les experts de la CIG ont pu remédier en partie du fait qu'ils ont eu plus de temps, mais seulement en partie. L'unicité du texte permet au contraire d'assurer son exhaustivité. Un exemple typique de ce genre de lacune est l'absence des accords internationaux dans la nomenclature des actes juridiques de l'Union¹³ ; cela ne tire pas à conséquence dans un texte unique, mais ne manquerait pas de poser problème en cas de scission.

Une troisième solution, examinée mais rejetée par le groupe de travail de la Convention sur la personnalité juridique, aurait été de reprendre le contenu de ce qui est la troisième partie dans des lois organiques. Le groupe de travail ne s'est guère étendu sur ce qu'il a considéré comme une solution trop complexe. Un argument n'est guère convaincant : au moment où l'on allait simplifier et réduire la nomenclature des actes de l'Union, il était contradictoire d'introduire une nouvelle catégorie d'actes, intermédiaires entre les lois et règlements européens et les traités. A ce compte, il aurait été utile d'éviter la distinction pourtant fondamentale entre lois européennes et lois-cadres européennes par exemple.

Mais l'utilisation d'un instrument tel que la loi organique créait au moins deux problèmes extrêmement délicats et intimement liés. D'une part, cela introduirait une hiérarchie normative là où elle n'existe pas. Non que ce soit impensable, mais établir l'importance relative des différentes dispositions nécessiterait une série de discussions et de décisions d'ordre politique sur des sujets extrêmement techniques. La Convention n'avait ni le temps ni les procédures, ni les ressources nécessaires pour se livrer à un exercice qui risquait d'être entièrement remis en cause par la CIG. Quant à la CIG elle-même il lui aurait fallu, avec vingt-cinq Etats participants, un temps considérable. La hiérarchisation des normes impliquait presque automatiquement un exercice de réécriture de la plupart des dispositions pertinentes, pour lequel il aurait fallu une réflexion approfondie, basée sur un examen de la législation dérivée et

¹³ Je dois à Bruno De Witte l'indication de cette lacune importante.

de la jurisprudence. Au bout du compte, si cette voie avait été choisie, il est vraisemblable que l'on n'aurait pas fait l'économie d'une troisième partie. Elle serait simplement moins longue. Le deuxième problème est celui du contrôle de la conformité de la loi organique à la Constitution. L'institution d'un contrôle comparable à celui du Conseil constitutionnel, automatique et ex-ante, qui est la garantie de conformité la plus forte, aurait été impossible dans le cadre de la Convention et de la CIG, comme en témoignent les péripéties qui ont conduit à la rédaction du paragraphe 7 de l'article II-112, selon lequel « les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres ».

Le raisonnement qui précède concerne les dispositions de droit matériel. Il en va tout autrement des dispositions de nature institutionnelle qui auraient facilement pu être transformées en lois organiques, conformément à la pratique suivie dans plusieurs États membres, au premier rang desquels l'Espagne et la France. Cela aurait même présenté des avantages non négligeables, car du même coup la méthode de la loi organique aurait facilement pu être utilisée pour les protocoles, dont beaucoup, tels le statut de la Cour de Justice ou celui du Système européen de Banques centrales, sont de nature institutionnelle, ou d'autres, au premier rang desquels les protocoles sur le rôle des parlements nationaux, et sur le contrôle de la subsidiarité et de la proportionnalité, sont de nature procédurale. Une telle solution aurait permis d'une part d'achever le travail de codification réalisé par la III^e partie – quitte d'ailleurs à y insérer certains des éléments des protocoles plus substantiels tel que le protocole sur le droit d'asile par exemple. L'instrument de la loi organique aurait l'avantage essentiel de permettre une révision par une procédure exclusivement interne aux institutions européennes¹⁴, quitte d'ailleurs à prévoir le verrou de l'unanimité, ou même de la ratification selon les procédures constitutionnelles nationales, pour faire pièce aux craintes habituelles relatives aux pertes de souveraineté.

¹⁴ C'était la solution retenue par le projet dit « Pénélope » : ETUDE DE FAISABILITE – CONTRIBUTION A UN AVANT-PROJET DE CONSTITUTION DE L'UNION EUROPEENNE, sous la responsabilité de François Lamoureux. Au lieu de protocoles, la Constitution est accompagnée d'« Actes additionnels ». Le projet est disponible sur le site Internet de la Commission européenne : http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/const051202_fr.pdf

3. *Les contraintes politiques*

Afin de rendre pleinement justice à la Convention européenne, et sous réserve de ce qui vient d'être dit à propos des protocoles, il faut rappeler les contraintes politiques auxquelles faisait face la Convention.

La Convention n'était pas mandatée pour rédiger un projet de constitution à proprement parler. L'idée que la Convention puisse finalement produire un projet de texte complet était présente comme arrière-pensée d'un certain nombre de délégations au Conseil européen de Laeken, et certainement chez les candidats à la présidence de la Convention, mais elle n'aurait pas fait l'unanimité des chefs d'Etat et de gouvernement en décembre 2001. C'est pourquoi la Déclaration de Laeken prévoyait que la Convention produirait « un document final qui pourra comprendre soit différentes options, en précisant le soutien qu'elles ont recueilli, soit des recommandations en cas de consensus ». Lors de la préparation du traité d'Amsterdam en 1996-97, un travail préparatoire avait été accompli par un « groupe de réflexion » préfigurant la CIG et présidé par le ministre espagnol des affaires européennes Carlos Westendorp. Le groupe Westendorp avait déblayé le terrain, en présentant sur chaque question des positions majoritaires et minoritaires, et en prenant soin de ne pas citer nommément les États faisant partie de l'un ou l'autre groupe. Peine perdue ! Loin de permettre de faire avancer la négociation cette méthode contribua finalement à figer les positions, comme on s'en rendit compte trop tard, lors du sommet d'Amsterdam. On peut être certain que la leçon fut comprise, notamment par deux des membres du groupe Westendorp : Michel Barnier, qui représentait la Commission au sein du Praesidium de la Convention, et Elmar Brok, le coordinateur du groupe PPE à la Convention.

La présidence et le secrétariat de la Convention ont mis le plus grand soin à éviter le piège des options, à livrer au contraire un projet de texte complet « clés en mains » au Président du Conseil européen, avec l'espoir que le texte ne serait pas remis sur en chantier par la CIG. Le consensus exige donc un très long travail préparatoire : les trois mousquetaires Valéry Giscard d'Estaing (Athos¹⁵), Giuliano Amato (Aramis¹⁶) et Jean-Luc Dehaene (Porthos¹⁷) et John Kerr

¹⁵ Le plus âgé et le plus expérimenté des mousquetaires...

¹⁶ Surnommé *Dottor Sottile* par la presse italienne ...

¹⁷ Il y a quelque ressemblance sur le plan physique ...

(d'Artagnan¹⁸) le savaient certainement de longue date. L'idée que la Convention s'occupe aussi de la codification de ce qui est devenu la troisième partie ne s'est concrétisée qu'assez tard. Il est clair à posteriori, que si la Convention n'avait pas livré un texte complet, la tentation aurait été forte pour la CIG d'opter pour la solution des deux traités. Une tentation plus forte encore aurait été celle d'une simple « proclamation » de la première partie, comme ce fut fait pour la Charte des droits fondamentaux au sommet de Nice de décembre 2000. On aurait eu une « constitution » déclaratoire introductive aux traités réorganisés, ces derniers auraient plus ou moins correspondu à la troisième partie – plutôt moins que plus – avec le risque d'un retour sur un grand nombre d'acquis de la Convention.

Le déroulement de la CIG 2003-2004 confirme a posteriori la réalité de ce risque. Avant même le début officiel des travaux, les ministres des affaires étrangères des 25, réunis au bord du Lac de Garde les 5 et 6 septembre 2003, avaient décidé d'enterrer le conseil législatif sans fleurs ni couronnes— c'est-à-dire sans explications. Le conseil législatif, qui était pourtant l'une des innovations institutionnelles les plus intéressantes du projet de la Convention, apparaît ainsi comme l'hibiscus de la Constitution, plante fragile s'il en est. Il est compréhensible que les ministres en question aient été très hostiles au conseil législatif qui risquait entre autres de modifier à leur détriment les équilibres internes aux gouvernements nationaux. C'était peut-être l'un des prix à payer pour que les ministres des affaires étrangères des 25 acceptent de suivre l'Italie dans son choix de négocier sur la base du projet de la Convention, plutôt que de produire un nouveau projet, pour lequel, vu l'ampleur du travail, il aurait fallu au moins une année de travail supplémentaire avant de se lancer dans les négociations proprement dites. Les difficultés de la CIG à trouver un accord sur un nombre finalement limité de points démontrent à l'envi qu'elle n'aurait sans doute pas réussi à faire le travail de la Convention. Le caractère politique de celle-ci lui a par contre permis d'aller très au-delà de la codification à droit constant qui aurait pu être réalisée par des experts seuls. Quant à croire que la CIG aurait pu se mettre facilement d'accord sur un mandat de codification, ce serait oublier la méfiance naturelle des nouveaux Etats membres à l'égard de toute remise en cause de ce qui venait à peine d'être négocié dans le cadre du traité d'adhésion.

¹⁸ Comme l'on sait, d'Artagnan, qui n'était pas mousquetaire dans le premier roman d'Alexandre Dumas, est mort sous les murs de la ville de Maastricht, son bâton de Maréchal de France à la main, à en croire Dumas dans « Le vicomte de Bragelonne ». Sir John Kerr a eu un rôle majeur également à Maastricht, où il assistait le premier ministre britannique lors de la négociation du traité sur l'Union européenne en décembre 1992...

En guise de défense du travail de la Convention, on peut donc dire que le contenu de la troisième partie est indispensable au bon fonctionnement de l'Union, et que la charge de la preuve réside chez ceux qui estiment qu'une autre solution était techniquement faisable, dans les temps de la Convention et de la CIG, et dans le respect des contraintes politiques auxquelles elle devait faire face.

II. — ILLUSTRATION DE LA TROISIEME PARTIE : UNE ORGANISATION ET UNE REDACTION IMPARFAITES, MAIS INESPEREES

La décision d'inclure le contenu de la troisième partie dans la constitution pour l'Europe n'a été prise que relativement tard, au moment où le « squelette » (selon l'expression de Valéry Giscard d'Estaing) du futur traité constitutionnel a été présenté en plénière à la Convention, c'est-à-dire vers le 18 octobre 2002. Il fallait examiner en détail toutes les dispositions des traités de Rome et de Maastricht révisés, séparer les dispositions inutiles ou caduques, modifier les dispositions pour les adapter aux nouvelles logiques de la partie I en termes d'instruments et de procédures, tirer les conséquences de la suppression des piliers en évitant les doublons entre le traités de Rome et de Maastricht, et réordonner le tout de façon à restituer autant que possible la cohérence de présentation qui était propre au traité de Paris ou au traité de Rome des origines, tout en rendant le texte plus accessible aux citoyens, si possible. Les « trois mousquetaires » savaient bien qu'une discussion en plénière serait fastidieuse car il faudrait passer des heures pour expliquer, à propos de chaque article, qu'il n'y avait là rien de nouveau, ou au contraire qu'il y avait du nouveau et pourquoi.

La Commission européenne était trop divisée pour se mettre d'accord sur un projet tel que celui qui avait été commandé par le président Prodi à ses propres experts, comme en témoigne la méthode de publication du projet « Pénélope¹⁹ » – connu de la presse avant d'être transmis aux membres de la Convention. Le président Giscard d'Estaing avait d'emblée choisi de se passer des services du secrétariat général du Conseil et de mettre en place un secrétariat propre à la Convention. Il fallait donc trouver une méthode pour mettre au travail des personnes suffisamment expertes, mais prêtes à se plier aux souhaits du Praesidium (A). Le simple fait de fusionner les deux traités TCE et TUE impliquait une réorganisation de la structure et c'était donc l'occasion de donner à la présentation la touche de la Convention (B). La Convention étant composée d'une manière suffisamment représentative, et la décision de livrer un texte «

¹⁹ ETUDE DE FAISABILITÉ CONTRIBUTION À UN AVANT-PROJET DE CONSTITUTION DE L'UNION EUROPÉENNE DOCUMENT DE TRAVAIL A la demande du Président PRODI et en accord avec MM. BARNIER et VITORINO, ce document a été élaboré par un groupe de travail placé sous la responsabilité de François LAMOUREUX et composé de Marie LAGARRIGUE, Paolo STANCANELLI, Pieter VAN NUFFEL,

clés en mains » au Conseil européen ayant été prise, il fallait tenir compte des changements intervenus depuis le traité de Nice et adapter le contenu de la troisième partie au nouveau contexte européen et international (C). Le caractère réaliste des choix opérés par le Praesidium de la Convention est confirmé a posteriori par les travaux de la CIG, à la fois au vu de ce qu'elle a maintenu ou renforcé, et au vu de ce qu'elle a supprimé dans la troisième partie de la Constitution (D).

Il n'est pas question d'aller au-delà d'une esquisse de ces différents points, qui feront sans nul doute l'objet d'abondants développements dans les commentaires de la Constitution européenne en préparation.

A. — *La méthode : les experts travaillant sur mandat du Praesidium*

La rédaction des différents articles de la première partie du texte de la Convention peut être décomposée en une dizaine de phases²⁰. Le rôle du secrétariat²¹ et du Praesidium était fondamental, et le travail se fit constamment sous la pression du temps. Mais la qualité de très nombreux amendements présentés par les membres de la Convention et incorporés dans les moutures successives du texte, ainsi que la qualité de la motivation présentée en accompagnement de ces amendements, témoignent du très abondant travail fait autour du texte, et du fait que non seulement les membres de la Convention, mais également les gouvernements et parlements bien organisés ont été parfaitement capables de mettre à profit ces courts délais. On peut estimer que cette pression et ces délais réduits ont finalement plutôt contribué à la cohérence d'ensemble du texte, même s'ils sont responsables de beaucoup des petites erreurs ou incohérences dans la rédaction. Le contraste avec les CIG est frappant : celles-ci disposent entièrement de l'expertise du service juridique du Conseil, au plus haut niveau, et avec la

Alain VAN SOLINGE, avec l'assistance technique de Marguerite GAZZE 04/12/2002. Le document porte la mention « LA PRÉSENTE ÉTUDE DE FAISABILITÉ N'ENGAGE PAS LA COMMISSION EUROPÉENNE. »

²⁰ 1. rédaction d'un brouillon d'avant-projet au sein du secrétariat - 2. discussion par le Praesidium et rédaction définitive de l'avant-projet - 3. présentation du texte en plénière avec les commentaires du Président, et publication du texte sur le site Internet de la Convention - 4. propositions d'amendements soumis par les membres de la Convention - 5. débat en plénière - 6. synthèse des amendements par le secrétariat - 7. le cas échéant, réécriture des textes à la lumière du débat en plénière pour intégrer les amendements, en suivant les phases 1 à 3 - 8. nouveau débat si nécessaire et constatation du consensus par la présidence - 9. mise en ordre et renumérotation définitive du projet - 10. débat général et constatation du consensus sur l'ensemble du texte.

²¹ Pour une description détaillée du rôle du secrétariat dans le travail de rédaction de la Convention, voir Florence DELOCHE-GAUDEZ, « Le secrétariat de la convention européenne : un acteur influent », POLITIQUE EUROPEENNE, n°13, printemps 2004, p. 43-67, disponible sur http://www.sciences-po.fr/recherche/forum_europeen/pdf/pol_eur_deloche.pdf

possibilité de réunions de travail entre experts du Conseil, des gouvernements des États membres et de la Commission, et elles travaillent en général en deux ou trois langues jusqu'à la réunion du Conseil européen qui constate l'accord définitif. La Convention disposait d'une équipe de rédacteurs enthousiastes mais souvent jeunes et moins expérimentés, et les projets de textes étaient présentés en plénière dans les onze langues officielles. Le système plus efficace de la CIG n'a pourtant pas empêché par le passé des discordances parfois importantes entre les différentes versions linguistiques des traités qui en étaient issus, ni des incohérences qui ne se sont révélées qu'au fil du temps. La deuxième partie du projet de Constitution était entièrement rédigée d'avance, puisqu'il s'agissait du texte de la Charte des droits fondamentaux élaborée par la Convention présidée par Roman Herzog en 2000.

La troisième partie est le fruit d'un processus plus complexe. Le Praesidium fit faire un très important travail préparatoire par un groupe de six experts, membres des services juridiques du Conseil, de la Commission et du Parlement européen et choisis par ces derniers²². Les deux experts de la Commission avaient déjà participé à la rédaction du projet « Pénélope », et étaient donc particulièrement aguerris. Les experts reçurent deux mandats successifs détaillés du Praesidium, en date du 6 février et du 29 avril 2003²³. Les mandats donnaient des indications très précises aux experts sur la nature de leur travail, et étaient accompagnés de tableaux indicatifs préparés par le secrétariat de la Convention. Les experts y répondirent par des rapports extrêmement volumineux mais aussi extrêmement intéressants pour les juristes en particulier, datés respectivement du 17 mars et du 12 mai²⁴.

Sur la base de ces mandats, les experts ont passé l'ensemble du texte des traités de Rome et de Maastricht au peigne fin, pour suggérer les modifications qui découlaient logiquement des choix faits par la Convention pour la première partie en matière de simplification et de clarification. Ils firent également des propositions pour la réorganisation des textes, ainsi que des commentaires particulièrement judicieux, notamment à propos des dispositions de nature transversale, ayant vocation à s'appliquer à un grand nombre de bases juridiques ou de politiques. Les deux rapports contenaient en annexe les propositions de textes²⁵ et l'indication de leur place dans les textes originaux. Ces propositions furent le plus souvent suivies à la

²² Thérèse Blanchet, Kieran Bradley, Emer Finnegan, Christian Pennera, Paolo Stancanelli, Alain Van Solinge.

²³ Documents CONV 529/03 du 6 février et 682/03 du 29 avril, disponibles sur le site Internet de la Convention européenne.

²⁴ Documents CONV 618/03 et CONV 729/03.

lettre, mais le Praesidium y ajouta un nombre considérable de modifications plus substantielles, qui découlèrent pour la plupart des recommandations des groupes de travail et des cercles de réflexion.

Une étude comparative point par point du texte de la troisième partie et des traités de Rome et de Maastricht fait à mon sens apparaître un résultat particulièrement impressionnant du point de vue quantitatif, et surtout beaucoup plus innovateur que ne l'ont été les résultats des précédentes CIG. Une comparaison avec le projet « Pénélope » montrerait que la III^e partie du texte de la Convention est bien plus audacieuse que « Pénélope » ce qui est logique car il s'agissait d'une étude de faisabilité à droit constant, comme celle de l'IUE, alors que la IV^e partie du projet de la Convention est beaucoup moins audacieuse que le projet Pénélope, tant en ce qui concerne les procédures de révision que d'entrée en vigueur de la Constitution. Sur ce dernier point, les experts de la Commission pouvaient se permettre de lancer des ballons d'essai, alors que les contraintes politiques qui pesaient sur la Convention étaient considérables.

Une telle appréciation ne peut et ne doit pas être effectuée dans l'abstrait : le temps est passé, où Jean Monnet pouvait dire à Paul Reuter de s'asseoir et de rédiger seul les dispositions institutionnelles du traité CECA. Aucun juriste conscient ne devrait comparer le travail de la Convention à celui qu'il aurait fait seul ou avec une équipe d'assistants dans sa tour d'ivoire, plus clair et cohérent peut-être, mais qui n'aurait jamais dépassé le stade de l'exercice intellectuel.

B. — La structure : Logique de présentation et mise en avant du citoyen

La troisième partie ne fait pas que reprendre le contenu technique des traités de Rome et de Maastricht. Elle les réordonne également d'une façon susceptible de donner une idée plus précise de ce que peut faire l'Union à la lecture de la table des matières du Projet de la Convention :

²⁵ Pour la petite histoire mes compatriotes seront heureux de savoir que ce travail fut effectué sur la base du texte français des traités, et qu'il en a été de même pour le travail des experts juridiques de la CIG.

<p>TITRE I - CLAUSES D'APPLICATION GÉNÉRALE</p> <p>TITRE II - NON-DISCRIMINATION ET CITOYENNETÉ</p> <p>TITRE III - POLITIQUES ET ACTIONS INTERNES</p> <p>CHAP. I - MARCHÉ INTÉRIEUR</p> <p>Sect. 1 - Établissement du marché intérieur</p> <p>Sect. 2 - Libre circulation des personnes et des services</p> <p>Sous-Sect. 1 - Travailleurs</p> <p>Sous-Sect. 2 - Liberté d'établissement</p> <p>Sous-Sect. 3 - Liberté de prestation de services</p> <p>Sect. 3 - Libre circulation des marchandises</p> <p>Sous-Sect. 1 - Union douanière</p> <p>Sous-Sect. 2 - Coopération douanière</p> <p>Sous-Sect. 3 - Interdiction de restrictions quantitatives</p> <p>Sect. 4 - Capitaux et paiements</p> <p>Sect. 5 - Règles de concurrence</p> <p>Sous-Sect. 1 - Les règles applicables aux entreprises</p> <p>Sous-Sect. 2 - Les aides accordées par les États membres</p> <p>Sect. 6 - Dispositions fiscales</p> <p>Sect. 7 - Le rapprochement des législations</p> <p>CHAP. II - POLITIQUE ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE</p> <p>Sect. 1 - La politique économique</p> <p>Sect. 2 - La politique monétaire</p> <p>Sect. 3 - Dispositions institutionnelles</p> <p>Sect. 3 bis - Dispositions propres aux États membres qui font partie de la zone euro</p> <p>Sect. 4 - Dispositions transitoires</p> <p>CHAP. III - POLITIQUES DANS D'AUTRES DOMAINES SPÉCIFIQUES</p> <p>Sect. 1 - Emploi</p> <p>Sect. 2 - Politique sociale</p> <p>Sous-Sect. 1 - Le Fonds social européen</p> <p>Sect. 3 - Cohésion économique, sociale et territoriale</p> <p>Sect. 4 - Agriculture et pêche</p> <p>Sect. 5 - Environnement</p> <p>Sect. 6 - Protection des consommateurs</p> <p>Sect. 7 - Transports</p> <p>Sect. 8 - Réseaux transeuropéens</p> <p>Sect. 9 - Recherche et développement technologique et espace</p> <p>Sect. 10 - Énergie</p>	<p>CHAP. IV - ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE</p> <p>Sect. 1 - Dispositions générales</p> <p>Sect. 2 - Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration</p> <p>Sect. 3 - Coopération judiciaire en matière civile</p> <p>Sect. 4 - Coopération judiciaire en matière pénale</p> <p>Sect. 5 - Coopération policière</p> <p>CHAP. V - DOMAINES OÙ L'UNION PEUT DÉCIDER DE MENER UNE ACTION DE COORDINATION, DE COMPLÉMENT OU D'APPUI</p> <p>Sect. 1 - Santé publique</p> <p>Sect. 2 - Industrie</p> <p>Sect. 3 - Culture</p> <p>Sect. 4 - Éducation, formation professionnelle, jeunesse et sport</p> <p>Sect. 5 - Protection civile</p> <p>Sect. 6 - Coopération administrative</p> <p>TITRE IV - L'ASSOCIATION DES PAYS ET TERRITOIRES D'OUTRE-MER</p> <p>TITRE V - L'ACTION EXTÉRIEURE DE L'UNION</p> <p>CHAP. I - DISPOSITIONS D'APPLICATION GÉNÉRALE</p> <p>CHAP. II - LA POLITIQUE ÉTRANGÈRE ET DE SÉCURITÉ COMMUNE</p> <p>Sect. 1 - La politique de sécurité et de défense commune</p> <p>Sect. 2 - Dispositions financières</p> <p>CHAP. III - LA POLITIQUE COMMERCIALE COMMUNE</p> <p>CHAP. IV - LA COOPÉRATION AVEC LES PAYS TIERS ET L'AIDE HUMANITAIRE</p> <p>Sect. 1 - La coopération au développement</p> <p>Sect. 2 - La coopération économique, financière et technique avec les pays tiers</p> <p>Sect. 3 - L'aide humanitaire</p> <p>CHAP. V - LES MESURES RESTRICTIVES</p> <p>CHAP. VI - ACCORDS INTERNATIONAUX</p> <p>CHAP. VII - RELATIONS DE L'UNION AVEC LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET LES PAYS TIERS ET DÉLÉGATIONS DE L'UNION</p> <p>CHAP. VIII - MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE DE SOLIDARITÉ</p> <p>TITRE VI - LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION</p> <p><i>Pour mémoire</i></p>
--	--

On voit que la réorganisation opérée par les experts sur la base du mandat du Praesidium suit deux logiques complémentaires en ce qui concerne les politiques de l'Union. D'une part le texte est ordonné autant que faire ce peut de façon en quelque sorte décroissante, allant du plus important au moins important en termes d'intensité d'action de l'Union.

D'autre part le texte essaie de mettre au premier plan la préoccupation citoyenne, là où le traité de Rome mettait au premier plan le marché. Cela est particulièrement visible en ce qui concerne le marché intérieur.

Les dispositions relatives au marché intérieur dans le traité de Rome et le projet de la Convention

Traité de Rome	Projet de la Convention
Troisième partie - Les politiques de la Communauté TITRE I - La libre circulation des marchandises Chap. 1 - L'union douanière Chap. 2 - L'interdiction des restrictions quantitatives entre les États membres <i>TITRE II - L'agriculture</i> TITRE III - La libre circulation des personnes, des services et des capitaux Chap. 1 - Les travailleurs Chap. 2 - Le droit d'établissement Chap. 3 - Les services Chap. 4 - Les capitaux et les paiements TITRE IV - Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes <i>TITRE V - Les transports</i> TITRE VI - Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations Chap. 1 - Les règles de concurrence Chap. 2 - Dispositions fiscales Chap. 3 - Le rapprochement des législations	TITRE III - POLITIQUES ET ACTIONS INTERNES CHAP. I - MARCHÉ INTÉRIEUR Sect. 1 - Établissement du marché intérieur Sect. 2 - Libre circulation des personnes et des services Sous-Sect. 1 - Travailleurs Sous-Sect. 2 - Liberté d'établissement Sous-Sect. 3 - Liberté de prestation de services Sect. 3 - Libre circulation des marchandises Sous-Sect. 1 - Union douanière Sous-Sect. 2 - Coopération douanière Sous-Sect. 3 - Interdiction de restrictions quantitatives Sect. 4 - Capitaux et paiements Sect. 5 - Règles de concurrence Sect. 6 - Dispositions fiscales Sect. 7 - Le rapprochement des législations

Il faut souvent une bonne connaissance du droit communautaire d'une part, des enjeux politiques et sociaux de l'autre, pour comprendre l'importance de la place de telle ou telle disposition, qui résulte de l'intervention conjointe de toute une série de forces, comme par exemple le déplacement de l'article relatif aux régions ultrapériphériques des dispositions finales (art. 299§2 TCE) vers les dispositions générales de la IIIe partie (art. 30 du projet de la Convention, art. III-424 final)²⁶.

²⁶ Pour un argumentaire plus détaillé, voir J. ZILLER, Les collectivités des outre-mers de l'Union européenne, in J.-Y. FABERON (dir.), L'OUTRE-MER FRANÇAIS – LA NOUVELLE DONNE INSTITUTIONNELLE, Paris, La Documentation Française, 2004, p. 105-114.

C. — Le contenu : le changement dans la continuité

La troisième partie ne se contente pas de reproduire tels quels les anciens textes en les réorganisant, elle comprend toute une série de changements, que l'on peut résumer en trois points.

Les articles sont presque tous réécrits en partie, pour tirer les conséquences de la nouvelle classification des instruments et procédures, exposée dans la première partie du projet. La logique des bases juridiques des traités communautaires est maintenue, car elle est conforme au principe d'attribution. Elle diffère assez considérablement de la logique des catalogues de compétences des constitutions nationales, puisque dans le cadre d'un ensemble d'Etats souverains et avec des institutions organisées en partie pour les représenter, une base juridique doit contenir non seulement un titre de compétence sur un domaine donné, aussi précis que possible, mais également l'indication de la procédure de décision pertinente, et le cas échéant des instruments utilisables, étant donné que les instruments tels que la directive laissent en principe plus de liberté aux Etats membres que ceux du type du règlement. Or les changements les plus importants en termes de droit positif proposés par la Convention dans sa première partie portaient justement sur la nomenclature des instruments, qui se rapproche de celle des droits nationaux, et sur les procédures de décision, donnant un rôle beaucoup plus important au Parlement européen.

Sur base du mandat du Praesidium, les experts ont proposé chaque fois que cela était possible et nécessaire l'instrument : loi, loi-cadre, règlement, règlement délégué, décision, et ils ont indiqué la procédure applicable : législative de droit commun ou dérogatoire. Le deuxième mandat du Praesidium a conduit à un certain nombre de modifications, et le texte final approuvé par la Convention en contient encore d'autres. Les experts de la CIG ont revu entièrement ce travail, corrigeant des oublis ou erreurs, mais allant parfois plus loin. L'on manque toutefois d'un argumentaire en forme de dialogue entre d'une part les experts de la CIG et d'autre part les membres du Praesidium, pour savoir si la CIG a pleinement respecté ou non les idées de la Convention.

De plus un grand nombre d'articles sont entièrement réécrits, remplacés ou complétés par de nouvelles dispositions, pour intégrer les propositions des groupes de travail et cercles de réflexion de la Convention, en vue d'une amélioration du fonctionnement de l'Union et de ses

institutions. La troisième partie intègre un grand nombre de dispositions réécrites en conséquence de la suppression des piliers : c'est particulièrement évident en matière de politique étrangère et de défense ; une lecture attentive par les spécialistes des dispositions relatives à l'espace de justice, de sécurité et de liberté montrerait aussi des changements non négligeables. Les dispositions institutionnelles ont été souvent largement remaniées, sur la base des rapports des groupes de travail et cercles de réflexion, ce qui est particulièrement apparent en matière budgétaire. Une lecture attentive fera également apparaître toute une série de modifications qui sont loin d'être anodines, comme l'élargissement des conditions de saisine de la Cour pour les recours en annulation contre les actes réglementaires à l'art. III-365, par. 4.

Enfin plusieurs bases juridiques nouvelles ont été insérées dans le projet de Constitution par la Convention puis par la CIG. Comme lors des CIG qui avaient préparé l'Acte unique européen, ainsi que les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice, toute une série d'initiatives ont été présentées à la Convention, en particulier en provenance des gouvernements nationaux et de la Commission en passant en général par la voie de contributions des membres de la Convention. La base juridique nouvelle pour l'action de l'Union en matière de tourisme (art. III-281) faisait ainsi suite à des initiatives de la Commission européenne en la matière. La base juridique nouvelle relative à la coopération administrative (art. III-285) est le fruit d'une initiative suédoise, résultant manifestement de l'expérience de ce pays dans l'appui à la réforme administrative et à la préparation de l'élargissement dans les Etats candidats d'Europe centrale et orientale.

D. Quelques pas en avant, de grands pas en arrière : l'apport de la CIG

Un travail de nature essentiellement technique avait été entrepris dès l'été 2003 par le Secrétariat général du Conseil, pour mettre au point un texte sans lacunes ni erreurs, ce que le Secrétariat de la Convention n'avait pas eu le temps de faire. C'est ce texte, publié le 25 novembre, mais qui était déjà prêt auparavant, qui servit de base aux discussions politiques dans la CIG²⁷. Pour l'essentiel, ce texte ne diffère de celui de la Convention que par des formulations plus homogènes dans leur style, sans conséquences juridiques. Mais un certain nombre d'articles de la partie III ont été complétés, en particulier pour mentionner des

²⁷ Document 50/03CIG, disponible sur les sites de la présidence italienne et du Secrétariat général du Conseil : http://ue.eu.int/cms3_applications/Applications/igc/doc_register.asp?lang=FR&cmsid=576

instruments d'application qui avaient été laissés de côté par la Convention sans que l'on sache toujours si c'était un oubli ou un acte volontaire.

Le changement le plus spectaculaire se trouve dans la partie I, et mérite d'être exposé. Il a consisté à déplacer l'article consacré au principe de primauté. Le deuxième paragraphe de l'article 10, qui réaffirme le principe de loyauté des Etats membres à l'Union, a été incorporé dans l'art. I-5: *Relations entre l'Union et les Etats membres*, ce qui paraît logique. Le contenu du premier paragraphe de l'article 10 a été placé juste après l'article I-5. C'est désormais l'art. I-6: *Droit de l'Union*. Le principe de primauté figure donc finalement dans le Titre I, *Définitions et objectifs de l'Union* au lieu du Titre III *Compétences de l'Union*, où l'avait placé la Convention. Ce changement de place peut donner l'impression au lecteur non averti que « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées à celle-ci priment sur le droit des États membres » d'une façon générale et absolue, comme la constitution d'un Etat-nation priment lois et aux règlements. Dans le texte de la Convention il apparaissait plus comme un principe s'appliquant à l'exercice des compétences, comparable aux principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité. Même si le changement de place n'a pas de conséquences juridiques – ce qui n'est pas certain – il est susceptible de générer bien des polémiques dans les débats sur la ratification. Cet exemple, bien que relatif à la Ière Partie, montre l'importance des choix apparemment anodins qui ont été fait par les experts de la CIG, souvent sans explications développées.

Néanmoins, le texte mise au point par les experts juristes du Secrétariat général du Conseil, en coordination avec ceux de la Commission et des vingt cinq Etats membres, ne diffère qu'à peine du texte de la Convention : la numérotation est changée, le texte est plus systématiquement répétitif dans ses formulations, il est parfois plus léger et parfois plus lourd que celui de la Convention. Cela ne veut pas dire que le texte de la Convention aurait été mieux rédigé si, au lieu d'avoir son propre secrétariat, elle avait été secondée par le Secrétariat du Conseil, comme prévu dans la déclaration de Laeken : au total, et toutes versions linguistiques confondues, les experts de la CIG ont eu le temps de travailler à tête reposée pendant un an, de juillet 2003 à août 2004, sur un texte dont l'essentiel n'a pas changé, alors que le secrétariat et le Praesidium de la Convention ont travaillé pendant six mois sous la pression du calendrier et sur un texte en constante mutation.

L'appréciation que l'on peut porter sur le résultat politique de la CIG est différente. Pour qui avait suivi les travaux de la CIG et espérait du projet de Constitution une architecture permettant à l'Union de fonctionner pour le mieux, le commentaire essentiel au soir du 18 juin 2004 était : *il était temps que ça s'arrête*. Certes l'essentiel du projet de la Convention était maintenu, mais à quelques exceptions près, les modifications apportées par la CIG allaient de plus en plus dans le sens d'une augmentation des rigidités au profit de la défense étroite d'intérêts nationaux. C'est le cas évidemment pour l'augmentation des seuils de calcul de la majorité qualifiée et le maintien d'un commissaire par Etat membre. Un certain nombre d'autres reculs sont plus difficiles à décerner pour les non experts. A titre d'exemple, alors que la Convention avait pris soin de clarifier la procédure législative en précisant que le Conseil européen « n'exerce pas la fonction législative », disposition maintenue à l'article I-21, la CIG a décidé qu'il aurait un rôle dans la procédure d'adoption des lois européennes pour la coopération judiciaire en matière pénale (articles III-270 et III-271).

La prise en considération de ces modifications, dont la plupart ont suivi le conclave de Naples de novembre 2003, mais dont d'autres ont été adoptées sous présidence irlandaise, risque d'être l'arbre qui cache la forêt : si l'on accepte l'idée qu'il faut comparer la Constitution avec l'état du droit qui précède et non avec un projet de Constitution idéale, il reste que l'ensemble du texte adopté le 18 juin constitue un progrès inespéré deux ans auparavant – exception faite de la composition de la Commission.

La CIG a même réussi à progresser en particulier sur la clause sociale transversale (art. III-117) et sur la révision de la troisième partie. Qui plus est, un grand nombre d'acquis inespérés de la Convention n'ont pas du tout été mis en cause : la simplification et la démocratisation de la procédure législative, la suppression de la division en piliers, la plupart des innovations institutionnelles et de principe de la première partie, qu'il s'agisse des institutions de l'Union ou de la participation des parlements nationaux. Malgré quelques effets d'annonce de type publicitaire de la part du ministre des affaires étrangères britannique, la valeur contraignante de la Charte des droits fondamentaux a été également maintenue : la CIG a maintenu et parfois même augmenté la garantie des droits, elle a un peu renforcé le rôle des Etats, au détriment du bon fonctionnement des institutions, dans la séparation des pouvoirs.

Pour être tout à fait juste avec la procédure de la CIG, il faut aussi reconnaître qu'elle a démontré les limites de la transparence. La présidence italienne avait décidé de mettre à

disposition du public sur Internet les propositions d'amendements qu'elle mettait sur la table au fur et à mesure des réunions, que ce soit en son nom propre ou au nom de tel ou tel Etat membre, et la présidence irlandaise a suivi le mouvement, une fois que les travaux de la CIG ont repris au mois de mai. Cela a certainement permis au public intéressé de suivre les travaux de la CIG : ce fut surtout le cas des spécialistes, malheureusement, car la presse a une fois de plus concentré son attention sur le spectaculaire et les divergences plutôt que sur le solide et les convergences. Mais dans le cadre d'une procédure intergouvernementale, cela a également contribué à fixer les positions des Etats membres trop tôt, comme c'était arrivé pour le traité d'Amsterdam avec le groupe Westendorp. La transparence n'est pas une vertu absolue : ce qui était bon pour la Convention ne l'était pas toujours pour la CIG. La diplomatie a besoin de discrétion pour être efficace : au-delà des personnalités, la comparaison entre l'action du président italien du Conseil européen et celle du président irlandais l'a démontré. Cela a également démontré les défauts de la procédure de révision de droit commun de la Constitution, qui maintient le principe de la réunion d'une CIG.

CONCLUSION : L'AVENIR DE LA TROISIEME PARTIE

L'avenir de la Constitution pour l'Europe dépend évidemment de la ratification du traité, après sa signature le 29 octobre 2004 à Rome. Bien malin qui peut le prédire, étant donné le peu de prévoyance dont avaient fait part les commentateurs à l'occasion de l'Acte Unique européen, du traité de Maastricht ou du traité de Nice. L'avenir de la troisième partie est une question plus intéressante du point de vue juridique : la CIG a changé partiellement la donne par rapport au projet de la Convention.

D'un côté, la « passerelle » pour le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée devient plus rigide, puisque l'article IV-444 *Procédure de révision simplifiée* permet à un seul parlement national de bloquer le processus qui permet au Conseil européen, à l'unanimité, de changer la procédure législative dans l'une des bases juridiques de la troisième partie. Qui plus est, à la demande du Royaume Uni, l'utilisation de la passerelle est exclue pour l'harmonisation de la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs (article III-210, par. 3), mais il faut savoir jongler avec les procédures pour s'en rendre compte. Ceci est compensé toutefois par le fait qu'une fois passé le délai de veto préventif pour les parlements nationaux, il suffit de l'unanimité au Conseil européen, dont la décision n'est pas soumise à ratification dans les Etats membres.

Mais d'un autre côté, la présidence italienne puis la présidence irlandaise ont réussi à faire passer l'idée d'une procédure de révision simplifiée pour les politiques de l'Union, l'essentiel de la IIIe partie, procédure qui figure à l'article IV-445, *Procédure de révision simplifiée concernant les politiques internes de l'Union* :

« 1. Le gouvernement de tout État membre, le Parlement européen ou la Commission peut soumettre au Conseil européen des projets tendant à la révision de tout ou partie des dispositions de la partie III, titre III, relative aux politiques internes de l'Union.

« 2. Le Conseil européen peut adopter une décision européenne modifiant tout ou partie des dispositions de la partie III, titre III. Le Conseil européen statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen et de la Commission ainsi que de la Banque centrale européenne dans le cas de modifications institutionnelles dans le domaine monétaire.

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

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

La révision des articles qui forment les bases juridiques des politiques de l'Union reste subordonnée à l'unanimité, alors que la Commission par exemple demandait qu'elle puisse être faite à la majorité qualifiée, mais la procédure est plus simple que la procédure ordinaire de révision de l'article IV-443. Il n'est pas nécessaire de convoquer une CIG, ce qui devrait permettre plus facilement des révisions ponctuelles et limitées de la Constitution. La convocation d'une CIG a conduit, depuis les années quatre-vingt, à soumettre à celle-ci un ordre du jour important, comportant de nombreux amendements. Ceci non seulement allonge les délais de révision, mais surtout multiplie les risques de marchandages par lesquels les gouvernements prennent en otage une proposition sans grande importance pour eux pour obtenir un accord sur une autre proposition. Le fait que de tels amendements ne puissent pas augmenter les compétences de l'Union implique en principe que les cours constitutionnelles nationales ne risquent pas de s'y opposer, et qu'il n'y aura pas de référendum obligatoire pour de tels amendements.

Enfin, le paragraphe 3 promet bien des débats aux juristes, pour savoir si une proposition d'amendement est susceptible de conduire ou non à l'accroissement des compétences de l'Union. Il faut reconnaître que c'est sans doute la meilleure réponse à la question posée par le mandat de Laeken « Cela peut-il conduire à faire une distinction entre les procédures de modification et de ratification pour le traité de base et les autres dispositions des traités ? ». Selon une technique juridique éprouvée, le paragraphe 3 a permis en effet à la CIG de botter en touche et d'éviter des affrontements passionnés à propos de problèmes qui ne se poseront peut-être jamais dans la pratique.