

Rapport pour l'atelier 4 : la Constitution européenne et le constitutionnalisme contemporain. VIIème congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007.

LE TRAITE ETABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE ET LE CONSTITUTIONNALISME. UN POINT DE VUE CRITIQUE.

Jean-Philippe FELDMAN

Agrégé des facultés de droit

Professeur de droit public à l'Université Bretagne-sud (Vannes)

Avocat à la Cour de Paris (Cabinet Feldman)

Membre de l'Institut Michel Villey pour la culture juridique et la philosophie du droit (Université
Panthéon-Assas – Paris II)

Introduction : constitutionnalisme et Europe

User du terme « constitutionnalisme » provoque fréquemment des haussements de sourcils, même de la part de juristes confirmés. Au-delà de l'incompréhension, ce mot suscite la mécompréhension. Le concept de constitutionnalisme se retrouve sous la plume de certains, mais trop souvent sous une forme édulcorée et réductrice. Il ne se réduit pas au contrôle de constitutionnalité des lois, comme on le proclame si fréquemment, mais joue aussi et avant tout sur les rapports entre le Pouvoir et les « pouvoirs ». Les définitions du constitutionnalisme varient suivant que l'on adopte un point de vue classique ou moderne. Classiquement, le constitutionnalisme désigne un système de contrepoids à l'exercice du Pouvoir¹. De manière moderne, il renvoie à l'indispensable contrôle de constitutionnalité des lois² qui permet de limiter le législatif³. Ces définitions ne sont pas satisfaisantes. Non pas qu'elles seraient fausses - chacun des points évoqués apparaît d'un indéniable intérêt -, mais elles sont parcellaires.

Le constitutionnalisme est le plus souvent décrit comme le fait que les « pouvoirs » soient séparés. Selon une vieille tradition, quintessenciée par Montesquieu, mais déjà développée entre autres par Aristote, il

¹ Howell A. Lloyd, « Le constitutionnalisme » in James Henderson Burns avec la collaboration de Mark Goldie (dir.), *Histoire de la pensée politique moderne. 1450-1700*, trad. Jacques Métrard & Claude Sutto, Paris, P.U.F., 1997, p.230.

² Michel Troper, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit » in Terence Marshall (dir.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel: la France et les Etats-Unis*, La Garenne-Colombes, Ed. de l'Espace européen, 1992, p.35.

³ Philippe Raynaud, « Constitutionnalisme » in Denis Alland & Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, Lamy/P.U.F., 2003, p.266. L'auteur (« Libéralisme » in Sylvie Mesure & Patrick Savidan, dir., *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F., 2006, p. 701) explique qu'avec le constitutionnalisme, la protection des droits reconnus par la constitution implique que celle-ci soit supérieure à la loi ordinaire et qu'une instance spécialisée ait pour fonction de contrôler la constitutionnalité des lois.

existe dans chaque cité ou Etat différents pouvoirs. Ceux-ci varient suivant les auteurs, mais ils sont depuis longtemps figés au chiffre de trois : exécutif, législatif et judiciaire. Pour que le Pouvoir ne puisse abuser du pouvoir, il faut que ces « pouvoirs » soient séparés, rigoureusement dit-on. Toujours selon la vulgate, la « séparation des pouvoirs » permet de distinguer les deux grands types de régimes politiques démocratiques que sont les régimes dits parlementaire et présidentiel. Le régime parlementaire serait un régime de séparation souple des pouvoirs, *i.e.* de collaboration des pouvoirs. Chacun détiendrait des armes puissantes à l'encontre des autres pouvoirs. Surtout, le droit de dissolution, qui appartient à l'exécutif, contrebalancerait la responsabilité du gouvernement devant les chambres. Le régime présidentiel, lui, serait un régime de séparation rigide des pouvoirs. L'exécutif ne pourrait empiéter sur le législatif, et inversement. Quel que soit le type de régime, les abus de pouvoirs se trouveraient jugulés par la bonne répartition des pouvoirs. Voilà synthétisée en quelques lignes la doctrine de la « séparation des pouvoirs » tirée, paraît-il, de l'œuvre de Montesquieu, doctrine qui se retrouve aujourd'hui chez certains constitutionnalistes et moult hommes politiques.

De bons auteurs ont fait litière depuis bien longtemps de cette interprétation. Le travestissement de la pensée de Montesquieu est total. Celui-ci n'a pas usé de l'expression de « séparation des pouvoirs », il n'a jamais défendu une séparation rigide des puissances qu'il a mise en lumière. Lorsqu'il a fait le dithyrambe - fût-il controuvé à maints égards - du régime anglais, il a pris soin des poids et contrepoids internes au Parlement, *i. e.* la réunion du monarque et des deux chambres. La « séparation des pouvoirs » se traduit plus exactement par la distribution des fonctions de l'Etat à des organes distincts, plus ou moins interdépendants suivant le type de régime. C'est pour ne l'avoir point compris que les Constituants français de 1848, imitateurs naïfs du système américain, se sont fourvoyés. Selon la vulgate, un Etat est soumis à la règle dite de la spécialisation. Il exerce différentes fonctions : faire la loi, l'exécuter, trancher les litiges, et ces fonctions doivent être exercées par des organes, eux-mêmes spécialisés. Un Etat est aussi soumis à la règle de l'indépendance. Ces organes spécialisés doivent être indépendants afin que les « pouvoirs » se fassent équilibres, si bien que la liberté des citoyens sera sauvegardée. En réalité, ni l'indépendance, ni la spécialisation ne sont totales. La spécialisation des fonctions comme l'indépendance des organes ne sont jamais rigoureusement établies en pratique.

La « séparation des pouvoirs » bien entendue fait partie du constitutionnalisme. Mais il ne s'agit que de l'une de ses facettes qui, par surcroît, n'est pas la plus importante. Historiquement, le constitutionnalisme est ce vaste mouvement des Lumières qui entend briser l'arbitraire royal en substituant aux constitutions coutumières des constitutions écrites. La distinction, généralement présentée de manière tranchée, entre constitutions écrites et constitutions coutumières doit être nuancée. D'abord, une constitution coutumière comporte souvent de nombreux documents. Certes, des règles essentielles restent coutumières, mais ce qui sépare constitution écrite et constitution coutumière, c'est qu'une constitution écrite soit contenue dans un document unique - qui au demeurant peut renvoyer à d'autres textes - et non pas à un ensemble de textes épars. Ensuite, une constitution écrite ne peut tout prévoir, si bien que des règles coutumières ou la pratique politique en comblent les lacunes. La lutte contre l'arbitraire signifiait que le souverain ne pouvait plus régner selon son bon plaisir, mais qu'il se trouvait dorénavant enserré par des règles claires, précises et connues de tous. Le gouvernement devait être régi « par les lois et non par les hommes »⁴. Entendu de manière moderne, le constitutionnalisme signifie que toute constitution, en tant que loi suprême et fondamentale, doit non seulement agencer les « pouvoirs », mais encore encadrer le Pouvoir. Il comporte donc deux caractéristiques principales. La première est rappelée à foison : les

⁴ David Hume, « De la liberté civile » in *Id, Essais moraux, politiques et littéraires, et autres essais*, Gilles Robel (éd.), Paris, P.U.F., 2001, pp.234-235. V. Edouard Laboulaye, *L'État et ses limites*, Paris, Charpentier, 1863, p.86.

pouvoirs doivent être séparés, selon une formule aussi simpliste que convenue. Le constitutionnalisme américain a brillamment mis en pratique les freins et contrepoids nécessaires au bon fonctionnement des institutions. La seconde caractéristique est, elle, le plus souvent oubliée. Il ne suffit pas de répartir les « pouvoirs », encore faut-il encadrer le Pouvoir, quel qu'en soit son détenteur. La Liberté serait vaine si tous les « pouvoirs » se coalisaient. Il faut donc que la somme de leurs attributions ne permette pas de limiter, voire de détruire la Liberté. Telle est la seconde et fondamentale caractéristique du constitutionnalisme. Elle se fonde sur une méfiance envers les gouvernants, toujours susceptibles d'abuser de leurs prérogatives. Que les hommes soient bons ou mauvais, c'est le Pouvoir qui les corrompt. Le but profond du constitutionnalisme, c'est la limitation du Pouvoir. Il s'agit d'encadrer les gouvernants, d'enserrer leurs pratiques afin de les empêcher d'abuser de leurs fonctions. Qui dit constitutionnalisme dit constitution. Celle-ci, dans la dialectique entre le Pouvoir et la Liberté, manifeste une suspicion à l'égard du politique. Benjamin Constant exprimait cette idée à la fin du XVIII^{ème} siècle : « une constitution est par elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité, et qu'il serait inutile de lui prescrire des limites si vous la supposiez douée d'une infaillible sagesse et d'une éternelle modération .»⁵ Ainsi, une constitution joue-t-elle un rôle de garant : elle garantit l'exercice des droits et libertés des citoyens, et des individus. Qu'est-ce qu'une constitution ? « La garantie de la liberté d'un peuple », répondait Constant⁶. En substance, la constitution n'est pas tant une organisation des pouvoirs qu'une protection contre le Pouvoir.

Le constitutionnalisme s'analyse, il faut y insister, comme une réaction contre l'arbitraire, d'où qu'il vienne⁷. Il constitue une double protection. D'abord, il préserve la société civile de la société politique. Ensuite, au sein de la société politique, il assure l'équilibre de l'ordre institutionnel⁸. La deuxième protection rétroagit d'ailleurs sur la première. L'équilibre interne des institutions a vocation à garantir extérieurement la société civile. Le constitutionnalisme n'est qu'un moyen: il n'a d'autre objet que de permettre aux individus de développer librement leurs virtualités et de devenir ce qu'ils sont. En substance, le constitutionnalisme est, comme il l'était au XVIII^{ème} siècle, un mécanisme, agencé de telle manière qu'il produit des effets indépendants de la volonté des individus⁹. Mais il est plus que cela. Cette mécanique se distingue fondamentalement de celle du milieu du XVIII^{ème}, comme du constitutionnalisme dit ancien. Il ne s'agit plus d'empêcher l'arbitraire de la cité ou du souverain par la loi, mais d'empêcher l'arbitraire, d'où qu'il vienne. Donc de garantir la Liberté contre les violations émanant aussi du Parlement par l'existence d'une constitution écrite, loi fondamentale et suprême, par la supériorité du pouvoir constituant sur le pouvoir législatif, par le contrôle de constitutionnalité des lois.

⁵ Benjamin Constant, discours au Tribunat, 15 nivôse an VIII cité in Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997 p. 106.

⁶ Benjamin Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815 in *Id., Ecrits politiques*, p. 305. V. Luigi Lacchè, « Coppel et la percée de l'Etat libéral constitutionnel » in Lucien Jaume (dir.), *Coppel, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du groupe de Mme de Staël. Colloque de Coppel 15 et 16 mai 1998*, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000 p. 141.

⁷ Michel Guénaire, « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1987, n° 1, p.107.

⁸ Loc. cit., p.128.

⁹ Michel Troper, « Le concept de constitutionnalisme... » in Terence Marshall (dir.), *op. cil.*, pp.43 & 47.

Entendre convenablement le constitutionnalisme ne veut pas dire faire retour à la conception du siècle des Lumières, mais signifie que le simple agencement des «pouvoirs» et la création d'un contrôle de constitutionnalité n'en sont qu'une partie.

Cette clarification conceptuelle étant opérée, il est permis de s'interroger sur les rapports entre le constitutionnalisme d'une part, et la « construction européenne », plus précisément le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, d'autre part ¹⁰. Un problème surgit immédiatement : qui dit constitutionnalisme, dit constitution ; or, le traité ou le « traité constitutionnel » ne saurait être qualifié de constitution, d'abord pour des raisons de technique juridique, ensuite parce que l'Europe communautaire n'est pas un Etat et qu'elle ne saurait dès lors avoir de constitution. Il n'en demeure pas moins que l'expression de « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » n'est pas absurde. Certes, les termes ramassés de « traité constitutionnel », fort commodes, sont malheureux car ils induisent soit qu'un texte puisse être en même temps un traité et une constitution, ce qui est un non-sens, soit que le traité soit conforme à la Constitution, ce qui n'a point été l'avis du Conseil constitutionnel. Mais, les termes de « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » traduisent bien le fait que la Constitution soit le résultat d'un traité. Pour beaucoup d'auteurs, et classiquement, cette thèse est irrecevable parce qu'une constitution suppose l'existence d'un Etat, donc d'un peuple uni. L'argument a pu être contesté car, pour d'autres auteurs, c'est au contraire la constitution qui entraîne l'existence d'un peuple uni. Le paradigme toujours cité est celui des Etats-Unis d'Amérique selon lequel les Treize colonies devenues indépendantes ont adopté la Constitution de 1787 et ainsi établi un peuple américain uni, soit dès l'entrée en application du texte, soit bien plus tard, à l'issue de la Guerre de Sécession. Quoi qu'il en soit, de deux choses l'une, selon que l'on adopte la position de Louis Le Fur ou celle de Raymond Carré de Malberg : ou bien un traité peut effectivement établir une constitution, au sens où celle-ci résulte de celui-là, et ce que la constitution soit interprétée classiquement comme une loi fondamentale et suprême ou bien comme un pacte ; ou bien seule l'existence d'un traité appelé constitution peut être constatée, et peu importe alors la manière dont la constitution a été établie et par qui elle l'a été ¹¹.

Il est possible dès lors de se demander si le Traité établissant une Constitution pour l'Europe respecte les canons du constitutionnalisme, et ce dans les deux dimensions essentielles de celui-ci : la « séparation des pouvoirs » (II) bien sûr, mais avant tout l'aspect souvent oublié, et pourtant primordial, du constitutionnalisme, *i. e.* la garantie des droits (I).

I- Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et la garantie des droits

La garantie des droits est la dimension fondamentale du constitutionnalisme. Il importe donc de savoir prioritairement si le Traité garantit les droits des Européens. Malheureusement, il y a loin de la coupe aux lèvres. En la forme, le Traité consacre un double « coup d'Etat », pour reprendre une expression utilisée par Guy Braibant (A). Au fond, il témoigne d'une inquiétante conception des droits de l'homme (B).

¹⁰ V. Jean-Philippe Feldman, « Existe-t-il un constitutionnalisme européen ? », *Droits*, n° 45, à paraître.

¹¹ *Id.*, « Un traité peut-il établir une constitution ? Sur et au-delà de la décision du n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », allocution prononcée lors du VIème Congrès français de droit constitutionnel, Association française des constitutionnalistes, Montpellier, 9-11 juin 2005, *Politeia*, n° 8, automne 2005, p. 171.

A- Le double « coup d'Etat »

Le Traité est issu d'une « Convention sur l'avenir de l'Europe » qui a outrepassé son mandat (2°). Il s'agit en réalité d'un second « coup d'Etat », car le Traité comprend dans sa seconde partie une charte des droits fondamentaux, issue pour l'essentiel d'une « enceinte », infidèle au mandat qui lui avait été confié (1°).

1°) Le « coup d'Etat » de l' « enceinte »

La Charte des droits fondamentaux de l'Union constitue la seconde partie du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il ne faut pas croire qu'elle ait été créée *ex nihilo*. Pour l'essentiel, elle reprend la Charte des droits fondamentaux solennellement proclamée à Nice le 7 décembre 2000. Son *modus operandi* est révélateur de la manière avec laquelle la « construction européenne » avance. Le mandat auquel ses rédacteurs étaient tenus n'ayant pas été respecté, les dérives n'en furent que plus naturelles¹².

L'origine de la Charte des droits fondamentaux est fort révélatrice. La Communauté avait refusé d'adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Aussi le programme de gouvernement conclu entre les sociaux-démocrates et les Verts allemands avait-il prévu que, lorsqu'elles présideraient l'Union, les autorités germaniques prendraient l'initiative de la rédaction d'une charte des droits fondamentaux. Selon le mandat du Conseil européen, une «enceinte» était chargée de réunir une liste de droits fondamentaux qui découlaient de la Convention européenne et des principes généraux du droit communautaire, ainsi que des textes sociaux qu'étaient la Charte sociale européenne et la Charte des droits sociaux fondamentaux des «travailleurs», jusque-là sans valeur juridique. Le document devait contenir les droits de liberté, d'égalité et de procédure, ainsi que les droits fondamentaux réservés aux citoyens de l'Union. Il devait «prendre en considération des droits économiques et sociaux». Le mandat était de «réunir les droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union dans une charte de manière à leur donner une plus grande visibilité ».

Autrement, dit, l'«enceinte» devait travailler à droit constant et cristalliser la jurisprudence communautaire pour la rendre plus accessible et contribuer à une plus grande sécurité juridique. Il y a loin de la coupe aux lèvres. Si l'on plaque le mandat sur les réalisations de l'« enceinte », le juriste ne peut qu'être interloqué par les « coups d'État » successifs opérés.

En tout premier lieu, l'« enceinte », terme il est vrai étrange, est devenue «convention ». D'organe consultatif, la réunion se transsubstantiait en assemblée nantie, fût-ce indirectement, de l'onction populaire! Guy Braibant, son vice-président, avoue benoîtement qu'il s'agissait d'un «coup d'État »¹³. Il

¹² *Id.*, « La Charte des droits fondamentaux contre les droits de l'homme » in Olivier Gohin & Armel Pécheul (dir.), *La nouvelle Union européenne*, François-Xavier de Guibert, 2005, pp. 166-169.

¹³ *Revue universelle des droits de l'homme*, «La Charte des droits fondamentaux. Journées d'études de Strasbourg »,2000, p. 67.

d'illégalité. Les Américains s'approprièrent, en le dotant d'une potentialité révolutionnaire, un terme issu de la pratique constitutionnelle qui désignait un parlement dépourvu de fondement juridique ¹⁴. En second lieu et surtout, les droits fondamentaux proclamés ne sont pas toujours ceux auxquels tout un chacun pouvait s'attendre. Il ne s'est pas agi seulement de «réunir» des droits fondamentaux, mais d'en créer. Guy Braibant est obligé de reconnaître que celle-ci «n'a pas tout à fait respecté l'interdiction d'innover» ¹⁵. Il ne s'est pas agi seulement de droits fondamentaux, mais aussi de «principes» ou de «valeurs»; il ne s'est pas agi seulement de droits «en vigueur au niveau de l'Union», mais encore dans un ou plusieurs États membres; il ne n'est pas agi seulement de «prendre en considération des droits économiques et sociaux», mais de les retenir à peu près tous. En troisième lieu, les sources d'inspiration des «conventionnels» ne manquent pas de surprendre. L'observateur pensait que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales serait reprise *in extenso*, tant dans son texte originel que dans ses protocoles successifs, sans compter les précisions et les ajouts de la Cour régulatrice. Or, Guy Braibant confie sans détours que les «conventionnels» décidèrent de reproduire, «au besoin avec des modifications», la Convention, mais pas dans son «intégralité» ¹⁶, ou encore de reproduire ses articles «autant que possible, mais de les adapter» ¹⁷. N'était-il point suffisant de «prendre en considération des droits économiques et sociaux» au lieu de les énumérer par le menu? La Charte sociale européenne, dont l'article 1er de la version révisée ne comporte pas moins de trente et un «droits-créances», et la Charte des droits sociaux fondamentaux des «travailleurs» n'étaient-elles pas satisfaisantes? Il ne semble pas puisque les «conventionnels» se sont permis de rédiger plusieurs dispositions qui s'inspirent d'un texte sans valeur juridique, la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou de la Convention de New-York sur les «droits des enfants». Il ne semble pas puisque la Charte consacre des dispositions novatrices, tel le «droit à l'intégrité de la personne»; il ne semble pas puisqu'elle proclame des dispositions déduites de droits fondamentaux énoncés dans d'autres articles, telle la liberté germanique des arts et des sciences.

Les travaux de la «Convention» ont souffert d'une ambiguïté congénitale. Celle-ci devait travailler «à droit constant». Il était dès lors permis de s'interroger sur son utilité. Les partisans du texte répondaient qu'il s'agissait de rendre plus «visible» et plus sûre la protection des droits fondamentaux. Compte tenu de la qualité de sa rédaction et de sa longueur, le juriste pourrait railler l'œuvre. Surtout, il était presque impossible politiquement aux autorités des États membres de l'Union de s'opposer à un texte qui avait pour objet des droits de l'homme. Pour vaincre les réticences de certaines, opposées notamment aux droits économiques et sociaux, et plus largement à tout transfert de compétences, il fut décidé de priver le texte de tout caractère obligatoire. Aux yeux de beaucoup, qu'ils s'en félicitassent ou qu'ils s'en lamentassent, déclaration des droits était synonyme de constitution. Les «conventionnels» ont d'ailleurs, selon l'expression de leur président, travaillé «comme si» la charte devait avoir un caractère obligatoire. Or, rétrospectivement, celle-ci apparaît comme la première étape d'une «Constitution» européenne qui ne disait pas son nom, par peur de choquer. Conçue comme l'embryon ou le préambule de la Constitution européenne, la Charte est devenue, quelques mois après son adoption à Nice, sa seconde partie. De symbolique, elle s'est transformée en texte «obligatoire». Plus encore, un texte promu au

¹⁴ Bruce Ackerman, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, trad. Jean-Fabien Spitz, Paris, Calmann-Lévy, 1998, pp. 74 & 402-403, n° 4.

¹⁵ Guy Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, p. 47.

¹⁶ *Revue universelle des droits de l'homme*, loc. cit., p. 69.

¹⁷ Guy Braibant, *op. cit.*, p. 44.

rang de déclaration des droits pour l'Europe suit une première partie qui prévoit, dans son article 1-9-2, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En substance, le texte ne devait pas être obligatoire, il l'est ; le texte avait été adopté faute d'adhésion de l'Union à la Convention européenne, il coexiste maintenant avec elle du fait de cette adhésion! Le « coup d'État » est parfait.

2°) Le « coup d'Etat » de la Convention sur l'avenir de l'Europe

La même expression de « coup d'Etat » peut être retenue en ce qui concerne la Convention sur l'avenir de l'Europe. Cette « Convention » n'a pas respecté les termes du mandat qui la liait. En effet, elle a largement interprété le mandat conféré par la Déclaration de Laeken du 15 décembre 2001 qui l'a convoquée. Elle a lu son mandat comme une invitation à rédiger une constitution en réussissant, par surcroît, à proposer un texte unique, donc sans options, aux autorités compétentes pour l'examiner, alors que la Déclaration évoquait seulement un « traité de base » et fixait des objectifs.¹⁸ Il n'est pas inutile de rappeler le texte de la Déclaration : « Se pose enfin la question de savoir si cette simplification et ce réaménagement ne devraient pas conduire à terme à l'adoption d'un texte constitutionnel » ; la Convention « aura pour objet d'examiner les questions essentielles que soulève le développement futur de l'Europe et de rechercher les différentes réponses possibles ». Le second « coup d'Etat » est parfait.

B- Une conception inquiétante des droits de l'homme

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe a repris pour l'essentiel la Charte des droits fondamentaux et l'a intégrée dans sa seconde partie. Au-delà de la procédure suivie qui était éminemment contestable, c'est surtout au fond que le texte ne laisse pas d'inquiéter. L'inquiétude, forte, lorsque des droits sont inventés de toutes pièces (1), croît lorsque se trouve proclamée l'indivisibilité des droits (2°).¹⁹

1°) les droits inventés

Il faut rappeler en liminaire ce qu'est une déclaration des droits. Comme son nom l'indique, une déclaration « déclare », elle n'invente pas. L'objet d'une déclaration des droits est de proclamer des droits préexistants. L'inspiration de ses rédacteurs n'est d'ailleurs pas forcément jusnaturaliste. Elle peut aussi marquer leur attachement, entre autres, à un évolutionnisme. Quoi qu'il en soit, sont énoncés des droits qui sont attachés à tout homme en tant que tel. Des droits qu'il appartient à autrui quel qu'il soit, individu, majorité numérique, État, de respecter. Ici, rien de tel. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre les termes d'un homme qui a joué un rôle nodal dans la rédaction de la Charte adoptée à Nice, Guy Braibant. « Il n'était pas possible de faire comme si rien ne s'était passé en matière de progrès des droits de l'homme dans la deuxième moitié du XXe siècle. Cette évolution était à la fois la conséquence

¹⁸ Olivier Beaud & Sylvie Strudel, « Démocratie, fédéralisme et Constitution », in Olivier Beaud *et al.* (dir.), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 3-4.

¹⁹ Jean-Philippe Feldman, « La Charte des droits fondamentaux contre les droits de l'homme » in Olivier Gohin & Armel Pécheul (dir.), *op. cit.*, pp. 170-177.

de techniques nouvelles et du mouvement des idées sociales. (...) Dans la seconde [catégorie] figurent des avancées du principe d'égalité, notamment entre les sexes, et d'une façon plus générale la reconnaissance des droits sociaux qui ont été organisés dans la Charte autour du concept général et nouveau de "solidarité" »²⁰. Il est là encore révélateur que Guy Braibant ait pu être désigné, dans des conditions mal définies ainsi que l'avouait l'intéressé²¹, «représentant personnel du Président de la République française et du Premier Ministre à la Convention ». Il est révélateur encore que, en période de coexistence, les idées des deux plus hautes autorités françaises sur ce sujet aient été, paraît-il, semblables²²! Il est révélateur enfin que celui qui est devenu vice-président de la «Convention », ait confié ses doutes sur le caractère universel des droits de l'homme, au rebours d'ailleurs du préambule²³. La Charte devait traduire un «système européen» de droits fondamentaux, en contrepoint du régime américain, et elle devait se caractériser par une « combinaison équilibrée» entre droits dits classiques et droits sociaux²⁴. Quelle est la définition de la bonne Charte selon le vice-président de la «Convention»? «Une Charte comprenant une corbeille bien remplie de droits sociaux »²⁵.

Le préambule de la Charte annonce la couleur. L'Union se fonde notamment sur la valeur de «solidarité », mise à un rang égal de celui de la liberté par exemple. « Elle place la personne au cœur de son action » : ainsi jamais l'individu n'est-il cité. Le terme «homme» n'existe pas plus, afin que le genre ne puisse être identifié au sexe. Sur ce point, l'exemple des pays anglo-saxons est suivi à la lettre. Le personnalisme se présente comme l'idéologie de bien des «conventionnels ». Pourtant, n'est-il pas inquiétant de soutenir, avec Emmanuel Mounier, que « la personne ne croît qu'en se purifiant incessamment de l'individu qui est en elle »²⁶ ? Le préambule de la Charte poursuit en proclamant que l'Union « cherche à promouvoir un développement équilibré et durable ». Le plus important se trouve dans l'avant-dernier alinéa du préambule: « La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures ». Selon un balancement maintenant bien connu, l'attribution forcée de faux droits entraîne dans son sillage de faux devoirs que sont tenus de respecter leurs heureux bénéficiaires. Au risque de chagriner quelques-uns, il sera rappelé que le pendant des droits ne saurait être constitué par des devoirs, mais par des obligations. Lorsqu'un individu est titulaire d'un droit de propriété par exemple, autrui a l'obligation de le respecter. Il ne relève pas du rôle de l'État ou de toute autre autorité publique de dire aux individus ce qu'ils doivent faire. L'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme avait encore le mérite de se référer à l'« individu» lorsqu'elle posait : il a « des devoirs envers la communauté » !

Partie sur ces bases, la Charte, nul ne saurait s'en étonner, énonce presque tous les droits créances: « droit à » la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la protection des données à caractère personnel, à la liberté d'association, notamment syndicale, à l'éducation, à l'information et à la consultation des « travailleurs » au sein de leur entreprise, à un service «gratuit» de placement, à une aide sociale « afin de lutter contre l'exclusion sociale », etc. La liste serait trop longue. « Droit à » ou « droit de », peu importe:

²⁰ Guy Braibant, «De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne» in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 331.

²¹ *Revue universelle des droits de l'homme*, loc. cit., p. 67.

²² Guy Braibant, *op. cit.*, p. 80.

²³ *Ibid*, pp. 66-67.

²⁴ *Ibid*.

²⁵ *Revue universelle des droits de l'homme*, loc. cit., p.11.

²⁶ Emmanuel Mounier, *Le personnalisme*, Paris, P.U.F., 17ème éd., 2001, p. 33.

il s'agit dans tous les cas ou presque de droits créés par une autorité débonnaire et qu'elle a en charge de mettre en place ou de faire respecter par les éventuels récalcitrants. Il ne s'agit pas de droits-libertés, *i.e.* de droits qui appartiennent à l'homme en tant que tel, qui sont supérieurs au Pouvoir et que celui-ci a l'obligation de ne point enfreindre. Il ne s'agit pas de déclarer des droits, par définition préexistants en vertu de la nature ou de l'évolution, mais d'inventer des créances qui vont miner les droits existants. Ce fait, dramatique en lui-même, l'est d'autant plus que, puits sans fond, les droits-créances sont amenés à croître. Sur ce point, nul machiavélisme de la part des rédacteurs de la Charte: leur « intention » est annoncée sans fard. La liste des droits créés ne doit pas être assez impressionnante: elle est appelée à s'allonger lors des révisions déjà souhaitées par les « conventionnels », alors que l'encre n'était pas encore sèche. Guy Braibant qualifiait, lors de la présentation de la Charte au Conseil européen de Biarritz du 14 octobre 2000 ²⁷, le compromis d'« acceptable », mais d'évolutif, « comme tout texte du même genre ». Le préambule de la Charte ne manque d'ailleurs pas de rappeler qu'il est nécessaire de renforcer la protection des droits fondamentaux, notamment « à la lumière de l'évolution de la société ». Quels droits pourrait-on encore inventer? L'imagination humaine est sans bornes. Le « droit au travail », proposé lors des débats, n'est pas inclus dans l'article II-75 relatif à la « liberté professionnelle » et au « droit de travailler ». Le « droit au logement » n'est pas mentionné au profit d'un « droit à une aide au logement » dans l'article II-93-3. Ces droits ont été généreusement inventés par les « constituants ». Plus encore : les droits soient qualifiés d'« indivisibles ».

2°) Les droits indivisibles

Le préambule de la Charte dit que l'Union se fonde sur des « valeurs indivisibles » qui mettent au même rang la dignité, la liberté, l'égalité et la solidarité. Loin de se contenter d'amoindrir les droits-libertés, elle les mine par les « droits-créances ». Certes, tant le droit de propriété que la liberté d'entreprendre sont consacrés par deux dispositions spécifiques. Il est vrai que l'article II-77 traite du droit de propriété, mais avec quelle faiblesse ! Le plan d'une Constitution est toujours un élément à considérer. Le droit de propriété n'est que le dix-septième des cinquante-quatre articles de la charte et la douzième des libertés mentionnées dans le second titre de la deuxième partie de la Constitution. Certes, l'article II-77-1 débute de manière à peu près acceptable: « Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété (...) ». Malheureusement, l'article ne se clôt pas ainsi. Il se poursuit: « (...), si ce n'est pour cause d'utilité publique (...) ». On pourrait dire que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans sa dix-septième et dernière disposition, n'est guère rédigée autrement, si ce n'est que l'indemnisation doit être « préalable ». On sait toute l'importance de ce mot lors du débat sur les nationalisations après 1981 et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ici, le texte continue de la manière suivante : « (...), dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte ». Que veut dire « en temps utile » ? Le coup de grâce est porté par la dernière phrase de l'article II-77-1: « L'usage des biens peut être réglementé par la loi, dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ». C'est une manière limpide de signifier que la propriété n'est pas un droit « inviolable et sacré », mais

²⁷ Guy Braibant, *op. cit.*, pp. 305-306.

en réalité une fonction. Un mytique « intérêt général » justifie un harcèlement textuel pour détruire le droit de propriété. Soit, répondra-t-on, mais la Charte ne devait pour l'essentiel que reprendre les droits inclus dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, son texte originel ne proclame même pas le droit de propriété, qui se trouve dans l'article 1er de son protocole additionnel et n'y est consacré qu'en termes fort timides. Il est vrai, si ce n'est que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a permis, au fil des années, de pallier une grande partie des carences les plus coupables du texte. Par ailleurs, l'article II-76 de la Charte est consacré à la « liberté d'entreprise », selon l'expression germanique, les Français parlant plutôt de liberté d'entreprendre. La rédaction est cursive : « La liberté d'entreprise est reconnue (...) ». Malheureusement, le texte continue ainsi: « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». Autant dire que cette liberté n'est que formelle, sans mauvais jeu de mots. Quel est l'intérêt de prévoir pareille disposition, si ce n'est à titre purement publicitaire ? Sa présence est sans doute encore pire que son absence.

Les droits-libertés sont dénaturés au sens propre comme au sens figuré, ce qui n'est pas rien, mais encore se trouvent-ils affaiblis par les droits-créances. Comment est-ce possible ? Par la théorie pernicieuse de l'« indivisibilité » des droits qui a fait couler beaucoup d'encre et qui se retrouve ici. Là encore, les déclarations de Guy Braibant sont précieuses. Dans son discours de clôture à la « Convention » du 2 octobre 2000, il a déclaré que le libellé de la Charte était le résultat d'un compromis entre les partisans des droits dits classiques - autrement dit surannés - et des droits dits modernes ²⁸. Jusqu'à présent, il existait peu ou prou une distinction entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques, sociaux et culturels de l'autre. Cette distinction s'évanouit au profit de « valeurs ». La visée est nette: « nous avons voulu éliminer la distinction classique de l'après-guerre, due au climat de l'époque entre ces droits » ²⁹. Pour la première fois, et au mépris du mandat de la « Convention », a-t-on regroupé dans un texte commun appelé à devenir obligatoire les droits sociaux et les autres droits, tous d'une valeur identique. Avec le principe de l'« indivisibilité » des droits, la dichotomie traditionnelle entre droits-créances et droits-libertés n'existe plus, au risque d'une absorption de ceux-ci par ceux-là. Avec la référence aux « principes » inscrits dans le préambule de la Charte, là encore au rebours du mandat de la « Convention », il est prévu que les juges puissent écarter ou annuler les normes qui porteraient atteinte à leur mise en œuvre, comme c'est le cas, confesse Guy Braibant ³⁰, du « droit au logement » en France. Tous les droits sont mis sur le même pied et il appartiendra aux juges de les concilier lorsqu'ils s'entrechoqueront. Les droits sociaux ne sont pas considérés, pour l'essentiel du moins, comme des droits dits subjectifs, mais comme des « principes » que le juge pourra utiliser, et ce au détriment de la sécurité juridique, que les « conventionnels » avaient mission pourtant d'établir. Quant aux autorités, tant de l'Union que des États membres, il leur appartiendra, si elles le souhaitent, conformément aux termes de

²⁸ *Ibid.*, p. 292.

²⁹ *Ibid.*, pp. 292-293.

³⁰ *Ibid.*, p. 85.

l'article II-112-5, de mettre en pratique les dispositions de la Charte qui contiennent des principes, lesquels ne sont pas directement invocables devant les juridictions contrairement aux droits. La conséquence aisément prévisible sera une inflation normative accrue. Enfin, la distinction entre des droits, des principes et des valeurs est-elle compréhensible par le commun des mortels ?

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne respecte pas les canons du constitutionnalisme car, au risque de choquer certains, il doit être constaté qu'il ne garantit pas les droits des Européens. A tout le moins, est-il conforme avec ce qui est couramment appelé la « séparation des pouvoirs » ? Rien n'est moins sûr.

II- Le Traité établissant une constitution pour l'Europe et la « séparation des pouvoirs »

La « séparation des pouvoirs » comporte en réalité deux dimensions. La plus connue est la dimension horizontale : les fonctions sont distribuées à des organes plus ou moins interdépendants, qu'il s'agisse de la fonction législative, de la fonction exécutive ou de la fonction judiciaire. L'autre dimension est verticale. Elle n'existe pas seulement dans les systèmes fédéraux, où la répartition des compétences s'effectue entre plusieurs gouvernements, mais aussi dans les systèmes unitaires, fréquemment décentralisés, avec le respect d'un principe fondamental : la subsidiarité. Malheureusement, le Traité traduit une mécompréhension de la « séparation des pouvoirs » verticale (A) et adopte une conception confuse de la « séparation des pouvoirs » horizontale (B).

A- La mécompréhension de la « séparation des pouvoirs » verticale

Un terme fait florès depuis la fin des années 1980 en Europe : celui de subsidiarité. Or, le Traité conçoit celle-ci à l'envers (1°). Quelle que soit sa nature, il envisage le fédéralisme – un mot tabou ... - de manière évanescence (2°).

1°) La subsidiarité à l'envers

La Convention sur l'avenir de l'Europe n'a pas manqué de s'intéresser de très près à la subsidiarité³¹. A la suite des travaux de l'un de ses sous-groupes, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe a consacré dans son article I-11 des « principes fondamentaux ». Formellement, il existe peu de changements : les trois principes, attribution, subsidiarité et proportionnalité, se retrouvent, mais ils sont plus développés et ils font l'objet d'un protocole joint au traité. L'article précise que « toute compétence non attribuée à l'Union dans la Constitution appartient aux États membres ». Cette disposition confirme ainsi que l'Union ne dispose que de compétences d'attribution, ce qui est conforme à un mécanisme fédéral. L'article précise ensuite le principe utilitariste à la base de la subsidiarité en disposant que l'Union n'intervient que lorsque « les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local,

³¹ Jean-Philippe Feldman, « la subsidiarité et le libéralisme » in *L'homme libre. Mélanges en l'honneur de Pascal Salin*, Paris, Les Belles Lettres, 2006, pp. 167-182.

mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. » La précision, qui a le mérite de faire référence au niveau infra-étatique, en omettant malheureusement l'individu ou à tout le moins le citoyen, comporte des précisions qui ne sont guère rassurantes. Enfin, un mécanisme est prévu par lequel les parlements nationaux veillent au respect du principe. Effectivement, le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité reprend en liminaire les termes du préambule du Traité de Maastricht, à savoir que les décisions doivent être prises « le plus près possible des citoyens de l'Union ». « Le plus près », mais pas « par » ces derniers... Le mécanisme proposé, qui fait intervenir les parlements des États, apparaît comme une garantie purement formelle : court délai, obligations restreintes, décision finale aux mains de la Cour de Justice dont la jurisprudence présente un biais traditionnel en faveur des compétences de l'Union. En substance, le principe préalable proclamé par le traité est le principe d'attribution, ce qui est rassurant. Si ce n'est que les domaines de compétence exclusive, de l'Union sont étendus, mais surtout que les domaines de compétence partagée sont immenses et que le texte prévoit dans ce dernier cas que les États-membres n'exercent leurs compétences que dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer - dispositions reprises de la loi fondamentale allemande -. En réalité, la précision du « niveau régional et local » n'a d'autre objet que de fonder l'intervention du Comité des régions au sein du contrôle.

Contrairement à ce que laissent entendre les textes communautaires, la subsidiarité ne se limite pas à la bonne organisation des pouvoirs publics, mais elle porte avant tout sur les communautés librement constituées. Les textes communautaires partent du postulat selon lequel tout ce qui est public doit rester tel et seul peut être discuté l'échelon public auquel le problème sera traité. Pour le dire autrement, la Communauté a un domaine de départ intangible, tout le reste étant négociable en fonction des circonstances. Cela fait penser à un joli proverbe polonais : « Ce qui est à toi, est à moi; ce qui est moi, n'y touche pas »... Surtout, les textes communautaires traduisent une conception descendante et non remontante de la subsidiarité : on ne part pas de l'individu, mais de l'Union. La subsidiarité est conçue à l'envers et limitée à un jeu à deux acteurs : les institutions européennes et les États, dans les derniers textes considérés tant au niveau central qu'au niveau régional et local. La bonne conception de la subsidiarité est tout autre. Elle consiste à partir de la souveraineté de l'individu et à remonter jusqu'aux différents pouvoirs. Affirmer la souveraineté de l'individu - cette expression étrange en France et si répandue Outre-Atlantique -, c'est affirmer que tout homme, est, de par sa naissance et de par sa nature, libre et responsable, donc appelé à se gouverner lui-même. C'est affirmer l'antériorité et la supériorité des droits de l'individu. Toute autorité extérieure doit rester subsidiaire, *i. e.* n'être appelée qu'en renfort de l'autorité que chacun exerce sur lui-même. Avant d'être un principe de bonne gestion ou de répartition des compétences, la subsidiarité se conçoit comme un principe de philosophie politique, comme un principe moral qui vise à respect les droits individuels. Si la décentralisation consiste à faire redescendre le possible au sein d'une structure hiérarchique, la subsidiarité consiste à faire remonter le nécessaire. C'est un principe porteur d'une logique du recul du pouvoir politique sur la société civile. La subsidiarité n'apparaît pas comme la répartition des compétences entre des États et un super-État, mais comme le libre épanouissement de la personnalité des individus et de la société civile ³². La subsidiarité, dans laquelle certains ont cru voir un principe hiérarchique allant des communautés moins importantes vers

³² Jean-Yves Naudet, « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, vol. III, n° 2/3, juin/septembre 1992, pp. 329-330.

les plus importantes, consiste en un principe d'organisation qui repose sur la primauté de l'individu et sur sa liberté d'action au nom de sa dignité.

Stéphane Rials³³ souligne que le principe de subsidiarité recouvre deux propositions. Selon l'une, la subsidiarité se ramène à l'idée que les sociétés sont subsidiaires par rapport à l'individu, *i.e.* que la sphère publique est subsidiaire par rapport à la sphère privée. Selon l'autre, ainsi qu'elle est traditionnellement présentée, il ne faudrait pas remettre à une société plus grande ce qui pourrait être accompli par une société plus petite. Or, observe l'auteur, ce n'est pas simplement parce qu'elle est plus «petite» qu'une société doit se trouver valorisée par rapport à une autre, mais en raison de l'éminence que lui confère sa nature de cadre non seulement plus immédiat, mais encore plus enraciné, d'épanouissement de la personne. Chantal Millon-Delsol³⁴ avance qu'à ce sujet, il n'est pas exact de dire que l'action de proximité soit toujours mieux accomplie, mais que la proximité du résultat est souvent compensée par la satisfaction de mener soi-même sa propre existence. Otfried Höffe³⁵ détonne quant il écrit qu'« en cas de conflit de compétences, ce n'est pas, par principe, la communauté la plus petite et la plus familière au monde vécu, mais celle qui sert le plus l'individu que l'on doit renforcer. Or, les liens tribaux peuvent bien porter et soutenir l'individu, mais ils peuvent aussi l'enserrer dans des chaînes. » Cette observation est judicieuse - elle contribue à l'explication de la dialectique du fédéralisme et, plus largement, des systèmes d'union -, mais elle appelle à être précisée. Le niveau le plus « élevé » vient parfois au secours de l'individu et il va lui permettre de briser le carcan qui l'enserrait, ce carcan mis en place par des niveaux « moins élevés ». Mais, cette dialectique peut se révéler périlleuse pour l'individu car le niveau le plus « élevé » peut lui aussi abuser de son pouvoir et il le peut d'autant plus - et d'autant plus dangereusement - qu'il est justement le niveau le plus « élevé ». De là, l'intérêt de savoir que la valeur tout à la fois première et finale est l'individu. C'est à son aune uniquement que l'on doit juger de la légitimité des mesures prises, quel que soit le niveau de l'autorité normative. L'expression utilisée par l'auteur n'apparaît pas parfaitement exacte. Ce n'est pas ce qui « sert » le plus l'individu qui doit guider les choix -un tel critère utilitariste est pour le moins contestable-, c'est ce qui permet de préserver la souveraineté de l'individu ou, si elle est contestée, de l'établir.

Jean-Marie Pontier³⁶ prétend que le principe de subsidiarité concerne la relation de l'État aux autres sociétés, et non pas la nature de l'État lui-même, pour le dire d'une autre manière, qu'il n'implique pas une conception déterminée des fonctions de l'État dans la société. Une telle allégation apparaît spécieuse. Si la subsidiarité concerne la relation de l'État aux autres sociétés, il n'existe aucune limite à l'intervention de l'État. Or, la subsidiarité exclut l'État définitivement de certaines fonctions. Le premier étage de la définition n'est pas compris, car l'auteur oublie que l'individu est le point de départ, comme le point d'arrivée. Il omet le critère qui permet de juger de la légitimité de l'intervention étatique, alors que la nature de l'État est l'ombre portée de la subsidiarité. La subsidiarité laisse chacun faire ce dont il est capable, librement, et elle ne réserve à l'État que les activités hors marché³⁷ - les anarchistes

³³ Stéphane Rials, *Destin du fédéralisme*, Paris, Institut La Boétie, L.G.D.J., 1986, pp.22-23.

³⁴ Chantal Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, Paris, P.U.F., 1993, p. 72.

³⁵ Otfried Höffe, « subsidiarité et fédéralisme » in Simone Goyard-Fabre (dir.), *L'Etat au XXe siècle. Regard sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Paris, Vrin, 2004, p. 200.

³⁶ Jean-Marie Pontier, « La subsidiarité en droit administratif », *Revue du droit public et de la science politique*, 1986, pp.1520-1521.

³⁷ Jacques Gareilo & Jean-Yves Naudet, *Abécédaire de science économique*, Paris, Albatros, 1991, v° « Subsidiarité », pp.207-208.

corrigeaient quelque peu la formulation de cette phrase ! -. Ainsi que l'exprime Jacques Garelo ³⁸, à traiter de la bonne subsidiarité verticale - le plus de pouvoirs en bas, le moins en haut -, il ne faut pas oublier pour autant la subsidiarité horizontale - le plus d'activités régies par l'échange, par définition volontaire, le moins par le pouvoir de coercition -. En substance, le principe de subsidiarité présente une double dimension. D'abord, une dimension horizontale: la subsidiarité est décrite comme la ligne de partage entre la puissance publique et la société civile; elle signifie qu'à chaque niveau de décision doit être établi ce clivage. Ensuite, verticale : la subsidiarité l'est au sein de la sphère publique. Il s'agit alors de placer la décision le plus proche possible des individus, aussi longtemps qu'il n'est pas nécessaire de passer à un autre échelon. Il ne s'agit pas de transférer des activités à d'autres niveaux de compétence, mais d'interdire à toute collectivité l'exercice de ces compétences. Ce n'est que lorsque ce principe ne peut être respecté, ce n'est qu'en cas de défaillance de l'individu, qu'une suppléance peut être organisée, suppléance toujours révoquée dans le temps et qui doit être d'autant plus strictement entendue, qu'elle doit respecter un autre principe lié à la subsidiarité : la proportionnalité.

2°) Le fédéralisme évanescent

Pour beaucoup d'auteurs, le fédéralisme européen se conçoit comme la mise en place d'institutions centralisées par lesquelles il existe une superposition de gouvernements au sens hiérarchique. Une telle conception traduit une méconnaissance des principes fondamentaux du fédéralisme. Un système fédéral, il n'est pas inutile de le rappeler cursivement, se distingue d'un système unitaire. Dans un système unitaire, il n'existe qu'un ordre juridique sur un même territoire. Dans un système fédéral, il existe deux ordres juridiques. La doctrine classique estime que ces deux ordres juridiques sont superposés, le droit fédéral brisant le droit fédéré, ce qui assure la suprématie de l'« Etat fédéral ». En réalité, les deux ordres juridiques ne sont pas superposés, mais théoriquement indépendants et étanches. Cette indépendance et cette étanchéité sont garanties par le contrôle, supposé objectif et impartial, d'une cour constitutionnelle. Le gouvernement fédéral, qui ne saurait être qualifié d'Etat, n'est pas situé au-dessus des gouvernements des Etats, car le droit fédéral s'applique directement et habilement aux individus sans passer par le filtre des Etats. Encore faut-il préciser que le droit fédéral brise le droit fédéré uniquement dans les matières qui ressortissent à la compétence du gouvernement fédéral, et ce sous le contrôle du judiciaire. Encore faut-il préciser que la compétence fédérale n'est pas une compétence de principe, mais d'attribution. Cela signifie que la sphère de compétence des autorités fédérées se trouve constitutionnellement garantie et que le principe de subsidiarité innerve le fédéralisme. En bref, un système fédéral ne se caractérise pas par une hiérarchie, un niveau commandant à l'autre, tel un système pyramidal. La figure géométrique la plus adaptée serait celle de deux cercles d'inégales circonférences – le plus petit ayant trait au domaine fédéral – qui se recouvrent pour une petite partie, zone grise des compétences disputées dont le règlement se trouve tranché par le judiciaire. ³⁹

³⁸ Jacques Garelo, « la subsidiarité, principe de bon gouvernement ? », *The Lion*, n° 552, décembre 2003, p. 37.

³⁹ Jean-Philippe Feldman, « Alexis de Tocqueville et le fédéralisme américain », *Revue du droit public et de la science politique*, n° 4, 2006, pp. 880-881.

Le fédéralisme doit être compris comme une application des principes de la concurrence au domaine institutionnel. La distribution du Pouvoir entre différents gouvernements en concurrence permet de garantir la Liberté. Or, l'Europe communautaire tourne le dos à la mise en concurrence des normes juridiques. Au lieu de faire jouer l'harmonie, résultat spontané de la concurrence des règles, elle entend harmoniser les règles pour éviter les phénomènes de concurrence.

Un bémol doit toutefois être apporté à ce sévère constat. Le Traité consacre le « droit de retrait ». Pour la première fois expressément au niveau communautaire, le « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » mentionne le droit de sécession, pudiquement appelé « retrait volontaire de l'Union »⁴⁰. En effet, l'article I-60 dispose que « tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union européenne ». Une telle mention peut surprendre. Elle se trouvait pourtant dans tous les projets établis lors de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Selon un principe bien connu du droit de résistance, la consécration d'un droit de sécession n'a pas tant pour objet de permettre son application que de l'empêcher ou, à tout le moins, d'encadrer drastiquement et juridiquement un phénomène politique. La suite de l'article I-60 le confirme. L'État sécessionniste ne dispose pas d'un droit unilatéral et absolu de « retrait ». Il se trouve enserré par des règles procédurales qui apparaissent comme une course d'obstacles, et qui rappellent les termes de la Cour suprême du Canada dans son « renvoi relatif à la sécession du Québec ». L'État sécessionniste doit d'abord notifier son intention au Conseil européen ; puis, l'Union négocie avec lui un accord qui fixe les modalités de son retrait ; enfin, le Conseil européen conclut cet accord au nom de l'Union, à la majorité qualifiée et après approbation du Parlement européen. Ses dispositions confirment que, même consacrée, la sécession n'est pas un long fleuve tranquille...

B- La confuse « séparation des pouvoirs » horizontale

La « séparation des pouvoirs » horizontale recouvre la conception traditionnelle de cette expression quelque peu galvaudée. Les fonctions législative, exécutive et judiciaire doivent être remises à des organes distincts et plus ou moins interdépendants pour que la Liberté soit sauvegardée. Force est de constater que la distribution des pouvoirs opérée par le Traité apparaît obscure (1°). Mais ce point reste mineur par rapport au fait que le Pouvoir en lui-même ne se trouve pas limité (2°).

1°) l'obscurité de la distribution des « pouvoirs »

Le titre IV de la première partie du Traité concerne, dans son chapitre I, le « cadre institutionnel ». Les institutions de l'Union se divisent en cinq organes selon l'article I-19 : le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil des ministres, la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne. Le fonctionnement des institutions est développé dans le titre VI chapitre I section 1. Si la fonction judiciaire est accordée à un organe unique, les fonctions législative et exécutive sont toujours

⁴⁰ *Id.*, « Droit de sécession » in Joël Andriantsimbazovina *et al.* (dr.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, P.U.F./Lamy, à paraître.

distribuées à différents organes. C'est une institution à la fois législative et exécutive – la Commission européenne – qui empiète sur les fonctions d'un Parlement européen, lequel demeure unicaméral, *i. e.* sans contrepoids internes. Même la fonction judiciaire se trouve en fait éclatée car, pratiquement et selon l'article II-112, la Charte des droits fondamentaux de l'Union contient de multiples droits issus de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme.

Ce n'est évidemment pas le fait qu'il y ait concurrence entre les organes qui soit gênant, mais le fait que l'architecture institutionnelle de l'Union soit toujours aussi brumeuse et incompréhensible, non seulement aux yeux du citoyen lambda qu'aux yeux-mêmes d'un individu au fait des subtilités communautaires. Cela est d'autant plus gênant que l'un des objectifs de la Convention sur l'avenir de l'Europe était la clarification et la simplification...

2°) l'absence de limites au Pouvoir

Il y a bien plus grave que le fait que la distribution des « pouvoirs » soit aussi obscure. C'est le fait que le Pouvoir lui-même ne soit pas limité. Une première indication est fournie par l'épigraphe originelle. Il peut paraître surprenant de s'attacher à l'étude d'une épigraphe, et ce pour deux raisons ⁴¹. La première, générale, est qu'il s'agit, comme son nom l'indique, d'une simple citation. La seconde, spéciale, est que cette dernière a disparu du texte définitif au motif qu'elle était « contraire à l'égalité des Etats ». Une telle appréciation serait peu pertinente. Même supprimé, l'appel, erroné, à la démocratie athénienne est révélateur des « intentions » des Conventionnels. Le président de la Convention a entendu en épigraphe citer Thucydide selon lequel la Constitution « est appelée démocratie parce que le pouvoir est entre les mains non d'une minorité, mais du plus grand nombre ». Les États et les peuples des États d'Europe vont ainsi non seulement accepter un traité, mais établir une constitution qui promet une démocratie. Et au sein de ce régime démocratique, la répartition des compétences, noyau du fédéralisme, est soigneusement prévue. Quelles sont les compétences de l'Union ? Ce sont des compétences d'attribution, selon l'article I-11, dont l'exercice se trouve régi par les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Le droit de l'Union, d'applicabilité directe pour certaines normes - et notamment la « loi européenne » - aux termes de l'article I-33, bénéficie d'une clause de suprématie. L'article I-6 entérine une règle à l'origine prétorienne.

Malheureusement, les conventionnels se sont fourvoyés. L'épigraphe de la Constitution permettrait presque de se dispenser de lire la suite du texte. Celui-ci est compris comme la volonté de la majorité sur la ou les minorités. La citation apparaît d'autant plus éclairante... qu'elle est tronquée! En réalité, Thucydide entend reprendre le célèbre discours funèbre que Périclès aurait prononcé pour glorifier la Constitution d'Athènes, et implicitement pour dévaloriser les institutions spartiates. Le discours, cette fois bien traduit, ne signifie pas que la majorité impose sa volonté à la minorité, mais qu'elle n'agit pas dans l'intérêt d'une minorité, ce qui est tout autre chose! « Notre constitution politique n'a rien à envier aux lois qui régissent nos voisins ; loin d'imiter les autres, nous donnons l'exemple à suivre. Du fait que l'État, chez nous, est administré dans l'intérêt de la masse et non d'une minorité, notre régime a pris le nom de démocratie » ⁴². Telle est l'originalité des institutions athéniennes. Karl Popper ⁴³ affirmait

⁴¹V. Jean-Philippe Feldman, « Existe-t-il un constitutionnalisme européen ? », *loc. cit.*.

⁴² Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse I*, trad. Jean Voilquin, GF-Flammarion, 1966, II, XXXVII, p. 134.

⁴³ Karl R. Popper, *La société ouverte et ses ennemis. Tome 1. l'ascendant de Platon*, trad. Jacqueline Bernard & Philippe

d'ailleurs que bien plus qu'un éloge d'Athènes, il fallait voir dans l'oraison funèbre une défense de la « société ouverte » et une attaque prémonitoire contre les idées « totalitaires » de Platon. Une constitution n'est pas un instrument d'organisation du pouvoir de la majorité sur la minorité. Une constitution est une protection des minorités, à commencer par la plus petite d'entre elles: l'individu, contre les atteintes que peut leur porter la majorité, C'est une protection des individus contre tout arbitraire, fût-il prétendument légitimé par une écrasante majorité ⁴⁴.

A supposer même que la « séparation des pouvoirs » ait été opérée avec sagacité, il n'en demeurerait pas moins que le Traité serait parcellaire. Les conventionnels n'ont guère médité les mises en garde de Benjamin Constant. Dans ses *Principes de politique*, celui-ci expliquait que la « séparation des pouvoirs » était certes nécessaire, mais qu'elle était insuffisante. Ce qui importait, ce n'était pas tant les dépositaires de la force que son degré ⁴⁵. Constant ajoute avec profondeur : « Vous avez beau diviser les pouvoirs : si la somme totale du pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n'ont qu'à former une coalition, et le despotisme est sans remède. Ce qui nous importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir, sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs. » ⁴⁶

Conclusion : rupture ou continuité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ?

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe comporte en apparence de multiples innovations – consécration par exemple du terme « constitution » et d'un « droit de retrait » au sein d'un document unique -, mais il doit avant tout être envisagé comme un texte d'un grand conformisme, et ce à un double égard. En premier lieu, au regard de la « construction européenne ». Formellement, la Convention sur l'avenir de l'Europe a suivi les brisées de l'« enceinte » en ne respectant pas les termes de son mandat. Au fond, la continuité est tout aussi frappante. L'architecture institutionnelle est conservée avec ses ambiguïtés et sa complexité ; les droits de l'homme sont ceux de la Charte des droits fondamentaux. En second lieu, au regard des Etats membres. On pouvait espérer que le niveau communautaire aboutisse à redresser les erreurs commises par les Etats membres et à revenir sur leurs errements. La surprise n'est pas de mise. L'absence de respect des principes fondamentaux du constitutionnalisme bien entendu par les Etats membres se retrouve dans les institutions communautaires. Le Traité accuse les défauts congénitaux du niveau interne comme du niveau européen. Le rejet du Traité laisse en suspens une double question nodale : l'Europe communautaire doit-elle être définitivement un espace politique dans lequel l'harmonisation des règles constitue l'un des objectifs majeurs ? Ou bien doit-elle être un espace de liberté dans lequel la concurrence des règles produit spontanément l'harmonie ? Autrement dit, l'Europe communautaire n'innove guère parce que ces deux interrogations fondamentales ne font que traduire l'ancestrale lutte qui oppose le Pouvoir à la Liberté.

Monod, Seuil, 1979, pp. 152-153.

⁴⁴ Friedrich A. Hayek, *La constitution de la liberté*, trad. Raoul Audouin et Jacques Garello, révisée par Guy Millière, Litec, 1994, p. 177.

⁴⁵ Benjamin Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, chap. I, in *Id.*, op. cit., p. 312.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 317.