



Une constitution courte et obscure ou claire  
et détaillée ? Perspectives pour la simplification  
des traités et la rationalisation de l'ordre juridique  
de l'union européenne

JACQUES ZILLER



**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE  
DEPARTMENT OF LAW**

*Une constitution courte et obscure ou claire et détaillée ?  
Perspectives pour la simplification des traités et la rationalisation  
de l'ordre juridique de l'union européenne*

**JACQUES ZILLER**

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for such purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

The author(s)/editor(s) should inform the Law Department of the EUI if the paper is to be published elsewhere, and should also assume responsibility for any consequent obligation(s).

ISSN 1725-6739

© 2006 Jacques Ziller

Printed in Italy  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I – 50016 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy

<http://www.iue.it/>  
<http://cadmus.iue.it/dspace/index.jsp>

## **ABSTRACT**

The paper examines deals with the possibility to keep the “acquis” of the Constitutional Treaty in terms of simplification of the EC-EU treaties and of rationalisation of the EU legal system if the Treaty establishing a Constitution for Europe were not to be ratified in the form it has been signed on 29 October 2004. The basic assumption of the paper is that contrary to what is too often said, not only the length of the treaty may not be seen as a primary cause of its rejection in the French and Dutch referendums of 2005, but also that a shorter treaty might not serve better the objective of clarity than a longer one. Five basic elements are being identified as the European Convention’s “acquis” which should be maintained in the future: the suppression of the pillar structure, the integration of the Charter of fundamental right in the EU fundamental treaty, the reorganisation of the treaties – as done in part III of the Constitution for Europe – the typology of legal instruments of the Union and the typology of competences. While acknowledging that a number of formal, technical and political improvements could further be added to the existing text, which could also formally be split in two if necessary, the paper is rather sceptical about the political feasibility of scenarios which would not be based on the ratification of the existing European Constitution’s content.

## **KEYWORDS**

### **Political Science Themes**

referendum

### **Legal Issues**

European law – fundamental/human rights – international agreements – judicial review

### **Treaty Reform**

Amsterdam Treaty – Enlargement – European Convention – founding Treaties – IGC 1996 – IGC 2000 – intergovernmental conferences – Maastricht Treaty – Nice Treaty – Treaty on European Union – treaty reform

### **Institutional Issues**

joint decision making – legislative procedure – majority voting – national parliaments – qualified majority – unanimity

### **Disciplinary Background of Papers**

law

## Sommaire

I. LA CLARTE COMME CAUSE DE REJET : PARADOXE DU REFERENDUM FRANÇAIS	1
II. L'ACQUIS DE LA CONVENTION ET DE LA CIG	4
1. La suppression des piliers	5
2. L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution	7
3. La réorganisation des traités dans la partie III de la Constitution	8
4. La nouvelle nomenclature des instruments juridiques de l'Union	11
5. La nomenclature des compétences	12
III. LE MAINTIEN DE L'ACQUIS DE LA CONVENTION FACE AUX SCÉNARIOS POUR L'AVENIR DE LA CONSTITUTION	15
IV. LES LAISSÉS POUR COMPTE	19
1. Améliorer la rédaction	19
<i>A. Combler les lacunes et supprimer les répétitions</i>	19
<i>B. Préciser les formulations juridiques</i>	24
<i>C. Mettre à jour les formulations par rapport au contenu des politiques</i>	20
2. Aller plus loin que la Convention et la CIG	22
<i>A. L'amélioration de la structure hiérarchique du droit de l'Union.</i>	22
<i>B. Le perfectionnement des nomenclatures des instruments juridiques, des procédures d'adoption et des compétences</i>	24
<i>C. L'adaptation du système juridictionnel</i>	25
V. CONCLUSION	25
Références bibliographiques	27

## CHAPITRE II

### *Une constitution courte et obscure ou claire et détaillée ? Perspectives pour la simplification des traités et la rationalisation de l'ordre juridique de l'union européenne*

Jacques Ziller

*To be published in*  
*G. Amato, H. Bribosia & B. De Witte,,*  
*GENESE ET DESTINEE DE LA CONSTITUTION EUROPEENNE*  
*PART II - CHAPTER II*  
*(Bruylant: Bruxelles - forthcoming)*

#### **I. LA CLARTÉ COMME CAUSE DE REJET : PARADOXE DU RÉFÉRENDUM FRANÇAIS**

1. Afin de faire ressortir l'utilité et l'importance de la thématique de la simplification des traités, il est utile d'évoquer un paradoxe qu'à mis en lumière le référendum français<sup>1</sup>: le paradoxe de la clarté. A mon avis, c'est justement parce que la Convention et la CIG ont réussi en grande partie leur exercice de clarification et de simplification qu'il y eu une telle abondance de matériaux pour le débat français, que les partisans du « non » ont pu exploiter contre le traité constitutionnel.

2. Pour le référendum de septembre 1992 sur le traité de Maastricht, le gouvernement français avait envoyé aux électeurs le texte du traité soumis à ratification, comme cela a été fait à nouveau pour le référendum de 2005 sur le traité constitutionnel. Si le traité de Maastricht était autosuffisant et donc intelligible dans sa partie consacrée aux développements relatifs à l'Union économique et monétaire et ceux consacrés aux deuxième et troisième pilier, il était illisible pour l'essentiel des modifications apportées aux traités communautaires. Non seulement en effet, le traité de Maastricht ne pouvait se lire que par renvoi aux textes des traités communautaires en vigueur à l'époque parce qu'il n'en reprenait pas les articles demeurés inchangés, selon la méthode habituelle d'amendement des traités communautaires. Qui plus est, du fait de la méthode de

---

<sup>1</sup> V. Chapitre IV, Partie I.

rédaction adoptée par la Présidence néerlandaise, il induisait fréquemment le lecteur en erreur sur la portée réelle des changements, car le traité reproduisait en entier les articles à modifier dans les traités communautaires, dans lesquels seuls quelques mots avaient changé. C'est ainsi que lors d'une des premières séances de commentaires consacrées en France au nouveau traité en mars 1992, un éminent politologue – non spécialiste du droit communautaire – avait compris que le traité de Maastricht ouvrait pour la première fois le recours en annulation pour les particuliers, car le traité contenait l'ensemble du texte de l'article 173 CEE (devenu depuis 230 TCE), étant donné que la BCE avait été ajoutée aux institutions dont les actes pouvaient faire l'objet d'un recours en annulation au § 3, sans que fut toutefois modifié le moins du monde le § 4, qui permettait depuis 1957 le recours individuel<sup>2</sup>. Cette méthode de rédaction a contribué à ce que certains partisans du « non » aient instrumentalisé les clauses du traité de Maastricht relatives à la circulation des personnes – à laquelle se réfèrent les articles relatifs à la citoyenneté –, sans tenir compte du fait que celle-ci s'imposait déjà pour l'essentiel depuis la fin de la période de transition sur la base de l'article 48 du traité CEE. En revanche, le texte du traité constitutionnel envoyé en 2005 aux électeurs était complet, puisque les dispositions déjà existantes du TCE et du TUE ont été reprises dans la Constitution, le cas échéant de façon modifiée, lorsqu'elles n'ont été abrogées par celle-ci.

3. La profondeur et la qualité du débat référendaire de 2004-2005 ont été meilleures, à mon souvenir, qu'en 1992, parce que les citoyens disposaient du texte complet sur lequel ils étaient appelés à se prononcer<sup>3</sup>. Dans les colonnes des journaux comme dans les réunions publiques, les partisans et adversaires du traité constitutionnel se sont pour l'essentiel opposés sur la portée à accorder aux dispositions précises de nombreux articles du traité, en particulier ceux de ses deuxième et troisième parties. Ce qui a manqué pour que le débat fut bien centré et complet, c'est un argumentaire clair expliquant quelles étaient les dispositions reprises des traités en vigueur et pourquoi elles ne pouvaient pas être modifiées, du fait de l'absence de possibilité d'un accord politique entre les 25 États membres. Ce qui a posé problème en 2005 n'est pas en lui-même le texte envoyé aux électeurs français. La version du traité constitutionnel produite par l'Imprimerie nationale à la demande du Ministère de l'Intérieur n'avait aucunement l'aspect d'un volumineux ouvrage qui aurait effrayé les électeurs à l'ouverture de l'enveloppe le contenant : il s'agit d'un document en format A-4 de moins d'un centimètre d'épaisseur<sup>4</sup> – alors pourtant qu'il comporte le texte complet du traité constitutionnel et de l'acte final du 29 octobre 2004, avec toutes les déclarations et protocoles annexés. On peut par contre estimer que l'exposé des motifs qui était joint au projet de loi autorisant la ratification du traité était trop court<sup>5</sup>. Ce qui manquait était un instrument permettant de confronter les opinions de manière pleinement informée. C'aurait pu être le document faisant la comparaison entre les dispositions du traité constitutionnel et celles des traités déjà en vigueur qui avait été préparé par les services

---

<sup>2</sup> Il s'agit d'un épisode vécu par l'auteur du présent Chapitre.

<sup>3</sup> Il n'en est pas moins vrai que déjà en 1992 certains partisans du « non » s'opposaient par exemple à la libre circulation des personnes, sans tenir compte du fait que celle-ci s'imposait déjà pour l'essentiel depuis la fin de la période de transition sur la base de l'article 48 du traité CEE.

<sup>4</sup> Il est imprimé sur papier bible sur deux colonnes, en caractères de taille 8 avec un interligne d'un seul espace, et a un total de 191 pages.

<sup>5</sup> 7 pages format A 4 imprimées en caractères de taille 12 avec un interligne d'un et demi.

du Sénat pour les débats précédant la réforme constitutionnelle. Avec un tel argumentaire, le traité constitutionnel, au lieu d'être présenté par ses adversaires – et parfois par ses partisans – comme un repoussoir long et complexe, aurait pu être présenté par ses partisans pour ce qu'il est : une tentative « imparfaite mais inespérée »<sup>6</sup> de simplification et de clarification des traités existants.

4. Il serait donc erroné de déduire de la victoire du « non » au référendum français de 2005 que le seul moyen de faire progresser l'intégration européenne serait de retourner à la « bonne vieille » méthode des années cinquante, qui consistait à préparer les traités communautaires entre experts, à l'abri des regards malveillants. Non seulement les contraintes politiques et les précédents rendent un tel retour impossible, mais de plus il est inutile. La vigueur de la campagne référendaire, le détail des arguments développés – même s'ils étaient souvent utilisés de mauvaise foi par les politiques –, et même le résultat final, démontrent que les citoyens français – et donc également tous les citoyens européens<sup>7</sup> – sont parfaitement capables de lire le traité constitutionnel. Une majorité des votants n'a pas aimé cette version du traité constitutionnel l'a donc rejeté. Il est clair que beaucoup de ces électeurs ne savaient pas – parce qu'on ne leur a pas suffisamment dit – que l'essentiel de ce qu'ils n'aimaient pas était déjà inscrit dans les traités actuels depuis 1992<sup>8</sup> voire depuis 1957<sup>9</sup> et continuerait donc à s'appliquer sans les correctifs mis au point par la Convention européenne au cas où le traité constitutionnel n'entrerait pas en vigueur<sup>10</sup>.

5. La simplification et la rationalisation constituaient l'un des aspects essentiels du mandat de Laeken<sup>11</sup>. Chaque fois que l'on raisonne sur une partie séparée de la Constitution, qu'il s'agisse de son contenu institutionnel ou de son contenu matériel, l'on a tendance à oublier cet aspect du travail de la Convention. L'on peut évidemment soutenir qu'après tout l'effort de simplification et de rationalisation n'était qu'une illusion, le produit d'une manie rationaliste de juriste, et affirmer qu'après tout, l'Union européenne vit bien avec ses traités juxtaposés, que le chaos est fécond, qu'il garantit la flexibilité nécessaire aux évolutions et qu'il est normal que la lecture des traités institutifs soit réservée aux spécialistes. Si tel était le cas, je serais tout à fait prêt à dire que nous n'avons pas besoin de cette Constitution et qu'il vaut mieux s'en passer et se concentrer sur « l'Europe des résultats ». Il n'en reste pas moins que l'ensemble constitué par les traités actuellement en vigueur avec leurs annexes et protocoles est autrement plus difficile à lire et à comprendre – y compris pour les spécialistes – que ne

---

<sup>6</sup> Pour reprendre le commentaire de Valéry Giscard d'Estaing lors de l'adoption des deux premières parties de la Constitution qu'il présenta au Conseil européen du 20 juin 2003.

<sup>7</sup> Etant donné que le texte du traité constitutionnel a été immédiatement disponible dans toutes les langues officielles nationales des États membres, puisque ni la Convention européenne ni la CIG n'ont cédé aux sirènes populistes qui font valoir que le multilinguisme avec parité des versions est un luxe dont l'Union européenne devrait se passer.

<sup>8</sup> Par exemple l'indépendance de la Banque Centrale Européenne, fortement critiquée pendant la campagne référendaire par les tenants du « non de gauche ».

<sup>9</sup> Comme les règles relatives à la concurrence, cible favorite du même « non de gauche ».

<sup>10</sup> Sans compter l'impact de l'argument du « plan B » par lequel les opposants au traité constitutionnel ont réussi à faire croire à une partie de l'opinion que dès le lendemain d'un référendum négatif en France, les négociations seraient rouvertes, alors que les précédents du traité de Maastricht et du traité de Nice indiquaient l'inverse.

<sup>11</sup> V. Chapitre V, Partie I



l'est le traité constitutionnel assorti de l'acte final du 29 octobre 2004. De plus il y a de vrais problèmes, et parfois des problèmes extrêmement graves, qui résultent de la complexité inhérente au système actuel des traités institutifs, et qui ont notamment des conséquences sur la protection des droits fondamentaux, comme le démontre par exemple la jurisprudence de la Cour de justice en matière de coopération policière et judiciaire<sup>12</sup>.

6. Le retour à la déclaration de Laeken et à ses précédents permet d'ailleurs de considérer que la simplification des traités institutifs est l'un des *buts* du traité constitutionnel, dont l'objet est d'établir une constitution pour l'Europe. Aucun Etat membre n'ayant fait part de son intention de dénoncer le traité constitutionnel – pas même la France ou les Pays-Bas après les référendums négatifs de 2005 – les obligations découlant de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités – ne rien faire qui puisse mettre en danger la réalisation de son objet et de son but<sup>13</sup> – devraient même conduire à prendre le traité constitutionnel comme base minimale de négociation pour toute alternative au traité du 29 octobre 2004, plutôt que de reprendre le travail sur la base des traités (TCE et TUE) actuellement en vigueur.

7. Plus précisément, en matière de simplification des traités et de rationalisation de son ordre juridique, il convient de prendre pour base l'acquis de la Convention et de la CIG. Il est donc nécessaire d'identifier cet acquis avant de s'interroger sur les stratégies qui permettraient de mieux préserver cet acquis et sur les améliorations qui pourraient être apportées au traité constitutionnel en revenant sur les laissés pour compte de la Convention et de la CIG.

## II. L'ACQUIS DE LA CONVENTION ET DE LA CIG

8. La lecture de la première partie de ce livre, et en particulier des chapitres V<sup>14</sup>, XI<sup>15</sup>, XIII<sup>16</sup> et XVI<sup>17</sup>, fait bien ressortir la complexité du travail mené du 28 février 2002 (ouverture de la Convention européenne) au 29 novembre 2003 (Conclave de Naples)<sup>18</sup>. Il peut être utile d'y ajouter la lecture des rapports finaux des groupes de travail de la Convention<sup>19</sup> n°s III *Personnalité juridique* et IX *Simplification* dirigés par Giuliano Amato, ainsi que du Groupes V *Compétences complémentaires* et du Cercle de réflexion *Procédure budgétaire* dirigés par Henning Christophersen. Ces rapports expliquent en général fort bien à la fois les problématiques auxquelles devait faire face

---

<sup>12</sup> V. *infra* paragraphe n° 13.

<sup>13</sup> V. Chapitre IV, paragraphes n°s 9 et 66, Partie I.

<sup>14</sup> *De la simplification des traités au traité constitutionnel unique*, par Hervé Bribosia.

<sup>15</sup> *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres*, par Hervé Bribosia.

<sup>16</sup> *Le système décisionnel*, par Paolo Stancanelli.

<sup>17</sup> *Les finances de l'Union*, par Maria José Martinez Iglesias.

<sup>18</sup> A ma connaissance, une partie importante du travail complémentaire en matière de simplification sur la base du projet de traité adopté par la Convention avait en réalité déjà été accomplie au mois de septembre par le Secrétariat général du Conseil, dans le document soumis à la CIG à partir du 4 octobre 2003 (V. Chapitre III, Partie I) ; ce n'était par contre pas le cas pour l'opération de refonte, notamment des protocoles et des traités d'adhésion, qui a été effectuées bien après.

<sup>19</sup> Disponibles sur le site Internet de la Convention européenne <http://european-convention.eu.int>.

la Convention et les choix qui se présentaient à elles, ainsi que les raisons pour lesquelles certaines recommandations plutôt que d'autres lui ont été faites. Si l'on essaye de simplifier cet ensemble très riche, on peut en dégager à mon avis cinq acquis essentiels en matière de simplification des traités et de rationalisation de l'ordre juridique de l'Union, dont les conséquences vont bien au-delà de la simple remise en ordre, au cœur même de la question de la constitutionnalisation.

### **1. La suppression des piliers**

9. Le premier des acquis de la Constitution pour l'Europe est la suppression des piliers. Le fait même qu'il soit abordé dans la plupart des autres contributions à la deuxième partie de ce livre suffirait à démontrer son importance. Il est utile d'en souligner la portée en matière de simplification.

10. Le choix d'une structure en trois piliers – Communautés, Politique extérieure et de sécurité commune (PESC) et Justice et affaires intérieures (JAI) – qui avait été fait pendant la conférence intergouvernementale de 1991 – était motivé par le refus d'un certain nombre de gouvernements de soumettre la PESC et la JAI aux mécanismes habituels de la méthode communautaire : monopole d'initiative de la Commission, décision par le Conseil, contrôle par la Cour de justice<sup>20</sup>. Le maintien de quatre traités séparés – depuis l'Acte Unique Européen de 1986, qui loin d'unifier les trois communautés leur avait ajouté la Coopération politique sur la base de son titre III – et l'instauration d'une séparation organique entre la Communauté et l'Union européennes n'étaient que la conséquence, non la cause de ce choix. Ce dédoublement des traités et organisations, dont la complexité n'a jamais été niée, pouvait à la rigueur être justifié par une distinction radicale entre les deux logiques, communautaire et intergouvernementale – malgré le fait qu'elles aient toujours toutes deux été présentes dans la construction communautaire. Les modifications introduites par les traités d'Amsterdam et de Nice, les passerelles établies entre le TCE et le TUE et la soumission du domaine du charbon et de l'acier au droit commun du marché intérieur lorsque le traité CECA cessa d'être en vigueur le 21 juillet 2002, avaient progressivement supprimé les éléments susceptibles de justifier la complexité résultant de ce dédoublement.

11. La Convention a renversé le raisonnement tenu au moment de l'Acte Unique et du traité de Maastricht en partant de la question de la personnalité juridique, pour aboutir à l'unification du texte constitutionnel en un seul traité. La CIG de 2003-2004 a conforté ce raisonnement explicitement, en prenant pour base de travail le texte qui avait été transmis le 18 juillet 2003 par la Présidence de la Convention au Président en exercice du Conseil européen. La CIG a également renforcé ce raisonnement de façon implicite : les modifications qui ont été discutées dans le cadre de la CIG et qui revenaient parfois sur certaines avancées de la Convention – notamment en matière budgétaire et pour l'étendue de la procédure législative ordinaire – restaient toujours insérées dans une constitution et une Union européenne unifiées.

---

<sup>20</sup> Jusqu'au traité de Maastricht c'étaient les caractéristiques essentielles de la méthode communautaire ; ce n'est qu'avec le traité de Maastricht et surtout le traité d'Amsterdam que la notion de triangle institutionnel prend tout son sens, du fait du développement des pouvoirs de codécision du Parlement européen.

12. Les justifications à la suppression des piliers tiennent essentiellement à la volonté de renforcer le contrôle démocratique et juridictionnel de l'ensemble des politiques de l'Union, ce qui conduit à développer le rôle du Parlement européen et celui de la Cour de justice dans les matières des deuxième et troisième piliers. Ce développement n'empêche pas de maintenir des éléments de procédure distincts en matière de politique extérieure, de sécurité et de défense – comme il en va d'ailleurs dans la plupart des ordres constitutionnels des États membres. La logique du traité de Maastricht, qui prévoyait un socle institutionnel commun aux trois piliers, est enfin menée à son terme, car l'absence quasi-complète de compétences de la Cour de justice et du Parlement dans les matières des deuxième et troisième piliers n'a jamais pu être véritablement justifiée, même si elle s'explique facilement.

13. L'on peut certes arguer qu'en dehors du cadre institutionnel unique – qui est dans la droite ligne du traité de fusion des exécutifs de 1966 – rien n'oblige à fusionner en un traité les dispositions relatives à des politiques sectorielles différentes : la démarche communautaire a été précisément marquée par la succession des traités « fonctionnels » : CEE, CECA, CED, CEE et EURATOM, Titre III de l'Acte Unique européen, et enfin deuxième et troisième piliers de Maastricht. A l'inverse l'intégration de l'« acquis de Schengen » dans le TCE, réalisée par le traité d'Amsterdam, était justifiée par les problèmes croissants dus à la coexistence sur des bases juridiques distinctes du système Schengen et de la JAI. Plus fondamentalement, l'examen de la situation résultant de ce type de coexistence fonctionnelle fait apparaître des arguments techniques en faveur de la simplification, qui peuvent être ajoutés à l'argument politique de la lisibilité comme élément de démocratie : il suffit pour s'en persuader de prendre en considération les acrobaties auxquelles le Tribunal de Première Instance a dû procéder dans les affaires *Yusuf* et *Kadi*<sup>21</sup> pour trouver une base juridique à l'action de la Communauté en application des décisions du Conseil de Sécurité des Nations Unies et pour les soumettre à un minimum restreint de contrôle juridictionnel<sup>22</sup>. Loin d'être isolées, ces difficultés se retrouvent dans toute la jurisprudence relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>23</sup>.

14. Il convient de préciser que le maintien de cet aspect de l'acquis de la Convention ne nécessite pas formellement un traité unique tel que le traité constitutionnel : il ne s'agit pas ici de savoir – comme dans le cas de la partie III – s'il convient d'insérer dans un document unique des dispositions dont la position n'est pas nécessairement la même dans l'échelle des valeurs constitutionnelles. Il s'agit d'éviter au maximum d'une part les problèmes découlant de la juxtaposition de dispositions portant sur les mêmes questions institutionnelles et d'autre part de clarifier autant que faire se peut la délimitation des compétences d'attribution de l'Union européenne. C'est la raison pour laquelle le respect de l'acquis de la Convention et de la CIG en matière de

---

<sup>21</sup> Tribunal de Première instance, jugement du 21 Septembre 2005 dans les affaires jointes Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation T-306/01, Ahmed Kadi T-315/01.

<sup>22</sup> Voir notamment l'appréciation critique de D. Simon et F. Mariatte, « Le Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international », in *Europe*, Décembre 2005, pp.1-10.

<sup>23</sup> Voir notamment H. Labayle, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 42 (1), 2006, pp. 1-46.

simplification des traités n'est pas compatible avec la stratégie qui consisterait à progresser par la voie de nouveaux traités fonctionnels<sup>24</sup>.

## **2. L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution**

15. La protection des droits fondamentaux dans le cadre des perspectives sur l'avenir de l'Union fait l'objet d'un chapitre particulier<sup>25</sup>. Elle mérite néanmoins d'être abordée séparément sous son aspect simplification, au risque de quelques répétitions, car à mon sens, au-delà du contenu même de la Charte et de l'ouverture à la participation de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme, le principe de l'insertion de la Charte des droits fondamentaux de l'Union mérite d'être considéré comme l'un des acquis essentiels de la Convention.

16. Il est de bon ton parmi les spécialistes du droit communautaire de minimiser l'importance de la question de la portée obligatoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. C'était déjà le cas au lendemain de la proclamation de la Charte par les Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission au sommet de Nice de décembre 2000. Ce sera sans doute encore plus le cas après l'arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 27 juin 2006, dans l'affaire C-540/03, dans lequel la Cour se réfère pour la première fois officiellement à la Charte, et qui a été prononcé tout juste dix jours après que le Conseil européen ait décidé d'étendre la « période de réflexion » jusqu'au deuxième semestre 2008<sup>26</sup>. Il est tentant d'établir un lien entre la décision du Conseil européen du 16 juin et celle de la Cour du 27 juin, étant donné que par le passé des requérants avaient fréquemment invoqué la Charte sans être suivis par la Cour elle-même – contrairement à ses avocats généraux et au Tribunal de Première Instance. Avant de tirer des conclusions hâtives de cet arrêt, il est bon de souligner que dans l'affaire C-540/03 c'est le Parlement européen qui se référait à la Charte en tant que requérant privilégié dans le cadre d'un recours en annulation – alors que dans les autres cas il s'agissait le plus souvent de questions préjudicielles – et surtout que le Conseil, en tant que partie mise en cause, avait expressément fait valoir que la Charte n'était pas une source de droit Communautaire (point 34 de l'arrêt). Ceci ne laissait que très peu de marge de manœuvre à la Cour pour maintenir son silence à propos de la Charte. De plus il faut noter que le législateur communautaire s'était lui-même expressément référé à la Charte dans les considérants de la directive en cause dans cette affaire. Ce qui est plus important que la date de la décision de la Cour de justice est sans doute le fait que le recours avait été introduit le 22 décembre 2003 – dix jours après l'échec du Conseil européen, qui n'avait pas pu se mettre d'accord sur le projet de traité constitutionnel<sup>27</sup>.

17. Sous réserve des futurs développements de la jurisprudence, on peut remarquer que la Cour se réfère à la Charte au mieux en tant qu'expression de principes généraux

---

<sup>24</sup> V. Chapitre V, Partie II. + A VERIFIER

<sup>25</sup> V. Chapitre III, Partie II.

<sup>26</sup> V. Chapitre IV, Partie I, paragraphe 68.

<sup>27</sup> On remarquera de plus que les parties avaient développé leur argumentation pendant la période qui vit la clôture avec succès des travaux de la CIG, et pour l'essentiel avant les référendums en France et aux Pays-Bas, mais que l'audience eut lieu le 28 juin 2005 et les conclusions de l'avocate générale Kokott furent déposées le 8 septembre 2005.

du droit, au minimum à travers la référence qu'y fait le législateur communautaire, si bien qu'il s'agit par définition d'une reconnaissance de droits ayant une valeur inférieure à celle des traités institutifs. La jurisprudence de la Cour de justice vient ainsi plutôt confirmer la nécessité d'une incorporation de la Charte dans le traité constitutionnel, si l'on estime que les droits qu'elle consacrent doivent contrebalancer les autres principes du droit de l'Union, et notamment les « libertés fondamentales » auxquelles se réfère l'article I-4 et qui sont déjà – contrairement à la Charte – partie intégrante du TCE<sup>28</sup>.

### 3. La réorganisation des traités dans la partie III de la Constitution

18. Le troisième acquis de la Convention et de la CIG est la réorganisation du contenu des traités TUE et TCE telle qu'elle a été opérée sous l'égide du Praesidium, par le groupe d'experts du Parlement, du Conseil et de la Commission, dans la partie III de la Constitution<sup>29</sup>. Je crois être l'un des très rares auteurs à avoir écrit en faveur de la troisième partie<sup>30</sup>, et je reste convaincu de ce que j'indiquais dès 2003<sup>31</sup> (*je souligne*) :

« *L'impossible "table rase"* »

« Le remplacement d'une constitution par une autre, qui abroge la précédente est une opération fréquente. Dans bien des cas, il s'agit de réécrire un ancien texte dans un langage plus moderne. Dans d'autres cas l'opération est plus complexe, car elle correspond à un changement de régime. Certains pays ont saisi l'occasion 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. Dans le cas des Communautés et de l'Union, une telle solution était tout simplement impossible à retenir.

« Dans le cadre de la constitution d'un Etat 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. Un Etat unitaire comme la France a compétence, par définition, pour légiférer sur son territoire dans quelque domaine que ce soit. La seule question que la constitution peut vouloir 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 Etat unitaire devient un Etat fédéral, comme ce fut le cas par exemple de l'Autriche en 1920, 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 Etats fédérés, mais la législation peut continuer à subsister sans difficulté.

« *En vertu du principe d'attribution*, justement rappelé par le projet [*de la Convention*] à l'art. 9 par. 2, les Communautés et l'Union ne peuvent par contre légiférer que si une base

---

<sup>28</sup> Ce point de vue est amplement développé dans J. Ziller « L'Europe sociale dans la Constitution pour l'Europe », in *Droit Social*, n°2, février 2005, p. 188-199.

<sup>29</sup> V. Chapitre V, Partie I.

<sup>30</sup> J. Ziller, « La place du droit matériel dans le projet de Constitution : pourquoi une troisième partie ? », in A. Levade (sous la dir.), *La Constitution Européenne – Actes du Colloque de Paris des 3 et 4 juin 2004*, Bruylant, Bruxelles, à paraître – également publié par l'Institut Universitaire Européen, *Working paper Law* n° 2004/15.

<sup>31</sup> Le texte est extrait de la première édition de J. Ziller, *La nouvelle Constitution européenne*, Paris, La Découverte, 2004, p. (publié d'abord en italien dès le mois d'octobre 2003 sous le titre *La nuova Costituzione europea*, Bologne, Il Mulino, 2003, p.;

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 appliquer la législation et la réglementation déjà existantes de l'Union et des Communautés.*

« La Convention était donc placée devant un dilemme, qui a fait l'objet de travaux approfondis. L'objectif de clarification et de simplification 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"*. La Convention n'avait ni le mandat, ni la légitimité politique nécessaire à un réexamen complet de la répartition des différents domaines d'action entre le niveau européen et le niveau national. Tout au plus pouvait-elle proposer quelques aménagements marginaux. »

On peut ajouter<sup>32</sup> à ces arguments que le maintien du principe de l'applicabilité directe des dispositions des traités institutifs suffisamment claires et inconditionnelles passait également par le contenu de la partie III. Il convient néanmoins de préciser en quoi consiste l'acquis de la réorganisation des traités telle qu'elle a été opérée dans la partie III.

19. Un premier élément, qui va au-delà des simples conséquences de la suppression des piliers, est la réorganisation de l'ensemble du droit matériel selon une logique de la citoyenneté européenne, qui se manifeste en particulier par le plan de la partie III, fort différent de celui qui résulte des adjonctions successives de matières dans le traité de Rome. Cela se manifeste aussi par les changements opérés dans l'ordre des différentes dispositions reprises du TCE. Un exemple tout à fait typique en est le contenu du chapitre I *Marché intérieur*, où la libre circulation des personnes et des services précède désormais la libre circulation des marchandises. Cela ne change pas à première vue le contenu du traité du point de vue juridique, mais l'accent qui est ainsi mis sur la personne correspond à l'ordre des valeurs et objectifs de l'Union dans les articles I-2 et I-3, ce qui – en conjonction notamment avec la nouvelle clause sociale transversale de l'article III-117 – est susceptible d'influer sur l'action des institutions de l'Union, en particulier en termes de législation et de jurisprudence.

20. Le deuxième élément de l'acquis de la réorganisation dans la partie III est sans doute le plus visible : dans chaque base juridique, des conséquences sont tirées de la nouvelle nomenclature des instruments d'action de l'Union<sup>33</sup>. En l'occurrence l'acquis consiste moins dans les choix définitifs opérés par le Praesidium de la Convention lorsque différentes solutions s'offraient à lui, que dans l'identification des problèmes et options en présence. Une attention toute particulière mérite d'être accordée aux rapports

---

<sup>32</sup> Comme je l'ai fait dans l'article précité (V. *supra* note 30) et dans la deuxième édition – 2005 – de mon ouvrage précité (V. *supra* note 31).

<sup>33</sup> V. *infra* paragraphes n°s 22 et suivants.

établis par le groupe d'experts des trois institutions pour le Praesidium et au deuxième mandat de celui-ci<sup>34</sup>.

21. Le fait de considérer la réorganisation opérée dans la partie III comme un acquis n'empêche pas de se demander si cette troisième partie devait figurer dans le même traité que les trois autres, ou dans un autre traité, indissolublement lié à la Constitution, mais formellement distinct, comme cela avait d'ailleurs été proposé par le Vice-président Amato lors des travaux de la Convention, mais rejeté notamment par le gouvernement britannique.

22. Les considérations sur la longueur de la Constitution ne me paraissent pas déterminantes : l'on attribue souvent à Napoléon Bonaparte la considération selon laquelle « il faut qu'une constitution soit courte » ; c'est en réalité Daunou, qui rédigea pour Bonaparte la Constitution du Consulat, de décembre 1799, et qui intervint dans le débat ouvert par Joseph Bonaparte (qui présentait la Constitution du Consulat) en disant « il faut qu'une constitution soit courte et obscure »<sup>35</sup>. On ne saurait mieux dire que la simplification et la clarification ne passent pas nécessairement par la réduction quantitative d'un texte, bien au contraire. Réclamer un texte constitutionnel court « que les peuples puissent aimer » est à mon sens retomber dans les errements du fonctionnaliste élitiste des années cinquante, car cela revient à laisser aux spécialistes et en particulier aux juridictions le soin de clarifier ce qui est obscur. L'on peut ajouter que si par exemple la Constitution des États-Unis de 1787 est particulièrement courte et n'a que très peu été amendée, ce n'est pas dû à sa clarté, mais à la difficulté qu'il y a à la réviser, et que la plupart des constitutions récentes sont plutôt longues et détaillées, en particulier celles des États à caractère fédéral – comme par exemple la constitution autrichienne et la constitution belge, dont la longueur s'accroît à l'occasion de chaque révision du simple fait que l'on tente d'y préciser la répartition des compétences. Enfin on peut ajouter que la longueur de la Constitution n'a pas empêché le vote favorable de la majorité des électeurs Luxembourgeois et de la majorité des votants en Espagne.

23. La vraie question est celle de savoir si les dispositions qui figurent dans la troisième partie sont de nature constitutionnelle de par leur généralité, ce qui est en effet discutable tant pour certains détails institutionnels que pour nombre des bases juridiques qui ont été insérées dans les traités institutifs à partir de l'Acte Unique Européen<sup>36</sup>. Ce ne serait pas une opération compliquée que de séparer le traité constitutionnel en deux textes distincts<sup>37</sup>. Mais l'on a absolument besoin du contenu de la partie III dans un instrument juridique contraignant pour les institutions de l'Union comme pour les États membres, pour toutes les raisons qui ont été mentionnées précédemment<sup>38</sup>, sans quoi la première partie actuelle du traité constitutionnel serait un

---

<sup>34</sup> V. Chapitre V, Partie I, Section III, 2

<sup>35</sup> Et ce que l'on oublie de dire, c'est que dans le même débat, à la question sur ce qu'il y avait dans cette constitution « courte et obscure » Joseph Bonaparte répondit : « Il y a Bonaparte [Napoléon] ». Bien que les partisans du « non de gauche » n'aient eu de cesse de parler de « Constitution Giscard » il serait tout à fait faux de dire que « dans le traité constitutionnel il y a Giscard d'Estaing »... (V. Chapitre II, Partie I).

<sup>36</sup> V. *infra* paragraphe n° 27.

<sup>37</sup> V. *infra* paragraphe n° 40.

<sup>38</sup> V. *supra* paragraphe n° 18.

simple instrument déclaratoire ou bien deviendrait du jour au lendemain une constitution de type fédéral, ne répartissant les compétences que selon les catégories très génériques de la partie I. Même si l'on imagine pouvoir se passer un jour du contenu de la troisième partie, l'on en aurait besoin comme texte de transition de l'ancien système au nouveau.

#### **4. La nouvelle nomenclature des instruments juridiques de l'Union**

24. Le quatrième acquis du traité constitutionnel, du point de vue de la simplification et de la clarification de l'ordre juridique de l'Union européenne, est constitué par les changements dans la nomenclature des instruments juridiques et des procédures d'adoption. Ici encore, comme pour la Charte, il est de bon ton parmi les juristes de souligner un certain nombre d'aspects plutôt cosmétiques de ces modifications, parfois réduits à des changements d'appellation (loi et loi-cadre au lieu de règlement et directive...) Les chapitres de la Ière partie consacrées à la simplification des traités, au système décisionnel et aux finances de l'Union mettent particulièrement bien en lumière la complexité actuelle des instruments normatifs et de décision de la Communauté et de l'Union ainsi que les progrès achevés par la Convention et heureusement maintenus par la CIG en la matière.

25. Un premier acquis, lié en partie à la suppression des piliers, est la réduction du nombre d'instruments. Il s'agit de pousser à son extrémité logique l'évolution amorcée par le traité d'Amsterdam en remplaçant notamment les conventions du Conseil par des décisions-cadres. Malgré les efforts accomplis par la Cour de justice pour rapprocher le régime des décisions-cadres de celui de la directive<sup>39</sup> – efforts auxquels on peut à juste titre objecter qu'ils s'écartent de la volonté explicite des États membres, même si cette dernière est difficile à justifier – la décision-cadre reste un instrument fort distinct de la directive. Dès lors que l'on estime que la suppression des piliers est un progrès important pour l'Union, il faut en tirer les conséquences, qui conduisent à la réduction du nombre d'instruments.

26. Un deuxième acquis, essentiel à mon avis, bien que contesté par nombre de commentateurs, est la distinction entre actes législatifs et actes non législatifs. Il s'agit d'une distinction étrangère au système communautaire, qui offrait depuis le traité CECA une nomenclature reposant sur la différence d'intensité des instruments en termes d'applicabilité directe, et non pas sur l'organe qui l'adoptait. Le traité de Maastricht avait déjà introduit la notion de législateur communautaire à l'article 151 TCE (devenu 207) § 3<sup>40</sup>. Il ne s'agit toutefois pas là d'une définition générale et absolue

---

<sup>39</sup> Voir notamment H. Labayle, *RTDE*, précité, 2006.

<sup>40</sup> « [...] Aux fins du présent paragraphe, le Conseil détermine les cas dans lesquels il doit être considéré comme agissant en sa qualité de législateur afin de permettre un meilleur accès aux documents dans ces cas, tout en préservant l'efficacité de son processus de prise de décision. En tout état de cause, lorsque le Conseil agit en sa qualité de législateur, les résultats et les explications des votes, ainsi que les déclarations inscrites au procès-verbal, sont rendus publics ». Cette disposition du traité est mise en œuvre par le règlement intérieur du Conseil qui donne la définition suivante à l'article 7 : « Le Conseil agit en sa qualité de législateur au sens de l'article 207, paragraphe 3, second alinéa, du traité CE lorsqu'il adopte des normes juridiquement obligatoires dans ou pour les États membres, par des règlements, des directives, des décisions-cadres ou des décisions sur la base des dispositions pertinentes des traités, à l'exclusion des délibérations conduisant à l'adoption de



de la notion de législation communautaire, ni même de celle de Conseil agissant en qualité de législateur, mais d'une définition fonctionnelle, ayant pour objet de permettre un tri entre les actes auxquels s'applique le droit d'accès aux documents du Conseil et ceux auxquels il ne s'applique pas. Il s'agissait d'une logique toute différente de la logique de la Constitution, qui oppose le législateur à l'exécutif comme le font de nombreuses constitutions nationales – lesquelles reposent également sur l'opposition implicite ou explicite entre la loi formelle, qui est adoptée par le parlement, représentant du peuple, ou par les électeurs eux-mêmes par voie référendum, et la loi matérielle qui est caractérisée par sa nature générale et impersonnelle. Ce changement de nomenclature répond au mandat de Laeken en matière de simplification, en ce qu'il rend la nomenclature des instruments communautaires plus intelligible à ceux des citoyens qui sont familiers de la nomenclature constitutionnelle nationale. Il en résulte d'importantes conséquences sur le champ et le nombre des actes à inclure dans la notion d'acte législatif, en particulier si l'on tient compte du fait que les protocoles n° 1 et 2 sur le rôle des parlements nationaux et sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité reposent précisément sur le principe que les Parlements nationaux exercent leur contrôle lors de l'élaboration des actes législatifs. Il y a de ce fait un lien entre la clarification des actes de l'Union et la clarification de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres<sup>41</sup>.

27. Le troisième acquis essentiel – et quant à lui incontesté – de la Constitution en matière de clarification des instruments et de simplification des procédures de décision, est la réorganisation de la procédure budgétaire. Comme le fait très bien ressortir le chapitre de Maria José Iglesias Martínez consacré aux finances de l'Union<sup>42</sup>, la Convention n'a pas pu procéder au seul changement qualitatif considérable que nécessite le système budgétaire actuel de l'Union, à savoir donner aux institutions de l'Union la maîtrise de ses ressources. Le déroulement de la CIG et peut-être plus encore les difficultés auxquelles a donné lieu l'adoption des nouvelles perspectives financières pluriannuelles de l'Union en 2005-2006 rappellent à qui serait tenté de l'oublier que les États membres, et en particulier les plus grands États membres et les contributeurs nets au budget de l'Union, ne sont pas prêts à accepter un changement en la matière. Reste donc le travail fait par la Convention, qui a enfin permis d'abolir l'absurde distinction entre dépenses obligatoires et dépenses non obligatoires sur laquelle repose la procédure budgétaire du TCE, ainsi qu'à rationaliser et démocratiser la procédure budgétaire dans son ensemble. Il me paraît en particulier que tous ceux qui insistent sur la nécessité d'une « Europe des résultats » devraient comprendre que cette dernière passe au minimum par la réforme de ses instruments budgétaires.

## **5. La nomenclature des compétences**

28. L'un des aspects marquants du mandat de Laeken était l'insistance mise sur la nécessité de clarifier la répartition des compétences entre les États membres et l'Union. Encore une fois, comme pour la nomenclature des instruments, il est de bon ton de

---

*mesures d'ordre intérieur, d'actes administratifs ou budgétaires, d'actes concernant les relations interinstitutionnelles ou internationales ou d'actes non obligatoires (tels que conclusions, recommandations ou résolutions)».*

<sup>41</sup> V. *infra* paragraphe n°s 28 et suivants.

<sup>42</sup> V. Chapitre XVI, Partie I.

souligner le fait que la Convention a fort peu innové en la matière. La lecture du rapport du groupe de travail *Compétences complémentaires* dirigé par Henning Christophersen, et bien évidemment celle du chapitre d'Hervé Bribosia sur la subsidiarité et la répartition des compétences<sup>43</sup>, fait clairement ressortir les contraintes politiques et techniques auxquelles devait faire face la Convention. La prise en compte de ces contraintes, et en particulier les revendications contradictoires entre la volonté de renforcer l'efficacité de l'action de l'Union et surtout la pertinence de cette action pour les citoyens européens d'une part, et celles réclamant de limiter l'intervention des Institutions de l'Union dans les champs de compétences de ses Etats membres d'autre part, permettent une lecture positive du résultat des travaux de la Convention. Cela conduit à une appréciation à l'inverse des critiques souvent adressées au texte constitutionnel, selon lesquelles la nomenclature des compétences des articles I-11 à I-18 serait peu innovante, insuffisamment claire et pour tout dire inutile.

29. En premier lieu, un acquis essentiel du traité constitutionnel est d'avoir défini des concepts du droit communautaire sur lesquels la jurisprudence et la doctrine sont loin d'être unanimes, à savoir celles de compétences exclusives et de compétences partagées. En ce qui concerne la notion de compétence exclusive, la Convention a tranché entre ceux qui estiment qu'elle doit s'appliquer à des champs bien définis – qui doivent donc être énumérés dans la Constitution – et ceux qui estiment qu'elle est évolutive, incluant la notion de préemption qui ne permettrait pas de retour sur les choix exercés par le législateur de l'Union en matière de compétences. Le choix de la Convention est cohérent : d'une part en ce qu'il tire les conséquences du fait que le principe de subsidiarité s'applique – depuis le traité de Maastricht qui l'a consacré de manière générale – à l'exercice et non pas à la répartition des compétences, conformément d'ailleurs à la nature dynamique de ce principe qui a été réaffirmée par le protocole sur la subsidiarité annexé au traité d'Amsterdam. D'autre part, dès lors que la définition des compétences partagées permet au législateur communautaire de faire diminuer l'intensité de son action dans un domaine, en passant par exemple d'une harmonisation complète à une harmonisation des principes assortie de reconnaissance mutuelle, il est logique que la compétence à laquelle correspond cette action ne soit pas définie comme exclusive. De ce fait la définition des compétences partagées correspond en effet aux nécessités et à la pratique communautaires. On peut à ce sujet regretter que le texte allemand de la Constitution n'ait pas repris la notion de « *konkurriende Gesetzgebung* » de la Loi fondamentale allemande, qui correspond pourtant parfaitement à la notion de « compétence partagée » telle qu'utilisée dans la Constitution, ce dont témoigne d'ailleurs l'utilisation à juste titre dans le texte italien, du terme « *concorrente* ». Cela est sans doute dû à la confusion trop souvent faite en langue française par l'emploi du terme « concurrente » qui évoque la compétition, plutôt que celui de « conjointe » qui est la traduction correcte du terme allemand « *konkurrierend* ». Il n'en reste pas moins que si le vocabulaire de certaines versions linguistiques laisse à désirer, le concept de la Constitution est le bon, en ce qu'il s'oppose clairement à celui de compétences exclusives, et surtout en ce qu'il correspond le mieux à l'objectif de respect mutuel entre l'Union et ces Etats membres rappelé par l'article I-5.

---

<sup>43</sup> V. Chapitre XI, Partie I.

30. En deuxième lieu, on peut estimer qu'il y a un acquis essentiel de la Constitution dans la distinction entre les notions de compétence (utilisées à la Partie I, Titres III et V), d'action (utilisée en particulier à l'article I-18 *Clause de flexibilité*) et de base juridique (insérées dans la Partie III).

31. Le traité de Rome utilisait à dessein, plutôt que le concept de compétence, la notion d'action – au singulier en français, ce à quoi correspond bien l'utilisation du pluriel « *actions* » en anglais, bien que de nombreux lecteurs non anglophones en déduisent à tort qu'action est synonyme de compétence. La notion d'action appelle celle d'intensité, sur laquelle se fonde la nomenclature des instruments communautaires, opposant le règlement – d'application directe – à la directive, nécessitant transposition. Cette distinction claire entre instruments sur la base de leur intensité a été érodée par les institutions : par la Commission, le Conseil et le Parlement qui formulent des textes de directives ne laissant guère de marge de manœuvre pour l'action des Etats membres ; par la Cour de justice qui a développé la théorie de l'effet direct des directives.

32. La notion d'exclusivité quant à elle correspond à celle de compétence telle qu'elle est utilisée aussi bien en droit international public qu'en droit constitutionnel. La Cour de justice a repris cette notion d'exclusivité dans sa jurisprudence, introduisant ainsi dans le droit communautaire une conception qui est étrangère à la logique des traités originaires. Le fait même qu'il puisse y avoir doute sur l'exclusivité ou non d'un pouvoir d'action de la Communauté ou de l'Union, même lorsque les bases juridiques du TCE – et à présent du TUE – sont aussi explicites que possible, montre bien que la notion de base juridique ne correspond pas bien à celle de compétence.

33. L'on sait en effet qu'en droit communautaire une base juridique contient trois éléments : l'indication du champ matériel de l'action communautaire – correspondant à la notion de compétence –, celle des instruments qui peuvent être utilisés – liée en principe à l'intensité de l'action : règlement, directive, décision etc.–, et celle de la procédure de décision – unanimité ou majorité qualifiée dès le traité de Rome, codécision ou consultation à partir du traité de Maastricht. L'évolution de la teneur des bases juridiques engagée avec l'Acte Unique Européen, qui permettait le choix entre règlement et directive pour l'harmonisation législative dans la perspective du marché intérieur<sup>44</sup>, évolution poursuivie avec les nouvelles bases juridiques des trois différents piliers, introduites successivement par les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice, a contribué à profondément changer la nature des dispositions servant de base juridique. Au lieu d'instruments définissant de manière très générale le champ de l'action, précis et ne laissant pas d'alternative en matière d'intensité de l'action et de procédure de décision, les nouvelles bases juridiques contiennent des objectifs de politiques et des possibilités de choix entre divers instruments et procédures de décision. Les bases juridiques nouvelle manière ressemblent de plus en plus par leur formulation à des lois programmatiques telles qu'elles sont utilisés dans les Etats membres.

34. La distinction entre les compétences – énumérées en termes généraux dans la partie I – et les bases juridiques précisées dans la partie III sont dans cette perspective un acquis essentiel en termes de constitutionnalisation. En utilisant le terme de

---

<sup>44</sup> L'article 100A utilisait le terme de « mesures » alors que l'article 100, qui datait du traité de Rome, imposait le choix de la directive comme instrument d'harmonisation.

compétences et non plus celui d'action pour la première partie, la Convention a choisi – de façon sans doute inconsciente – de passer d'une logique de l'action à une logique de la compétence. La nomenclature des instruments juridiques, basée sur l'auteur de l'acte et non plus sur son intensité comme en droit communautaire classique, est parfaitement cohérente avec ce choix : la notion de compétence est directement liée à celle de titulaire d'un pouvoir ou d'auteur d'un acte, alors que l'intensité de l'action lui est étrangère. La nomenclature de la première partie étant basée sur la notion de compétence permettrait également à l'avenir une plus grande flexibilité dans la définition des politiques et instruments d'action de l'Union, dès lors que serait facilitée la modification du contenu de la partie III – comme ce fut acquis en partie au conclave de Naples du 29 novembre 2003. Il est plus que vraisemblable que les juristes britanniques conseillers du gouvernement Blair en étaient conscients et que c'est là l'une des raisons essentielles qui expliquent l'opposition de ce gouvernement à la séparation du traité constitutionnel en deux.

### **III. LE MAINTIEN DE L'ACQUIS DE LA CONVENTION FACE AUX SCÉNARIOS POUR L'AVENIR DE LA CONSTITUTION**

35. Les considérations qui viennent d'être présentées apparaissent évidemment à première vue comme un plaidoyer pour le *statu quo*, en particulier si l'on met en balance d'un côté les Etats membres où la ratification a déjà été autorisée, sur la base d'un débat parlementaire et parfois d'un référendum (en Espagne et au Luxembourg) et de l'autre la France et les Pays-Bas, où il est difficile d'individualiser les points sur lesquels s'est focalisé le refus de la majorité des votants. En fait le maintien des acquis ne passe pas nécessairement par la ratification du texte du traité du 29 octobre 2004 en l'état : la question qui se pose est de savoir quels sont les scénarios qui permettent de maintenir ou d'améliorer ces acquis et quels sont les scénarios qui comportent le risque de perdre ces acquis en cours de route ?

36. Le scénario le plus contraire au maintien des acquis en matière de simplification et de rationalisation est clairement celui du traité fonctionnel limité à un nouveau secteur de politiques<sup>45</sup>. Non seulement ce scénario ne reprend pas l'acquis du traité constitutionnel, mais encore il conduit probablement à rendre encore plus complexe et incohérente qu'elle ne l'est actuellement la situation des traités institutifs, en retournant à la situation préalable à l'intégration de l'acquis de Schengen dans le TCE et à la fin de la CECA. Pour qu'il en aille autrement, il faudrait reprendre la technique de l'Acte Unique Européen et du traité de Maastricht, consistant à mettre dans le même document les dispositions nouvelles nécessaires à l'établissement de la politique que les Etats membres souhaitent développer et les révisions des traités existants, dont la pratique a démontré la nécessité, même lorsque ces révisions sont sans lien avec le nouveau contenu fonctionnel. Mais on sort alors précisément du « petit » traité fonctionnel. Le même raisonnement peut être tenu à propos d'un « petit traité institutionnel » dès lors qu'il irait plus loin que le traité de fusion des Communautés de 1965 ; qui plus est, l'un des aspects essentiels de la réforme institutionnelle dans le traité constitutionnel est

---

<sup>45</sup> V. *supra* paragraphes n° 13 et 14.

précisément la nouvelle nomenclature des actes, liée à la réforme de la procédure législative et aux protocoles n°s 1 et 2.

37. D'autres scénarios sont toutefois possibles, qui permettraient de maintenir l'acquis tout en répondant aux critiques qui se sont exprimées à l'occasion des débats de ratification et en particulier lors du débat référendaire français. Deux sortes de critiques ont été avancées contre le traité constitutionnel, pendant la campagne référendaire comme dans les réponses aux sondages et le cas échéant lors des débats qui ont pu suivre dans d'autres pays que la France et les Pays-Bas. Des critiques de fond d'un côté, qui concernent essentiellement la crainte que la Constitution européenne puisse être la cause directe ou indirecte de pertes d'emploi ou d'une diminution de la protection sociale, et d'une perte d'autonomie ou de souveraineté des gouvernements et parlements nationaux. Des critiques de forme de l'autre, qui portent sur la longueur et à la complexité du texte constitutionnel<sup>46</sup>.

38. La réponse aux critiques de fond se trouve le plus souvent dans celles des dispositions du traité constitutionnel qui innovent par rapport aux traités actuellement en vigueur : dans la transformation de la Charte en instrument juridiquement obligatoire, dans les droits sociaux fondamentaux de la deuxième partie, dans la clause sociale transversale de l'article III-117, dans le rééquilibrage des pouvoirs entre Parlement européen et Conseil, dans l'affirmation du respect par l'Union de la diversité de ses Etats membres et l'organisation nouvelle des relations entre ses institutions et les parlements nationaux ainsi que les autorités régionales et locales. Ces dispositions pourraient faire l'objet d'une déclaration du Conseil européen, ou de tout autre acte solennel qui marquerait la priorité d'une interprétation de la Constitution favorable au développement de l'emploi et de la protection sociale. Il paraît en effet beaucoup plus réaliste de chercher une formulation acceptable par tous les gouvernements des 27 pour une déclaration solennelle, qui ne serait pas dépourvue d'effets puisqu'elle orienterait les interprétations futures du traité constitutionnel par les institutions de l'Union, que d'espérer que de nouveaux chapitres de politique sociale puissent être ajoutés à la Constitution, et encore moins que la formulation de ce qui fait le coeur du marché intérieur (autrefois marché commun) depuis le 1er janvier 1970, fin de la période de transition prévue par le traité de Rome, puisse être remis en cause. C'est une solution du même type qui avait été adoptée pour répondre aux craintes des électeurs Danois en 1992<sup>47</sup> : loin d'accorder des dérogations nouvelles au Danemark, comme on le dit trop souvent, le Conseil européen d'Edimbourg n'avait fait que répéter d'une part solennellement, par l'effet d'une « Décision » des chefs d'Etat et de gouvernement, ce qui avait déjà été accordé au Danemark dans le traité de Maastricht, et d'autre part expliciter les dispositions déjà insérées dans le traité CEE en 1986 par l'Acte Unique Européen, à l'article 100 A paragraphes 3 et 4<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Je reprends ici et aux paragraphes 38 à 42, une argumentation d'abord développée dans J. Ziller, « La Constitution pour l'Europe, parlons-en ! » in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n° 496, 2006, pp. 145 et suivantes, où sont également discutées les possibilités constitutionnelles correspondant à un tel scénario pour la ratification en France.

<sup>47</sup> V. Chapitre IV, paragraphe n° 5, Partie I.

<sup>48</sup> Selon ces dispositions, le traité « ne fait pas obstacle au maintien et à l'établissement par un Etat membre de mesures de protection renforcées compatibles avec le traité instituant la Communauté européenne [...] dans le domaine des conditions de travail et de la politique sociale, [...] en vue d'atteindre un niveau élevé de protection des consommateurs [...] en vue de réaliser les objectifs en

39. Toute tentative de réponse aux critiques de forme doit tenir compte d'une contrainte particulière : le traité constitutionnel est rédigé en vingt et un langues officielles – sans compter les versions bulgare et roumaine qui seront nécessaires après le prochain élargissement. Cela réduit d'autant l'intérêt et les possibilités qu'il y aurait de chercher à formuler différemment certaines dispositions, sans compter que l'essentiel du texte figurant dans la troisième partie de la Constitution est repris mot à mot des traités actuellement en vigueur et que c'est la raison pour laquelle elles n'ont pas fait l'objet de discussions qui risquaient de prolonger indéfiniment les négociations.

40. La solution consistant à séparer la troisième partie de la Constitution des autres dispositions paraît dès lors la plus simple. Il pourrait ainsi y avoir d'un côté un premier traité, contenant les parties I, II et IV du texte actuel, et de l'autre un second traité contenant le texte de la partie III. Pour marquer la valeur symbolique différente de ces deux traités, le premier pourrait garder le titre de Constitution pour l'Europe et le second avoir un titre différent tel que traité d'application de la Constitution pour l'Europe, ou traité fondamental entre autres possibilités. Les seuls changements de formulation à opérer consisteraient à systématiquement remplacer les renvois à des articles de la partie III opérés dans la première et la dernière partie de la Constitution par des références aux articles du second traité, et inversement. Cette modification pourrait être réalisée au moyen d'un protocole extrêmement court : un premier article séparant le texte du traité constitutionnel en deux traités différents, un deuxième article précédant aux changements de numérotation pertinents, auquel serait joint en annexe une formulation révisée de la partie IV<sup>49</sup>, et un troisième prévoyant que les deux traités entreraient en vigueur une fois déposés l'ensemble des instruments de ratification (traité constitutionnel et protocole pour les États ayant déjà ratifié le traité constitutionnel, premier et second traité ainsi que protocole pour ceux qui ne l'ont pas encore fait). Pour tous les pays où la procédure de ratification a déjà eu lieu, il serait facile d'organiser en assez peu de temps une nouvelle procédure d'autorisation de ratifier ce protocole, qui ne nécessiterait aucun débat sur le fond, puisqu'il ne changerait rien à la nature des obligations souscrites par les États membres. C'est d'ailleurs une procédure du même type qui a été utilisée par exemple pour tenir compte du refus des électeurs norvégiens d'intégrer la Communauté et l'Union européennes en 1972 et en 1994<sup>50</sup>. Les pays n'ayant pas encore terminé leur procédure de ratification, ratifieraient le protocole ainsi que le premier et le deuxième traité – le cas échéant à des moments et par des

---

matière de protection de l'environnement » qu'il « permet[tent] à chaque Etat membre de mener sa propre politique en matière de répartition des richesses et de maintenir ou d'améliorer les prestations sociales »

<sup>49</sup> Les articles IV-443 à IV-445 ainsi que IV-447 nécessitent une réécriture qui va au-delà des changements de numérotation, et un article supplémentaire relatif à l'articulation entre les deux traités serait également nécessaire. Il faudrait bien entendu également adapter l'Acte final, ce qui est une opération un peu plus complexe du point de vue quantitatif.

<sup>50</sup> Les traités d'adhésion ont toujours été rédigés pour l'ensemble des nouveaux États adhérents, et non pour chaque Etat adhérent séparément. Le premier traité d'adhésion était ainsi un traité entre les six États fondateurs d'une part, le Danemark, l'Irlande, la Norvège et le Royaume-Uni d'autre part. Après le référendum négatif en Norvège il a donc fallu conclure un nouveau traité (dénommé protocole) entre les mêmes États, rendant caduques toutes les dispositions applicables à la Norvège, formalité qui a été très rapide à mettre en œuvre du fait qu'aucun des États concernés ne considérait les adhésions des quatre pays candidats comme indissociables. Bien entendu la ratification de ce protocole conditionnait l'entrée en vigueur du traité d'adhésion modifié.

procédures différentes (référendaire pour le premier traité, parlementaire pour le second par exemple). La procédure de ratification dans les 25 États membres n'aurait donc pas besoin d'être reprise dans sa phase initiale.

41. Une critique majeure peut évidemment être adressée à une telle opération de scission : celle de n'être qu'une opération de maquillage. Il serait possible et peut-être souhaitable du point politique, d'assortir la scission du traité en deux d'un traité supplémentaire opérant des adjonctions de fond aux deux traités résultant de la scission, mais cette solution aurait l'inconvénient de rendre à nouveau complexe la structure des traités institutifs.

42. Une solution plus complexe et surtout plus longue, car elle nécessiterait la négociation d'un nouveau texte, est envisageable pour maintenir l'acquis du traité constitutionnel et même aller au-delà. Il s'agirait dans un premier temps d'adopter un traité reprenant le texte des parties I, II et IV, dans lequel les renvois à la partie III qui figurent dans le traité constitutionnel seraient remplacés par des renvois à un second traité à rédiger. Ce premier traité serait assorti d'un protocole établissant les objectifs, et surtout les délais et procédures de décision d'une Convention et/ou d'une CIG chargée de reprendre la partie III du traité constitutionnel pour l'améliorer et la simplifier encore, en y ajoutant si nécessaire certains éléments de fond sur lesquels les États membres seraient d'accord. Ce protocole prévoirait également les échéances et la méthode de révision du premier traité lui-même afin de rendre l'ensemble cohérent et opérationnel. Dans cette hypothèse, le premier traité entrerait en vigueur avant le second et devrait contenir des dispositions transitoires précises permettant l'entrée en vigueur immédiate de la Charte, des changements institutionnels et des éventuelles dispositions matérielles auto-suffisantes de la partie I, et qui subordonneraient par contre l'entrée en vigueur d'autres changements, au premier rang desquels la nouvelle nomenclature des actes, à l'entrée en vigueur du second traité. L'abrogation complète du TUE et du TCE serait également subordonnée à l'entrée en vigueur de ce second traité, et le protocole devrait contenir une disposition d'ordre général selon laquelle les dispositions immédiatement applicables du premier traité sont considérées comme se substituant aux dispositions correspondantes du TUE et du TCE. Ce serait évidemment un dispositif compliqué, susceptible de générer un contentieux abondant si la période de transition devait durer trop longtemps.

43. La dernière solution pour maintenir l'acquis consisterait à convoquer une nouvelle CIG avec un mandat précis et limité dans le temps, pour écrire les deux nouveaux traités en prenant comme base de négociation le traité constitutionnel du 29 octobre 2004. Il s'agirait d'une solution plus simple et plus élégante que la précédente, mais peut-être moins rassurante pour ceux des États membres qui ont déjà ratifié le traité constitutionnel. Le point commun entre cette solution et la solution précédente<sup>51</sup> est qu'elle permettrait d'aller au bout du travail de simplification et de rationalisation entrepris par la Convention européenne et par la CIG de 2003-2004 en adoptant des solutions supplémentaires pour les « laissés pour comptes » de cette opération de simplification.

---

<sup>51</sup> V. *supra* paragraphe n° 42.

#### **IV. LES LAISSÉS POUR COMPTE**

44. L'appréciation émise par Valéry Giscard d'Estaing au moment de l'adoption des deux premières parties de la Constitution « imparfaite mais inespérée » faisait déjà ressortir que le travail de la Convention n'était pas allé aussi loin que certains auraient pu le souhaiter, faute de temps d'une part, faute de consensus suffisant de l'autre. La même appréciation peut être faite du texte signé à Rome le 29 octobre 2004. A supposer qu'un nouveau travail s'engage sur la base du traité constitutionnel signé alors, le temps supplémentaire ainsi dégagé, et le consensus que l'on pourrait espérer trouver au moins sur les questions ayant trait à la simplification, pourrait permettre d'améliorer la rédaction du traité constitutionnel là où elle le mérite et d'aller plus loin que la Convention et la CIG là où c'est possible.

##### **1. Améliorer la rédaction**

45. La qualité de la rédaction du traité constitutionnel est à mon avis bien supérieure à celle des traités de Nice, d'Amsterdam et de Maastricht, et ceci mérite d'autant plus d'être souligné qu'il s'agit d'un traité à vingt-cinq États membres – dix de plus que pour ceux de Nice et d'Amsterdam, treize de plus que pour celui de Maastricht. L'étude approfondie du texte – même en alors qu'il n'est pas encore applicable – fait ressortir qu'il reste susceptible d'améliorations dans le sens de la simplification et de la clarification, et ce dans trois directions.

##### *A. Comblent les lacunes et supprimer les répétitions*

46. Bien des écrits relatifs au traité constitutionnel pointent du doigt telle ou telle lacune, comme le font d'ailleurs nombre de chapitres de la première partie de cet ouvrage. Il est toutefois difficile d'indiquer avec certitudes les lacunes graves, qui risquent de nuire à la cohérence du texte, et qui pourraient être facilement comblées. C'est le cas d'éventuelles lacunes qui ne résulteraient pas d'une abstention volontaire des rédacteurs, préférant laisser sans solution immédiate des problèmes dont ils étaient pourtant conscients, mais simplement de l'absence de conscience de l'existence d'une telle lacune. Il faut néanmoins souligner que dès lors que le traité constitutionnel serait scindé<sup>52</sup>, une série de lacunes résulteraient automatiquement du fait que certaines dispositions se retrouvent dans la troisième partie bien qu'absentes de la première. Le cas le plus évident est peut-être celui des accords internationaux, qui ne figurent pas à l'article I-33 *Les actes juridiques de l'Union*, mais se retrouvent dans nombreuses dispositions de la troisième partie. C'est dire que la scission du traité, si elle va au-delà d'une simple opération de forme, devrait s'accompagner d'un inventaire précis des clauses qui devraient être reprises de la partie III.

47. Un tel inventaire poserait notamment le problème de la place des clauses transversales des articles III-115 à III-122 (dispositions d'application générale) et III-424 à III-436 (dispositions communes). Il ne faut pas se faire d'illusion sur la facilité de l'exercice en question, en particulier pour les « dispositions communes », qui peuvent

---

<sup>52</sup> V. *supra* paragraphes n°s 40 à 43.



paraître secondaires à certains États membres alors qu'elles sont fondamentales pour d'autres. Ce problème est particulièrement bien illustré par l'article III-424, dont le texte reprend le contenu de l'article 299 § 2 TCE, consacré aux régions ultrapériphériques (RUP). Il s'agit de dispositions d'importance politique fondamentale pour l'Espagne, la France et le Portugal, qui disposent de territoires entrant dans la catégorie des RUP, et d'un certain intérêt pour le Danemark, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, qui disposent quant à eux de territoires entrant dans la catégorie des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) dont le régime est tout à fait distinct de celui des RUP, mais qui sont soumis à des contraintes géographiques, sociales et économiques comparables. Pour les vingt-et-un autres États membres (après l'élargissement à la Bulgarie et la Roumanie), il s'agit sans doute des dispositions d'ordre mineur du fait qu'ils ne disposent d'aucun territoire susceptible d'entrer dans l'une ou l'autre catégorie. En cas de scission, le contenu de l'article III-424 devra-t-il figurer dans le premier traité ou dans le second ?

48. Bien des critiques du traité constitutionnel portent sur les répétitions qu'il contient, en particulier entre des dispositions des première, deuxième et troisième parties. Il peut toutefois s'avérer difficile de distinguer entre les répétitions inutiles, qui devraient donc être supprimées, et les répétitions utiles du fait qu'elles sont par elles-mêmes susceptibles de produire un effet juridique souhaité par les États membres. C'est en particulier le cas des répétitions entre des dispositions de la Charte et la troisième partie, et parfois même entre la Charte et la première partie. Il y a même des répétitions entre les trois parties, comme c'est le cas par exemple des dispositions sur la transparence, qui figurent dans des termes similaires, mais pas absolument identiques, aux articles I-50, II-102 et III-399. La réaction immédiate devant de telles répétitions est de dire « A quoi bon ? ». Toutefois en examinant ces dispositions plus attentivement, il apparaît que si l'on retrouve des dispositions relatives au même droit ou au même principe dans la première partie, dans la Charte et dans la troisième partie c'est peut-être parce que ce droit ou principe est particulièrement important. Il convient dès lors de faire non seulement un recensement de ces répétitions, mais surtout de poser la question de leurs conséquences et de leur signification, dans chacun des cas où elles se présentent, afin de prendre la décision la plus appropriée quant à leur maintien ou à leur suppression et surtout quant à l'endroit où la disposition maintenue devrait figurer. Là aussi la scission en deux du traité constitutionnel ne manquerait pas de faire surgir nombre de problèmes parfois ardues, comme pour les clauses horizontales.

#### *B. Préciser les formulations juridiques*

49. Nombre de formulations juridiques imprécises persistent dans le traité constitutionnel, qu'elles soient nouvelles comme dans les articles consacrés à la PESC, ou qu'elles soient héritées des traités précédents. Tout comme pour les lacunes et les répétitions, il serait nécessaire de faire l'inventaire de ces imprécisions et des raisons qui peuvent justifier leur maintien ou leur suppression, sachant toutefois que bien des imprécisions ne sont susceptibles d'apparaître qu'une fois le texte entré en vigueur, parce que la pratique institutionnelle les révélera.

50. Il est important à ce propos d'insister, surtout pour les politiques et les universitaires qui les ignorent souvent, sur le problème des versions linguistiques, bien

connu par contre des services juridiques du Conseil et de la Commission. J'ai personnellement beaucoup d'admiration pour le travail réalisé par les juristes-linguistes et le service juridique du Conseil pendant l'été 2004, car, sur la base des précédents de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice, je ne m'attendais pas à ce que l'on améliore autant la compatibilité entre les différentes versions linguistiques. Il est important que les éventuels projets de modifications du traité constitutionnel tiennent le plus grand compte de leur compatibilité linguistique. D'une part il arrive que des formules insatisfaisantes dans une version linguistique le soient dans une autre – comme c'est par exemple le cas pour la notion de « compétences partagées », pour lesquels l'italien « *concorrente* » est la meilleure solution, alors que l'allemand « *geteilt* » est très peu satisfaisant<sup>53</sup>. D'autre part il faut tenir compte du fait que certains concepts sont simplement impossibles à rendre dans toutes les langues de la même manière, comme c'est le cas, depuis le traité de Rome, de la « notion de service public » qui figure à l'article 73 (ex 77) TCE, et que les auteurs de la version néerlandaise avaient rendu à juste titre par l'expression « *begrip van "openbare dienst"* » en mettant entre guillemets la traduction littérale des mots français service public.

### *C. Mettre à jour les formulations par rapport au contenu des politiques*

51. Du fait même que la partie III a souvent repris à l'identique des articles ou parties d'articles du TCE et du TUE, il y a dans le traité constitutionnel des formulations à mettre à jour, du fait du contenu de l'évolution des politiques. Bien des dispositions héritées du TCE et restées inchangées depuis le traité de Rome ne sont plus adaptées aux besoins des secteurs concernés – comme par exemple les dispositions relatives à la politique agricole commune qui ont été rédigées dans la perspective d'éviter la pénurie alimentaire – alors que d'autres formulations restent parfaites dans leur combinaison entre la précision et l'ambiguïté, comme les notions de mesures d'effet équivalent en matière de restriction à la circulation des marchandises. Si le contenu de la partie III était remis sur la table, ce pourrait être l'occasion d'améliorer les formulations insatisfaisantes. Il ne faut toutefois guère se faire d'illusions sur la faisabilité politique d'un tel exercice : si ces dispositions sont restées inchangées, c'est sans doute parce qu'il se trouvait toujours un gouvernement pour s'opposer à une formulation nouvelle proposée, ce qui crée l'« effet de cliquet » empêchant, depuis l'Acte Unique Européen<sup>54</sup>, de revenir sur les formulations du TCE – puis du TUE – du fait du principe de la révision à l'unanimité.

52. Il est particulièrement intéressant à ce propos de comparer le travail qui a été fait pour l'ex-troisième pilier, pour l'ex-deuxième pilier et le reste des politiques communes. L'examen des dispositions relatives à l'espace de sécurité, de liberté et de justice fait ressortir que c'est parce que la Convention a décidé de supprimer les piliers qu'elle a réussi à reformuler de manière intelligente les dispositions relatives à la coopération en

---

<sup>53</sup> V. *supra* paragraphe n° 30.

<sup>54</sup> L'Acte Unique Européen a en effet contribué à rigidifier les dispositions du traité CEE : l'exemple le plus patent en est la politique monétaire, dont les nouvelles dispositions – résultant de l'Acte Unique – ont ensuite nécessité une révision des traités pour préparer l'union économique et monétaire avec le traité de Maastricht, alors même que les anciennes dispositions du traité CEE avaient été suffisamment souples pour permettre l'organisation du système monétaire européen dans les années soixante-dix par des dispositions de droit dérivé.

matière policière et judiciaire. Pourquoi n'a-t-elle pas pu le faire de la même manière pour la politique extérieure, de défense et de sécurité ? Peut-être parce que cela n'était pas possible. Il est très important de garder à l'esprit, à commencer par nous autres, universitaires, lorsque nous critiquons le texte du traité constitutionnel, ce qui est dû aux contraintes politiques d'un côté et ce qui est dû d'un autre côté à un texte bâclé faute de temps. Dans tous les cas où le maintien de formulations insatisfaisantes dans le traité constitutionnel a été dû aux contraintes politiques, ces contraintes existeront-elles encore à l'avenir ? Ne seront-elles pas plus fortes dans le cadre des autres scénarios examinés dans cet ouvrage ?

## **2. Aller plus loin que la Convention et la CIG**

53. Au-delà de l'amélioration du texte du traité constitutionnel, toujours possible du point de vue technique, mais pour lequel la faisabilité politique reste hypothétique, il reste d'autres domaines dans lesquels le travail de simplification et de rationalisation du système juridique de l'Union peut être envisagé. Trois domaines peuvent être distingués, qui ont des caractéristiques assez différentes en ce qui concerne la complexité technique et la faisabilité juridique des réformes envisageables pour aller plus loin que la Convention et la CIG de 2002-2003.

### *A. L'amélioration de la structure hiérarchique du droit de l'Union.*

54. Malgré la volonté de la Convention de clarifier la distinction dans les traités institutifs entre les dispositions à nature constitutionnelle et les autres, cette distinction manque de clarté de deux points de vue : d'une part, du fait de l'absence d'une hiérarchie entre les dispositions des différentes parties de la Constitution – ce qui est un problème distinct de celui de la longueur du texte constitutionnel, même s'il lui est lié – ; et d'autre part du fait du maintien d'un nombre beaucoup trop élevé de protocoles et de déclarations annexées à la Constitution.

55. La question des protocoles est techniquement complexe, mais sans doute politiquement plus simple à traiter que les autres. La situation des traités actuels tout comme celle du traité constitutionnel est très insatisfaisante en matière de protocoles, du fait que ces derniers, malgré une appellation distincte soulignant symboliquement leur importance moindre, ont exactement la même valeur juridique que les traités institutifs et les traités d'adhésion, ou encore que le traité constitutionnel. Malgré le travail très approfondi de nettoyage des protocoles qui a été mené à l'automne parallèlement aux travaux de la CIG en 2003-2004, et qui a permis de passer des écuries d'Augias à quelque chose de nettement plus ordonné, où l'on sait au moins quels sont les textes encore en vigueur et quels sont les textes caducs, la situation reste tout à fait insatisfaisante dans une perspective constitutionnelle.

56. Si l'on avait pour hypothèse de repartir de l'avant sur la base du traité constitutionnel et de l'Acte final signé à Rome le 29 octobre 2004, il faudrait se poser la question de l'instrument utilisé pour les actuels protocoles et de l'ordonnancement de ceux-ci. Un exemple particulièrement net est fourni par le statut de la Cour de justice : pourquoi s'agit-il encore d'un protocole, alors que depuis le traité de Nice son mécanisme de révision en fait quasiment un acte interne de droit communautaire ? Plus

généralement, comment justifier le fait que la plupart des protocoles, qui portent sur des questions moins importantes et plus spécifiques que le contenu de la partie III, aient la nature de traités internationaux soumis au mécanisme de révision ordinaire du traité constitutionnel – par la voie d’une CIG avec ratification par les États membres –, alors que l’article IV-445 prévoit une procédure de révision simplifiée pour les politiques et actions internes de l’Union ?

57. Dans la perspective d’une scission du traité constitutionnel les dispositions des protocoles qui méritent d’avoir valeur de droit primaire pourraient être intégrés dans le second traité, alors que les autres dispositions mériteraient d’être transformés en instruments de droit dérivé (décisions du Conseil européen, lois européennes ou pourquoi pas, si l’instrument était adopté, lois organiques européennes<sup>55</sup>. Il en va de même des annexes. Si la raison d’être de l’insertion de certaines dispositions dans des protocoles et annexes tient à l’importance que leur accordent tous les États membres, leur place logique est dans le second traité<sup>56</sup>. Si cette raison d’être tient à l’importance que leur accordent certains États membres uniquement, soit il s’agit de dispositions dérogatoires par rapport aux traités institutifs et là encore c’est leur insertion dans le second traité qui s’impose pour assurer leur compatibilité avec le reste du droit constitutionnel de l’Union, soit il s’agit d’une disposition compatible avec ce droit constitutionnel, et un mécanisme de révision à l’unanimité devrait alors suffire à garantir leur pérennité, même dans le cadre d’un instrument de droit dérivé.

58. Les considérations qui précèdent amènent évidemment reposer la question de la loi organique, qui est d’ailleurs évoquée par Paolo Stancanelli dans le chapitre relatif au système décisionnel<sup>57</sup>. La loi organique ne semble guère aimée, et on a objecté à son adoption le fait qu’elle contribuerait à augmenter le nombre d’instruments juridiques alors précisément que la Convention voulait réduire ce nombre. Une notion de loi organique qui reprendrait les deux caractéristiques que celles-ci ont dans le droit constitutionnel français depuis 1958 serait pourtant à mon sens l’instrument le plus approprié pour résoudre à la fois les problèmes posés par la surabondance de protocoles et par beaucoup des dispositions qui figurent dans la partie III ou dans les traités institutifs actuels, et qui les alourdissent considérablement.

59. Ces deux caractéristiques de la loi organique sont d’une part une procédure<sup>58</sup> d’adoption spécifique, distincte de la procédure législative ordinaire, et d’autre part un contrôle de constitutionnalité obligatoire préalable à l’entrée en vigueur de la loi organique. Les procédures d’adoption spécifique existent déjà dans le traité constitutionnel, soit pour les lois et règlements européens pour lesquels le Conseil décide à l’unanimité ou bien pour lesquels le Parlement n’a pas de pouvoir de décision, soit surtout pour les nombreuses décisions du Conseil européen, qui correspondent le plus souvent par leur objet au contenu des lois organiques dans les pays où la notion est utilisée, comme en Espagne ou en France. Un contrôle de constitutionnalité

---

<sup>55</sup> V. *infra* paragraphe 50.

<sup>56</sup> V. *supra* paragraphes 40 et suivants.

<sup>57</sup> V. Chapitre XIII, paragraphe 49, Partie I.

<sup>58</sup> Il y a même en droit constitutionnel français deux procédures distinctes, puisque pour certains sujets le Sénat est à parité avec l’Assemblée nationale, alors que pour d’autres celle-ci garde la possibilité d’aV. le dernier mot comme dans la procédure législative ordinaire.

automatique – par la Cour de justice – aurait par ailleurs l’avantage de lever à l’avance les doutes sur la compatibilité du texte de la loi organique avec le ou les traités institutifs. Si l’instrument de la loi organique était adopté (si nécessaire sous une autre appellation<sup>59</sup>, à condition qu’elle soit facile à traduire dans toutes les langues officielles du traité), la plupart des actuels protocoles et annexes pourraient ainsi être transformées en lois organiques.

60. L’on pourrait aller plus loin et donner statut de loi organique à toutes les dispositions institutionnelles de la partie III, voire à un certain nombre de dispositions matérielles : le statut de loi organique – si nécessaire révisables seulement à l’unanimité – conviendrait sans doute mieux aux bases juridiques complexes et détaillées adoptées depuis l’Acte Unique Européen. Dans cette dernière hypothèse, il est toutefois vraisemblable que le catalogue de compétences de la partie I devrait être revu et étendu.

*B. Le perfectionnement des nomenclatures des instruments juridiques, des procédures d’adoption et des compétences*

61. Les considérations qui précèdent, relatives à la loi organique, montrent qu’il y a de la place pour une clarification supplémentaire de la nomenclature des instruments juridiques et une rationalisation plus approfondie des procédures d’adoption. On a déjà fait remarquer qu’il manque à l’article I-33 une référence aux traités internationaux que peut conclure l’Union. D’autres points pourraient être mieux développés.

62. L’une des questions qui devrait alors être reposée est celle du rôle du Conseil européen. En effet soit l’affirmation de l’article I-21 § 1 selon laquelle « il n’exerce pas de fonction législative » est prise au sérieux, et la disposition de l’article III -270 § 3 qui permet de saisir le Conseil européen à la demande d’un membre du Conseil estimant qu’un projet de loi-cadre européenne « porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale » doit être supprimée, soit l’on considère que le Conseil européen dispose de la prérogative de demander une nouvelle lecture d’un texte de loi avant sa promulgation, dévolue dans beaucoup d’États membres au Chef de l’Etat, et cette prérogative devrait figurer explicitement dans l’article I-21.

63. L’autre question est celle des passerelles. Il s’agit d’un mal nécessaire, c’est-à-dire d’un facteur de complexité accru dans le présent du texte constitutionnel, mais destiné à faciliter la simplification à l’avenir. La présence de procédures de révision simplifiées dans la partie IV (articles IV-444, IV-445 et IV-440 § 7) devrait conduire à supprimer toute autre clause passerelle dans le reste du traité, ou à transférer celles-ci dans la partie IV, en uniformisant le cas échéant leur procédure de mise en oeuvre.

---

<sup>59</sup> Le projet Pénélope utilisait la terminologie « acte additionnel » pour reprendre les protocoles. En France toutefois, la notion d’Acte additionnel rappelle les Constitutions libérales adoptées en fin de règne par Napoléon Ier et Napoléon III, et pourrait de ce fait être mal acceptée. L’expression « loi constitutionnelle » qui est connue dans plusieurs États membres, présente également l’inconvénient d’être dans plusieurs pays utilisée pour des amendements à la Constitution même et non pour ses actes d’application. Une appellation du type « loi d’application de la constitution » est plus neutre, mais particulièrement lourde.

64. En ce qui concerne la nomenclature des compétences, tout dépend du sort réservé aux dispositions de la partie III. Si celles-ci continuent à avoir valeur de traité – que ce soit dans un traité unique ou dans un second traité – il n'est sans doute pas utile de revenir sur le travail accompli par la Convention et la CIG. Si par contre les bases juridiques de la partie III étaient modifiées et en particulier si elles étaient transférées dans des instruments de droit dérivé, il faudrait sans doute un travail de réflexion approfondi pour compléter et préciser la nomenclature des compétences par rapport aux dispositions des articles I-13 à I-17, et pour reformuler le paragraphe 3 de l'article I-18, qui exclut l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres « dans les cas où la Constitution exclut une telle harmonisation ».

65. Cette dernière remarque est faite à dessein pour souligner le caractère largement utopique d'une révision et d'une transformation du contenu de la partie III de la Constitution, que j'ai développée ici « pour mémoire ».

### *C. L'adaptation du système juridictionnel*

66. L'un des grands absents de l'opération de simplification et de rationalisation menée par la Convention a été le système juridictionnel de l'Union, y compris en ce qui concerne les relations entre les juridictions de l'Union à proprement parler et celles des États membres. Il est compréhensible que la Convention et la CIG aient cru bon d'attendre que toutes les potentialités du traité de Nice aient été exploitées, avant de reconsidérer le système des recours juridictionnels de l'Union. Un certain nombre de réformes découleraient logiquement du renforcement de la hiérarchie des normes de l'Union et de l'intégration de la Charte dans le traité constitutionnel, et la littérature à ce sujet est abondante. Il est clair également qu'il s'agit là d'un domaine où l'expérience des États membres, notamment en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, tout comme celle de la Cour européenne des droits de l'homme, incitent à la prudence. Il n'en reste pas moins qu'une réflexion mériterait d'être menée sur la place des dispositions relatives aux différents recours juridictionnels, qui sont contenues dans la partie III et le protocole n° 2 du le traité constitutionnel – ce qui n'est pas totalement rationnel –, afin de décider ce qui doit figurer dans un texte constitutionnel et ce qui serait mieux placé dans le statut de la Cour.

## **V. CONCLUSION**

67. Les propositions qui précèdent (aux paragraphes 45 à 66) sont fournies pour mémoire, comme il a déjà été indiqué, car leur mise en œuvre suppose un degré de consensus beaucoup plus élevé dans l'Union que celui qui prévaut depuis les référendums négatifs en France et aux Pays-Bas, et sans doute également plus élevé que celui qui s'est manifesté le 18 juin 2004, au moment de l'adoption de la Constitution par les chefs d'Etat et de gouvernement des 25 États membres. Afin de maintenir l'acquis de la Convention et de la CIG en matière de simplification des traités et de rationalisation de son ordre juridique, il apparaît essentiel de continuer le processus de

ratification dans tous les États membres où il n'a pas encore été mené à son terme<sup>60</sup>. Il est évidemment qu'au bout des processus de ratifications l'on retrouvera les difficultés politiques que ne manqueront pas de soulever le Royaume-Uni et peut-être la Pologne, et bien entendu les difficultés de la France et des Pays-Bas.

68. A la mi-2006, l'idée que ces deux pays puissent ratifier le traité constitutionnel avec son contenu actuel paraît irréaliste du point de vue politique, mais reste faisable, du point de vue juridique<sup>61</sup>. Pourquoi alors continuer les processus de ratification ? D'abord parce que, selon la devise de Guillaume le Taciturne, « il n'est point nécessaire d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer », devise qui s'applique particulièrement bien à la construction européenne. Ensuite et surtout : si l'on considère, que le traité constitutionnel contient toute une série de progrès par rapport aux textes actuellement en vigueur, et aucune régression, y compris dans sa structure et dans le contenu de sa troisième partie, il est fondamental dans la perspective de la réouverture d'une négociation, que cette négociation se fasse sur la base du traité constitutionnel du 29 octobre 2004 et non pas sur la base des traités actuellement en vigueur, ce qui consisterait à faire table rase de l'acquis de la Convention européenne. Sur la base des traités actuellement en vigueur en effet, avec vingt-sept États membres, et avec la présence d'un certain nombre d'euroseptiques actifs, il paraît assuré au vu de ce qui s'est passé depuis le sommet de Laeken de décembre 2001 que le résultat d'un tel exercice aurait toutes les raisons d'être bien en deçà de celui obtenu en 2004.

---

<sup>60</sup> V. Chapitre IV, Partie I.

<sup>61</sup> V. Chapitre IV, paragraphes 45 et 46, Partie I.

**Références bibliographiques :**

- AMATO, G., et ZILLER, J. (eds), *The European Constitution: Cases & Materials in EU & Member States' Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, (à paraître);
- BRIBOSIA, H., EHLERMANN, C. D., et MÉNY, Y. (dir.), *Un traité fondamental pour l'Union européenne – A Basic Treaty for the European Union – Etude sur la réorganisation des traités, Rapport remis le 15 mai 2000 à M. Romano Prodi, président de la Commission européenne*, Florence, Institut Universitaire Européen, 2000 ;
- DE BURCA, G. et DE WITTE, B., « The Delimitation of Powers Between the EU and its Member State », in A. Arnall & D. Wincott, *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 222 ;
- DE WITTE, B. , « Simplification and Reorganization of the European Treaties », *Common Market Law Review*, n° 39 – 2002, p. 1255 et s. ;
- ZILLER, J., *La nouvelle Constitution européenne*, Paris,, La Découverte, 2<sup>ème</sup> édition, 2004 ;
- ZILLER, J., « La place du droit matériel dans le projet de Constitution : pourquoi une troisième partie ? », in A. Levade (sous la dir.), *La Constitution Européenne – Actes du Colloque de Paris des 3 et 4 juin 2004*, Bruxelles, Bruylant