

L'intégration dans l'Union supranationale

Le modèle européen d'organisation du processus d'intégration géo-régionale
et ses implications juridiques et théoriques

(Integration in der Supranationalen Union. Das europäische Organisationsmodell einer prozeßhaften
geo-regionalen Integration und seine rechtlichen und staatsrechtlichen Implikationen,
Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001)

Résumé

(www.jura.uni-goettingen.de/Schmitz)

Traduction: Hélène Lepoivre, Göttingen

Chapitre 1: Exposé du problème

1. A. L'ordre mondial du 20^{ème} siècle, auquel le 21^{ème} siècle se rattache, repose sur un principe d'organisation formel, fondamental et universel, qui n'est nulle part sérieusement remis en question: le *principe de l'Etat territorial*. L'humanité ne forme pas une unité, mais se subdivise en environ 200 communautés particulières (peuples), formant chacune un groupement politique [Herrschaftsverband] politiquement et juridiquement reconnu et ne dépendant de personne (souverain), lequel est appelé l'Etat. Chaque Etat se voit attribuer une partie délimitée de la surface du globe (le territoire de l'Etat), relevant exclusivement de son pouvoir souverain (puissance étatique [Staatsgewalt]) et à laquelle, par ailleurs, ce dernier se limite pour l'essentiel. Dans cet ordre le pouvoir en vertu du droit supérieur (puissance publique [Hoheitsgewalt/öffentliche Gewalt]) signifie fondamentalement la puissance du groupement politique souverain sur son territoire, c'est-à-dire de l'Etat sur son territoire étatique. Les autres détenteurs de pouvoir ne peuvent acquérir de puissance non-dérivée et indépendante, c'est à dire de puissance souveraine.

2. Chaque Etat peut s'organiser librement et n'est soumis pour l'exercice de sa souveraineté sur son territoire qu'à des liens de droit international public de peu d'importance. Chacune des environ 200 communautés particulières dont l'humanité se compose peut s'orienter selon ses propres conceptions politiques et idéologiques et peut, sur le territoire du groupement politique souverain, réaliser conformément à sa propre spécificité culturelle son propre ordre étatique (*droit d'autodétermination*). Cela peut aussi avoir pour conséquence que des personnes n'étant pas ou plus d'accord avec la situation existante se réunissent en une nouvelle communauté particulière autonome (un nouveau peuple) et constituent un nouveau groupement poli-

tique souverain. L'ordre mondial des Etats présume la subdivision du globe en Etats, non leur nombre ou leur identité concrète.¹

3. Bien la plupart des Etats se conçoivent comme Etats nationaux, c'est-à-dire en tant que groupements politiques basés sur une communauté particulière homogène et se distinguant de l'extérieur par des critères historiques, ethniques, culturels ou linguistiques: la nation. Le fondement de leur compréhension est une doctrine politique très influente depuis la fin du 18^{ème} siècle, la théorie de la nation. Le principe de formation des Etats nationaux, qui grâce à cette théorie est fondé en théorie de l'Etat, a marqué l'ordre mondial du 20^{ème} siècle de façon aussi durable et efficace que le principe de l'Etat territorial.² Cet ordre mondial peut donc être qualifié *d'ordre mondial des Etats nationaux*. A côté de la division du globe en Etats nationaux, ce dernier était caractérisé tout au long de nombreuses décennies par une *pensée orientée nationalement*, où chaque Etat national se trouvait seul au centre du droit, de la politique et de la science, et où une coopération responsable avec d'autres Etats nationaux ne se développait qu'avec réticence. En y regardant de plus près, on a à faire ici à vrai dire à un conglomérat de trois modes de penser ayant certes coïncidé historiquement, mais qui n'auraient pas dû forcément coïncider sous cette forme: la pensée se rapportant au concept de la nation, celle centrée étroitement sur le modèle de l'Etat et celle se rapportant uniquement aux Etats particuliers.³

4. Dans les décennies qui suivirent la deuxième guerre mondiale, l'ordre mondial des Etats nationaux connut un bouleversement radical. De nouvelles menaces et de nouvelles missions apparurent, qu'une démarche nationale et solitaire ne pouvait surmonter. Les défis se sont continuellement accentués. Ils font apparaître aujourd'hui toujours plus clairement l'image d'une *mondialisation* et d'une *géo-régionalisation* des problèmes de fond, ainsi que celle d'un Etat national de plus en plus débordé et ce dans toujours plus de domaines.⁴

5. Tout d'abord, l'idée répandue était que la réponse à ces défis reposait uniquement sur la création d'un grand Etat fédéral (ouest-) européen d'après le modèle américain: les «Etats-Unis d'Europe». Mais finalement, les Etats nationaux d'Europe occidentale ont cherché d'autres voies. Ils renforcèrent la coopération au moyen de traités internationaux et d'organisations internationales et fondèrent des *institutions supranationales*, c'est-à-dire des institutions de droit international public, auxquelles des droits de souveraineté [Hoheitsrechte] sont conférés, et qui se distinguent ainsi par leur emprise directe et souveraine sur les citoyens et les pouvoirs publics des Etats Parties. A elle seule, cette évolution était à peine encore conciliable avec le concept traditionnel de l'Etat national. Un ensemble de trois organisations supranationales, les Communautés européennes, devait en outre servir à l'intégration globale de leurs Etats membres. Elles firent l'objet de plusieurs réformes pour finalement, avec le traité de Maastricht qui compléta cette organisation de deux «piliers» de coopération intergouvernementale, être transformées en Union européenne.⁵

1 1-A.I.1.

2 1-A.1.

3 1-A.I.2.

4 1-A.II.

5 1-A.III.

6. *B.* Cette *Union européenne* constitue le résultat provisoire d'un processus continu d'unification *sans précédent historique*. Nombreux sont les groupements historiques présentant des similitudes, mais aussi des différences décisives. L'Union se différencie du Saint-Empire-Romain-Germanique, avec lequel quelques similitudes surprenantes existent dans le domaine institutionnel, par le fait que sa construction tout aussi compliquée repose sur un concept rationnel, encore ouvert par conséquent à une explication logique et systématique avec les instruments du raisonnement juridique. Le groupement politique supranational «Union européenne» est une évolution européenne originale contemporaine, la grande innovation de l'histoire européenne du 20^{ème} siècle.⁶

7. Les difficultés pour expliquer cette entité singulière, qui manifestement n'a pas encore trouvé sa forme définitive, au moyen des modèles traditionnels issus du droit international public, du droit constitutionnel et de la théorie générale de l'Etat ont suscité dans la discussion tant politique que scientifique de l'incertitude et de la confusion. Tout d'abord, une notion générique ne s'est pas implantée. Dans la littérature on trouve de nombreuses circonlocutions, vagues la plupart du temps. Le concept d'«Association d'Etats» [«Staatenverbund»], repris par la Cour constitutionnelle fédérale allemande est particulièrement répandu, de même que les appellations d'organisation «sui generis», de «Communauté d'Etats», de «Communauté supranationale» et d'«Union supranationale». La *notion générique d'Union supranationale* est à la base de notre analyse, car elle renvoie tant à l'origine au sein d'une organisation supranationale (CECA), qu'au rapport particulièrement étroit entre les Etats Parties, sans pour autant être encore employée par l'usage linguistique appliqué aux trois communautés européennes, et se laissant traduire en d'autres langues sans risque de déformation.⁷

8. L'absence de concept bien établi est symptomatique du manque de clarté quant aux corrélations institutionnelles, structurelles et juridiques fondamentales. Rien qu'au sujet de la construction de l'Union européenne les opinions divergent. Cela vaut aussi pour la question de sa nature juridique et de sa personnalité juridique internationale. Enfin, de nombreuses questions fondamentales restent en suspens, comme par exemple la réalisation de la démocratie dans l'Union, la souveraineté des Etats membres, la hiérarchisation entre le droit supranational et le droit national ainsi que la décision définitive dans le cadre de conflits de compétences. La dynamique de l'organisation d'intégration [Integrationsverband] européenne, sa structure compliquée et la dissémination de ses fondements juridiques rendent la réponse considérablement plus difficile.⁸

9. Par ailleurs, les *tendances à la perception limitée ou déformée des problèmes* nuisent à la compréhension de l'Union. Par suite d'une orientation précipitée aux modèles d'explication traditionnels empruntés à la théorie générale de l'Etat, les problèmes sont facilement méconnus ou présagés au mauvais endroit. En cas de conflit entre le droit national et le droit supranational, la tentation est grande de saisir le problème comme un rapport de tension bilatéral et de dissimuler ainsi le fait que quatorze autres Etats sont Parties à l'Union et qu'une solution à un problème parfaitement

6 1-B.II.

7 1-B.III.1; en allemand: Supranationale Union; en anglais: supranational union; en espagnol: Unión supranacional.

8 1-B.III.2.

adaptée aux besoins d'un Etat membre ferait très probablement naître de nouveaux problèmes dans d'autres Etats membres. D'autres déficits résultent du fait que la discussion scientifique a lieu principalement dans des cercles séparés - séparés non seulement en fonction des Etats ou des espaces linguistiques, mais aussi en fonction des disciplines scientifiques (science du droit, sociologie, sciences politiques) et souvent, en outre, en fonction des disciplines partielles (droit européen, droit constitutionnel / théorie générale de l'Etat, droit international public).⁹

10. *C.* La puissance souveraine s'est différenciée verticalement - spécialisée, échelonnée, imbriquée - dans une mesure qui aurait été impensable dans l'ancien ordre étatique national. Il y a aujourd'hui plus de niveaux, plus de catégories, plus d'interdépendances des puissances publiques. Cela soulève des questions fondamentales, à savoir tout d'abord s'il s'agit de puissances publiques séparées ou bien de parties d'une seule puissance publique formant ensemble un système, construit le cas échéant autour d'un point d'archimède, et ensuite à quel niveau ce dernier est établi, s'il peut se déplacer et quelles conséquences en résultent pour les relations entre le droit national, le droit de l'Union et le droit international. Cela conduit aussi à la *question élémentaire de savoir quelle importance revient aujourd'hui encore à l'Etat*. Son implication croissante au sein de structures internationales et supranationales a transformé son rôle. L'ouverture des frontières étatiques, la mobilité transfrontalière, le rapprochement des politiques gouvernementales et l'unification des espaces économiques rendent ses contours imprécis. Au centre de la discussion au sujet d'une redétermination de sa position se situe encore et toujours le concept de souveraineté.¹⁰

11. *D.* L'effondrement de l'ordre mondial des Etats nationaux, la consolidation d'un ordre de grandeur supranational en Europe, la différenciation de la puissance publique et la transformation du rôle de l'Etat ont conduit dans les années quatre-vingt-dix de façon croissante à un appel à la protection et à la réactivation de l'Etat national. Le souci qui s'exprime par là vaut moins pour l'Etat national en tant que tel que pour son héritage conceptuel historique en dehors même de l'idée d'Etat national, à savoir la réalisation globale ultérieure des orientations philosophiques et politico-philosophiques prenant profondément racine dans les théories générales occidentales de l'Etat, imprégnant les systèmes politiques et déterminant les *valeurs fondamentales* [Grundwerte] et (autres) *idées directrices* [Leitideen] de l'Etat moderne contemporain. Les institutions constitutionnelles et de droit commun que l'Etat national avait développé en vue de leur réalisation et de leur garantie ont perdu en efficacité ou bien courent le risque d'être éludées. Les dispositions prises en droit communautaire n'ont pas partout éveillé la confiance en leur pouvoir de compensation.¹¹

12. Au premier plan se trouve l'inquiétude au sujet de la *démocratie*, déclenchée par la perte d'influence du peuple dans chaque Etat membre ainsi que par la déparlementarisation et gouvernementalisation de l'ensemble du système. Ensuite, l'inquiétude au sujet des *droits fondamentaux*, déclenchée par la perte d'influence des droits fondamentaux garantis dans les constitutions nationales et des mécanismes de protection nationaux, lesquels sont écartés par le droit supranational. Enfin, l'inquiétude au sujet de l'*Etat de droit*, provoquée par une application pro-communautaire tendan-

⁹ 1-B.III.3.

¹⁰ 1-C.

¹¹ 1-D.

cieuse des règles de compétence par la Cour de justice des Communautés européennes, et aggravée par la menace d'un contrôle en dernière instance en violation du traité par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. L'inquiétude au sujet de l'*Etat social* est davantage un problème politique, car une menace dirigée contre l'Etat social en tant que valeur fondamentale de la théorie de l'Etat n'est, avec les transformations suscitées par le Marché intérieur, la concurrence et la participation à l'Union monétaire, pas encore en vue. L'inquiétude quant à la *structure étatique fédérale* s'exprime avant tout dans les mises en garde contre une érosion des compétences des Länder. Depuis que les Länder, par des contacts avec des hommes politiques de haut rang, par une représentation propre à Bruxelles et par le Comité des régions, invoquent eux-mêmes leurs intérêts, des voix critiques mettent du reste aussi en garde contre un affaiblissement de la Fédération, pour peu que ce développement doive remettre en question le monopole du gouvernement fédéral concernant la représentation des intérêts allemands. Dans certains Etats unitaires, des développements semblables ont conduit à une inquiétude quant à la *structure étatique unitaire*. Enfin, une inquiétude quant à l'*identité nationale et régionale* apparaît au travers des mises en garde contre une perte menaçante de la qualité d'Etat souverain, de la résistance au nivellement des différences culturelles et des réserves émises au vu de la mise à l'écart de certains principes généraux et structures juridiques caractérisant l'Etat de droit dans le domaine du droit administratif national, auxquels est superposé le droit de l'Union (européanisation du droit administratif).¹² - Si l'intégration européenne ne veut pas perdre à terme en acceptation, cette inquiétude quant aux valeurs et structures fondamentales dans la communauté politique doit être écartée par des solutions convaincantes.

Chapitre 2: Une nouvelle forme d'organisation: l'Union supranationale

13. A. Avec l'Union européenne et même déjà avec les Communautés européennes dans leur stade le plus avancé, l'intégration européenne a créé un modèle européen d'une nouvelle forme de communauté. L'*évolution* se subdivise en quatre phases. Il y eut tout d'abord le démarrage par une organisation supranationale spécialisée en vue du contrôle de l'économie du charbon et de l'acier (1952). Dans une deuxième phase, une communauté d'Etats d'Europe occidentale s'est formée, limitée à certains domaines mais bien institutionnalisée, qui se composait de trois organisations supranationales formant une seule unité d'action et d'influence (1958 - 1967). Dans une troisième phase, cette dernière continua à se développer par des approfondissements et élargissements successifs ainsi que par l'affranchissement de la limitation théorique à des domaines économiques particuliers en une organisation d'intégration à vocation générale (1967 - 1987). L'organisation spécialisée [Zweckverband] d'origine devint alors un cadre institutionnel aménageable pour une intégration globale progressive. La quatrième phase (depuis l'entrée en vigueur de l'AUE en 1987) est une phase de consolidation et de développement de cette organisation d'intégration à vocation générale. Son importance n'est pas relativisée par l'existence d'autres organisations européennes ou bien aussi européennes (Conseil de l'Europe, OSCE, EEE).¹³

¹² 1-D.I-VI.

¹³ 2-A.I.

14. L'Union européenne est une *Union homogène aux fondements institutionnels et juridiques éparpillés*. Elle n'est à comprendre ni en tant que simple réunion d'unités autonomes par le droit matériel [materiell-rechtlicher Verbund], ni en tant que groupement unitaire dans lequel fusionnent les Communautés, ni encore en tant que construction par piliers, mais en tant qu'organisation globale cohérente composée de différents acteurs, à savoir d'ensembles d'acteurs (les Communautés et leurs organes) et d'acteurs particuliers (les organes chargés de missions par le traité d'Union). Les Communautés sont des composantes de l'Union, leurs traités constitutifs les éléments d'un ordre juridique homogène. En tant qu'institution globale, l'Union dispose, de même que ses composantes CE, CEEA et CECA d'une *personnalité juridique* internationale propre.¹⁴

15. L'Union européenne est un *groupement politique aux caractéristiques particulières*, propres à engendrer la formation de nouvelles catégories. La plus importante est sa qualité d'organisation d'intégration supranationale. C'est une union universelle limitée à des partenaires choisis, établie à long terme et à laquelle ses Etats membres reconnaissent, au regard de l'avenir commun projeté, une valeur propre dépassant les missions qui lui sont attribuées. Elle remplit sa fonction d'intégration principalement par la prise en charge de missions d'intérêt public par l'exercice d'une puissance publique supranationale, fait cependant aussi fonction de cadre institutionnel pour une coopération intergouvernementale formalisée et institutionnalisée de ses Etats membres, ainsi que de lieu d'implantation du droit matériel de l'intégration. En tant qu'union politique à vocation générale, elle est ouverte conceptuellement à des missions de toutes sortes issues de tous les domaines politiques. Sa dynamique la distingue non seulement des organisations internationales traditionnelles, mais aussi des Etats.¹⁵

16. Par ses caractéristiques particulières, l'Union européenne s'est tant éloignée des organisations supranationales spécialisées traditionnelles, que l'on ne peut lui appliquer les affirmations sur cette forme d'organisation que de façon limitée. Elle est donc à ranger dans une nouvelle catégorie de communauté d'Etats, pour laquelle le concept d'*Union supranationale* est approprié. Ce dernier se laisse *définir* de la manière suivante: une Union supranationale est une organisation internationale instituée par plusieurs Etats aux fins d'intégration, vouée à une évolution continue et théoriquement ouverte à des fonctions de toutes sortes, qui remplit sa fonction d'intégration principalement en prenant elle-même en charge, dans une large mesure et par l'exercice d'une puissance publique, des missions d'intérêt public dans les Etats membres.¹⁶

17. **B.**Après avoir constaté que l'Union européenne représente une nouvelle forme d'organisation, le moment est venu de définir sa position et sa nature juridique. L'Union supranationale réunit en elle tous les traits caractéristiques d'une organisation supranationale et d'une confédération d'Etats, tout en les dépassant. Par conséquent, elle est plus qu'une simple organisation internationale ou supranationale, plus qu'une simple confédération d'Etats et plus qu'une simple combinaison de ces formes d'organisation.¹⁷ Certaines particularités se trouvant dans l'Union européenne laissent

14 2-A.II.1.b.

15 2-A.II.1.a/c-e.

16 2-A.II. 2/3.

17 2-B.I/II.

déjà penser à une forme particulière de l'Etat fédéral. Toutefois, l'Union supranationale n'est pas un Etat et l'Union européenne ne peut devenir un Etat fédéral sans quitter cette forme d'organisation qu'est l'Union supranationale. Il s'agit ici d'une *nouvelle forme d'organisation relevant du droit international public*, spécifique et juridiquement à part.¹⁸

18. La distinction entre l'Etat et les formes d'organisation non-étatiques est une stipulation préalable du droit international public. Parce qu'il se construit à partir du principe d'Etat territorial, sur le droit des peuples à l'autodétermination et sur le concept juridique de la souveraineté, le droit international public est lié au fait que les entités internationales responsables «naturelles»[«natürliche» völkerrechtliche Zurechnungseinheiten], auxquelles reviennent les positions internationales originaires, à savoir les Etats, se laissent déterminer à tout moment de façon claire. Parmi divers groupements politiques liés entre eux verticalement et de dimensions géographiques différentes (locale, régionale, nationale, géo-régionale, globale), un seul peut prétendre être un Etat. Lui seul bénéficie de la garantie internationale de son existence liée à cette position, de la souveraineté et du contrôle qui en découle sur toute puissance publique influant sur son territoire national.¹⁹ Selon le droit international public contemporain, il ne peut exister de formes mixtes entre Etat et non-Etat ou bien d'étaticité partagée.²⁰ Au sein de cette classification se voulant stricte des formes d'organisation, l'Union supranationale est établie du côté des formes d'organisation relevant du droit international, et est donc conceptuellement non-étatique. Contrairement à l'Etat fédéral, elle se fonde sur la volonté continue de participation et de collaboration de ses membres.²¹ Néanmoins, elle présente dès à présent des parallèles prononcés avec un Etat qui, en ce qui concerne l'Union supranationale particulière, s'accroîtront au cours de son développement. Ce double caractère d'une *forme d'organisation non-étatique mais semblable à un Etat* a des conséquences dans de nombreuses constellations juridiques et de théorie générale de l'Etat.²²

19. L'Union supranationale s'est développée en tant que *forme d'organisation spécifique pour le passage de l'Etat national à l'Etat-civilisation [Kulturkreis-Staat]*, qui unira en son sein différentes nations et cultures nationales faisant toutes parties d'une même civilisation (occidentale, orientale-islamique etc.).²³ Elle est objectivement établie en vue de réunir, dans le cadre d'un processus d'intégration, les Etats nationaux durablement débordés par la mondialisation et par la géo-régionalisation en un «Etat-fusion» fédéral [Vereinigungs-Bundesstaat], probablement un Etat-civilisation et non un nouvel Etat national. Cependant, sa détermination objective ne signifie pas qu'elle ne puisse échouer. Seulement, du fait de sa dynamique, une stagnation durable et continue semble exclue.²⁴

20. A côté de l'exécution de missions de fond, le rôle de l'Union supranationale consiste en la réunion progressive et prudente des Etats membres, et ultérieurement en la préparation minutieuse, éclairée et prenant alors appui sur l'expérience de la créa-

18 2-B.III/IV.1.

19 2-B.III.1.b.

20 2-B.III.1.

21 2-B.III.2.b.

22 2-B.IV.3.

23 Sur le fait de ce développement 2-B.IV.2.

24 2-B.IV.4.a/b.

tion même d'un Etat.²⁵ L'Union particulière ne peut que préparer cette dernière étape et ne peut en tant que telle lui survivre. L'étatisation elle-même présuppose une déclaration internationale de volonté de la part de chacun des Etats participants sur le transfert de la qualité d'Etat souverain.²⁶ Une transition conforme à l'Etat de droit nécessitera par ailleurs auparavant un nouvel acte constituant dans la plupart des Etats membres. Les organes d'une Union supranationale orientée vers l'Etat de droit, telle que l'Union européenne, devront le cas échéant s'opposer aux tentatives au sein des Etats membres de se placer au-dessus du droit constitutionnel en vigueur. Rien que pour cela, un «glissement» vers un Etat fédéral européen n'est pas à craindre.²⁷

21. C. (I.-V.) *La position de l'Etat dans l'Union supranationale* se laisse pour l'essentiel circonscrire par deux affirmations centrales. Selon la première, l'Etat a des *devoirs fondamentaux* liés à sa qualité d'Etat membre, résultant nécessairement et de façon directe de sa participation à une communauté politique étroitement associée et orientée vers un avenir commun. Leur existence doit être dégagée par la jurisprudence et la doctrine, pour peu qu'ils n'aient pas été réglementés expressément, clairement ou complètement dans le traité constitutif. Il est possible que certains ne soient réglementés que de façon abstraite à partir d'un principe de fidélité fédérale au sein de l'Union [Unionstreue] (cf. dans l'UE l'article 10 CE, 192 CEEA, 86 CECA). Les devoirs fondamentaux en qualité d'Etats membres comprennent en particulier le devoir de respect du droit primaire et secondaire de l'Union, de coopération avec les organes de l'Union et avec les autres Etats membres, de collaboration dans les organes de l'Union ainsi que de loyauté et solidarité envers l'Union et les autres Etats membres.²⁸

22. Selon la deuxième affirmation centrale, la souveraineté étatique demeure non-affectée jusqu'à la transformation éventuelle de l'Union en un Etat-fusion géo-régional. Elle ne peut en effet, étant quelque chose d'absolu et, en tant qu'attribut affirmé par le droit international public étant liée de manière indivisible à la qualité d'Etat souverain, être transférée que dans sa totalité, à savoir en même temps que celle-ci. A cette fin, la déclaration internationale de volonté quant au transfert de la qualité d'Etat précédemment mentionnée est également nécessaire, par laquelle l'Etat membre cesse d'être un Etat et l'organisation d'intégration perd sa qualité d'Union supranationale. La *non-affectation de la souveraineté* de l'Etat s'explique en tant que conséquence nécessaire de la rencontre de deux facteurs, à savoir d'un côté l'attachement du droit international public dans ses fondements au concept de l'Etat territorial exclusivement souverain, de l'autre la non-étaticité conceptuelle de l'Union supranationale en tant que forme d'organisation de la transition.²⁹

23. En vertu de sa souveraineté non-affectée, l'Etat conserve, en dépit de tous les «transferts» de droits de souveraineté, une *puissance publique illimitée*. Il ne perd pas le contrôle sur toute puissance publique influant sur son territoire.³⁰ En tant qu'entité responsable «naturelle» du droit international public, ce contrôle ne peut lui échapper. C'est pourquoi il ne s'agit, lors de l'attribution à l'Union de droits de souveraineté, ni

25 2-B.IV.4.c.

26 2-B.III.1.c.

27 2-B.III.2.c.

28 2-C.I.

29 2-C.II.

30 2-B.III.1.b.cc.

d'un transfert, ni d'une limitation de droits de souveraineté étatiques au sens réel. Déjà en théorie, un tel procédé serait inimaginable sans remettre en cause le concept de souveraineté, qui sert à la garantie de l'autodétermination des peuples, organisée d'après le principe de l'Etat territorial, et par là-même purement et simplement les fondements du droit international. L'Etat membre n'a certes pas le droit mais bien le pouvoir juridique [Rechtsmacht], sans égard pour le traité constitutif, de reprendre toute la puissance publique à son compte ou bien de la répartir de nouveau. Les actes souverains qu'il entreprend en violation du traité sont valables juridiquement; les actes de puissance publique de l'Union auxquels l'Etat en violation du traité dénie tout effet interne, perdent sur son territoire leur force obligatoire.³¹

24. En vertu de sa souveraineté non-affectée, l'Etat conserve en outre la *capacité juridique illimitée à agir sur le plan international*, et cela même dans les domaines revenant d'après le traité constitutif à une politique extérieure et de sécurité commune ou communautarisée. Ainsi, même dans l'intégration, il demeure intéressant pour des Etats tiers en tant que partenaire individuel (au moins potentiel).³² Par ailleurs, il conserve la *capacité juridique illimitée d'auto-organisation* ce qui, traduit dans le monde des concepts traditionnels de la théorie constitutionnelle, signifie que le pouvoir constituant est, même dans un Etat intégré, illimité. Le droit constitutionnel contraire au droit de l'Union est valable juridiquement et peut être juridiquement valablement transposé. Il doit certes être interprété autant que possible en conformité avec le droit de l'Union et peut, lors de son application, être supplanté par le droit de l'Union contraire. Il *ne peut cependant pas y avoir de primauté définitive (absolue) du droit de l'Union* dans l'Union supranationale non-étatique et ses membres étatiques (souverains), ce même en cas de conflit extrême. Elle ne peut non plus être valablement convenue dans le traité constitutif.³³

25. Même dans l'intégration, l'Etat demeure porteur de la *responsabilité définitive* [Letztverantwortung].³⁴ De même que tout autre Etat, il doit donner à ses citoyens la certitude qu'à travers à lui il sera veillé de façon générale à la liberté, la sécurité et à l'aide en cas de détresse. Cette exigence de la théorie générale de l'Etat faite à l'Etat constitue le revers de sa souveraineté. Pour l'Etat intégré, la prise en charge de la responsabilité définitive se limite certes toujours davantage à cela qu'il ne vient plus à bout de certaines missions de son propre fait, mais les délègue à l'Union ainsi qu'à d'autres institutions internationales, pour se concentrer désormais sur la participation au sein de leurs organes. Un reste substantiel de responsabilité définitive effective réside cependant dans la décision sur la manière et l'intensité avec laquelle il s'intègre au sein de structures internationales et supranationales et avec qui le cas échéant il s'associe au sein d'une Union supranationale. Il doit pouvoir répondre de cette décision à tout moment devant ses ressortissants, non seulement pour les phases achevées de l'intégration, mais aussi pour les phases manquées ainsi que les éventuelles lacunes s'y rapportant lors de la venue à bout des défis de la mondialisation et de la géo-régionalisation. C'est pourquoi la responsabilité définitive de l'Etat peut aussi se manifester par le retrait de ce dernier d'une Union supranationale afin de s'intégrer dans une autre de laquelle il attend une meilleure évolution, ou bien par le fait qu'il en fonde une nouvelle avec d'autres Etats, le cas échéant avec certains de ses anciens

31 2-C.II.1; en outre 2-D.III.

32 2-C.II.2.

33 2-C.II.3.

34 Sur cette notion 1-A.I.3.d.

partenaires d'intégration. L'optique répandue en Europe selon laquelle il ne peut y avoir qu'une seule Union européenne à laquelle tous les Etats européens devraient à terme participer et que l'Etat particulier en dernière analyse devrait accepter comme telle sans autre alternative, ne prend pas en considération cet aspect important de la responsabilité définitive.³⁵

26. Du point de vue de la théorie générale de l'Etat, l'Etat membre a un *droit à la codécision lors des modifications fondamentales de l'Union*. Pour les modifications importantes du traité constitutif ou pour l'admission de nouveaux Etats membres, on devrait par conséquent s'en tenir à l'exigence de l'approbation par tous les Etats membres, même si le droit des traités internationaux autorise d'autres solutions.³⁶ Du point de vue de la théorie générale de l'Etat, l'Union devrait en outre être construite d'après le *principe d'égalité lié à la qualité d'Etat membre* [Grundsatz der mitglied-schaftlichen Gleichheit], visant à une égalité substantielle (matérielle), et reflétant la reconnaissance mutuelle des Etats membres en tant que partenaires d'intégration de même valeur. L'exigence d'un droit de veto pour les grands Etats membres ou cotisants net est par conséquent à écarter. Néanmoins, une représentation inégale ou bien une pondération des voix au sein des organes se justifie du point de vue de l'égalité des citoyens de l'Union.³⁷

27. (VI.) Le *retrait et l'exclusion* appartiennent aux problèmes les plus délicats posés par l'intégration au sein de l'Union supranationale. Traiter de cela signifie admettre que le processus d'intégration selon toute probabilité n'entraînera pas que l'expérience agréable du rapprochement, mais aussi des déceptions et des querelles. Dans une perspective de théorie générale de l'Etat, des solutions permettant une séparation sans heurts et qui ne soit pas problématique juridiquement s'imposent. Rien que d'après le concept du volontarisme ininterrompu de l'intégration, le retrait d'un Etat doit être possible, mais aussi en ce qu'une intégration durable suppose une décision tenace de tous les Etats participants, sans cesse renouvelée ou confirmée au sein d'un processus politique libre et ininterrompu. Par ailleurs, la prise en charge de la responsabilité définitive suppose l'option du retrait. En outre, un Etat membre souhaitant le retrait ne se laisse pas retenir dans les faits car il peut, fort du pouvoir juridique découlant de sa souveraineté, créer une situation où la condition de membre n'est plus sensible à l'intérieur de l'Etat. - En tant que moyen extrême, l'exclusion doit être possible afin d'empêcher que l'Union, à raison de violations graves du droit de la part des Etats membres, ne perde sa crédibilité en tant que communauté de droit ou bien son efficacité et avec elle sa légitimité. Par ailleurs, la communauté intégrative doit pouvoir réagir lorsque l'un des partenaires se détourne des valeurs fondamentales et idées directrices communes. L'exclusion en tant qu'instrument de sanction est le corrélaire nécessaire de la non-atteinte à la souveraineté de l'Etat.³⁸

28. Non problématique d'un point de vue dogmatique, la solution d'une convention de retrait, supposant un accord de toutes les Parties, est à peine praticable. Par conséquent, le retrait et l'exclusion devraient, avec leurs modalités (délai, forme, procédure, fondement politique, garanties juridiques), être réglementés dans le traité constitutif. Le droit de retrait devrait être expressément garanti et la compétence

35 2-C.III.

36 2-C.IV.

37 2-C.V.

38 2-C.VI.1/2.a/3.a.

d'exclusion limitée aux deux motifs d'exclusion que sont la violation grave répétée ou continue du traité et la méconnaissance des valeurs communes.³⁹

29. Les traités constitutifs de l'Union européenne ne règlent pas ces problèmes. Leur validité «pour une durée illimitée» (article 51 TUE, 312 CE, 208 CEEA) est à comprendre au sens de «durée indéterminée» et non «pour l'éternité». Il ne peut être déduit de leur silence que les Parties au traité aient voulu exclure la sortie ultérieure d'Etats membres. Les conditions se règlent sur le droit commun des traités internationaux, qui trouve ici application malgré sa subsidiarité, aucune affirmation juridique n'étant à extraire des traités constitutifs. Du point de vue de la technique juridique, le retrait se présente comme une dénonciation du traité constitutif. La possibilité de l'exclusion ne peut être réalisée qu'en tant que droit d'exclusion des autres Etats membres par dénonciation du traité vis à vis de l'Etat à exclure. Une compétence d'exclusion de l'Union n'existe pas. Il faudrait pour cela une réglementation conventionnelle.⁴⁰

30. Il y a dans le droit des traités internationaux plusieurs fondements possibles au retrait. Dans l'Union supranationale, un droit de retrait pour violation substantielle du traité par d'autres Parties (art. 60 al. 2 litt. a de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ne saurait être d'actualité, l'Etat membre étant renvoyé aux instruments juridiques prévus dans le traité constitutif (cf. art. 60 al. 4 de la Convention de Vienne ainsi que pour l'UE l'art. 292 CE, 193 CEEA, 87 CECA). Il peut cependant entrer en considération après épuisement infructueux de cet instrument en cas de violations graves et consensuelles du traité par les autres Etats membres et les organes de l'Union, par exemple dans le cas où l'autorisation refusée de nouvelles compétences serait «compensée» par les organes de l'Union, avec l'approbation des autres Etats membres, par une interprétation manifestement arbitraire et «permissive» des règles de compétences. Un droit de retrait fondé sur la clause *rebus sic stantibus* (art. 62 de la Convention de Vienne) échouera régulièrement du fait que l'Union a précisément été créée dans le but de faire face communément à des développements inattendus, comme par exemple des crises économiques. Il peut cependant résulter de modifications imprévues du nombre des Etats membres de l'Union ou bien de l'absence de modification pourtant prévue du nombre d'Etats membres, par exemple lorsqu'un autre Etat particulièrement proche quitte l'Union ou bien n'est pas admis, en dépit de l'objectif antérieur. En principe, le recours à ces motifs exceptionnels n'est toutefois pas nécessaire, car si le traité constitutif ne délimite pas de manière positive le retrait, le *libre droit de retrait est déduit* dans l'Union supranationale *de la nature du traité en tant que traité d'intégration* (art. 56 al. 1 litt. b Convention de Vienne). Le but du traité d'intégration n'est pas de garantir à tout prix et de façon limitée le niveau atteint d'intégration, mais l'intégration durable et efficace, et pour cela la participation volontaire à chaque phase de l'intégration est une condition indispensable.⁴¹

31. L'exclusion d'un Etat membre n'entre en considération qu'en tant que moyen ultime. D'après le droit des traités internationaux, elle est licite en vertu de la clause *rebus sic stantibus* (art. 62 de la Convention de Vienne), ainsi qu'en cas de violation substantielle du traité (art. 60 al. 2 litt. a Convention de Vienne). Le seul cas manifeste d'application de la clause *rebus sic stantibus* est *la méconnaissance des valeurs*

39 2-C.VI.2.b/3.b.

40 2-C.VI.2.b-c/3.b-c.

41 2-C.VI.2.c.aa-cc.

communes lorsque ces dernières ne sont pas, comme c'est le cas aujourd'hui dans l'Union européenne (cf. l'art. 6 al. 1^{er} TUE), réglées conventionnellement et que par conséquent l'art. 60 al. 2 litt.^oa de la Convention de Vienne est applicable. Celui qui institue une dictature au sein d'une Union supranationale libérale et démocratique doit donc compter aussi avec l'exclusion en dernier lieu.

32. *L'exclusion pour violation substantielle du traité* suppose une violation grave mais pas nécessairement la plus grave du traité («material breach», et non «fundamental breach»). Elle est admise essentiellement lorsqu'un Etat membre ne remplit pas ou manifestement insuffisamment ses obligations fondamentales en bloquant par exemple le travail des organes de l'Union par un chantage à long terme, lorsqu'il cause des dommages importants en matière de politique extérieure par des actions allant à l'encontre de la politique extérieure et de sécurité commune ou bien lorsqu'il ne transpose pas, n'applique pas ou ne réalise pas de manière effective d'importants secteurs du droit de l'Union sur son territoire étatique. En tant qu'avant-dernier moyen juridique bien que déjà extracontractuel, entre en considération avant la dénonciation la *suspension* du traité constitutif, autorisée dans les mêmes conditions par l'article 60 al. 2 litt.^oa de la Convention de Vienne.⁴²

33. Un cas spécial est constitué par *la non-transposition ou non-exécution persistante de certains actes secondaires* de l'Union. Un Etat qui, malgré sa condamnation par la Cour de justice de l'Union, se refuse aux démarches internes nécessaires, se place résolument en dehors du traité constitutif et justifie des doutes a priori quant à sa détermination à l'exécution correcte de ses devoirs fondamentaux inhérents à sa qualité d'Etat membre. Par conséquent, même dans le cas d'une seule directive ou d'un seul règlement, la violation du traité est si grave qu'elle remplit sans plus les conditions de l'article 60 al. 2 de la Convention de Vienne. L'appréciation de la Cour de justice de l'Union étant pour lui obligatoire, l'Etat membre ne peut non plus faire valoir que la norme est illicite, car s'il passe outre, *le mépris de la juridiction de l'Union* ne pèse pas moins que le refus de transposition ou d'exécution du droit secondaire. En portant atteinte à l'autorité et à l'application uniforme du droit de l'Union, il touche un principe vital de l'Union supranationale. En dehors des cas dans lesquels, selon le droit constitutionnel national, les limites de ce qui peut être transféré sont dépassées, l'obligation de subordination vis à vis de la juridiction de l'Union ne prend fin que là où la décision est si manifestement et si gravement erronée qu'elle ne peut plus être classée que comme arbitraire. Cette obligation de subordination vaut sans distinction pour tous les organes des Etats membres. Si un tribunal étatique, par exemple une Cour constitutionnelle, s'arroge la décision définitive pour des questions de droit de l'Union, les autres organes étatiques doivent prévenir la menace d'une violation substantielle du traité en neutralisant la décision juridictionnelle usurpatrice par les mesures légales et, le cas échéant, constituantes appropriées. Les évolutions fâcheuses de la jurisprudence de l'Union sont à corriger par des améliorations clarificatives du traité constitutif et, le cas échéant, par l'insertion de directives restrictives guidant la jurisprudence ultérieure au sein du traité constitutif.⁴³

34. *D. La puissance publique de l'Union supranationale* ne diffère pas de celle d'une organisation supranationale traditionnelle. C'est une puissance publique avec

42 2-C.VI.3.c.aa/bb.

43 2-C.VI.3.c.cc.

un champ d'action géo-régional qui s'étend sur plusieurs Etats. C'est la même puissance publique qui est exercée par le même détenteur et dans les mêmes conditions sur l'ensemble du territoire de l'Union. Il s'agit par là nécessairement d'une puissance propre et autonome du détenteur supranational de la puissance publique, créée en complément aux puissances étatiques des Etats membres. Elle n'est soumise qu'aux conditions spécifiques émanant de son ordre juridique propre. Elle n'est pas supra-étatique au sens hiérarchique et elle est, contrairement à la puissance étatique, nécessairement limitée. Elle n'est pas autonome du point de vue de son existence, de ses dimensions et de son orientation fondamentale, mais dans son exercice concret, et cela même vis à vis des Etats membres qui ne peuvent la corriger que dans leur fonction en tant que «maîtres des traités», c'est-à-dire collectivement dans le cadre d'une procédure exigeante de modification des traités. En tant que puissance nouvelle et supplémentaire, elle n'est pas «dérivée» au sens propre; en tant que puissance créée par d'autres, elle n'est pas non plus proprement «originaire». - D'autres constructions sont concevables, mais ne tomberaient plus alors sous le concept de la supranationalité.⁴⁴

35. La puissance publique supranationale prend naissance en deux étapes. Lors de la première étape, celle de la création du détenteur supranational de la puissance publique, les Etats fondateurs agissent collectivement en tant que «maîtres des traités»; un Etat particulier ne peut ni fonder une puissance supranationale, ni la maintenir, ni la faire disparaître. La deuxième étape est une étape de droit interne, qu'à raison de sa nature les Etats fondateurs doivent accomplir individuellement. Sous l'autorité du droit international axé sur la souveraineté, l'origine de toute puissance publique réside dans la souveraineté de l'Etat, ce qui signifie qu'il ne peut y avoir de puissance publique qui ne soit pas attribuable à une déclaration de volonté de l'Etat. La création de la puissance publique supranationale nécessite par conséquent, outre l'institution de son détenteur supranational, *l'ordre national conférant force obligatoire dans l'ordre interne* [innerstaatliche Bindungsanordnung] dans au moins deux Etats membres. C'est un acte d'exécution du traité constitutif et un acte créateur d'une situation juridique. C'est cet acte qui procure aux mesures supranationales prétendant s'imposer avec force obligatoire la nature juridique d'un acte de puissance publique significatif au niveau interne. L'«ordre d'application du droit supranational» [«Rechtsanwendungsbefehl»] dont on parle souvent n'est, strictement parlant, qu'une disposition d'accompagnement devant assurer la prise en considération effective de la qualité de puissance publique des mesures supranationales.⁴⁵

Chapitre 3: L'homogénéité dans l'Union supranationale

36. A. Le concept d'homogénéité est important pour savoir comment l'Union supranationale non étatique mais semblable à un Etat, avec ses missions étendues mais sans instrument de pouvoir réel vis à vis des Etats membres, peut d'une façon générale fonctionner. Il répond de l'unité substantielle de toutes les entités membres et de l'entité globale à savoir, formulé d'un point de vue d'ensemble, de la cohérence substantielle. Il est depuis longtemps bien ancré dans la théorie fédérale. L'homo-

44 2-D.

45 2-D.II.

généité fait partie des critères fondamentaux de l'Etat fédéral. Elle est nécessaire tant pour la garantie de la cohésion fédérale en évitant et limitant les conflits éventuels, que pour le maintien d'une séparation verticale fonctionnelle des pouvoirs. Ces raisons laissent apparaître nécessaire en outre dans les unions internationales à caractère fédéral, bien que ce soit naturellement dans une moindre mesure.⁴⁶

37. La notion d'homogénéité nécessite une double mise au point: premièrement, l'homogénéité signifie dans l'Etat fédéral ou dans l'Union supranationale l'homogénéité dans l'Union (homogénéité fédérale), et non l'homogénéité plus exigeante au sein du peuple (homogénéité nationale [C. SCHMITT] ou l'homogénéité sociale [HELLER]), discutée en tant que condition de la démocratie. Lorsque cette dernière devient un problème au sein d'une Union supranationale démocratique, il ne s'agit pas d'un problème quant à la forme d'organisation, mais d'un problème au regard de la théorie démocratique. Deuxièmement, l'homogénéité signifie seulement la similitude, et non l'uniformité, la parenté de nature et non l'identité, des conditions semblables, et non identiques. Le concept répond de la *marge de fluctuation entre hétérogénéité et uniformité* et est à distinguer de ces deux extrêmes. L'homogénéité n'est nécessaire que jusqu'à un certain point, c'est à dire dans une mesure minimale et n'a pas par conséquent à être «optimisée». La question de son étendue dépend de différents facteurs. Cette *relativité de l'exigence d'homogénéité* lui enlève le côté catégorique, isolant. Ainsi peuvent être admis dans l'Union supranationale, lorsque la volonté politique et la disposition pour faire face aux difficultés sont assez grandes, des Etats qui sans cela n'auraient aucune chance pour cause d'homogénéité insuffisante.⁴⁷

38. *B.* L'impératif d'homogénéité doit être particulièrement examiné pour chaque sorte de groupement politique, car les causes et par là les exigences diffèrent dans le détail. Concernant l'Union supranationale, quatre raisons et profils d'exigence se laissent dégager. Dans tous les cas pèse la menace de conflits destructeurs, lorsque les exigences ne sont pas remplies.

39. Premièrement, l'homogénéité est une *condition de la stabilité* de l'Union en tant qu'espace de vie cohérent. Le flux libéré des capitaux, des biens et des personnes ne doit pas conduire dans certains Etats à des crises trop graves telles que des ruptures de conjoncture, une dépréciation monétaire, de l'émigration ou immigration de masse ou des tensions sociales. C'est pourquoi *l'homogénéité des conditions de vie* est nécessaire, c'est-à-dire des conditions civilisatrices, économiques et sociales au sein de tous les Etats participants. Des problèmes sérieux pourraient résulter dans l'Union européenne de l'élargissement à l'est. Pour la garantie de l'homogénéité, ce dernier devrait être accompagné d'une redistribution des moyens des anciens aux nouveaux Etats membres.⁴⁸

40. Deuxièmement, l'homogénéité est une *condition du bon fonctionnement* de l'Union en tant que système politique multipolaire. Afin que ses activités s'assemblent en un tout cohérent, et que des pertes dues aux frictions soient évitées, *l'homogénéité des maximes et modèles de comportement des détenteurs de puissance publique* est nécessaire. De même que pour l'homogénéité des ordres de valeurs (cf. *infra*), il s'agit d'homogénéité juridique et constitutionnelle, l'important résidant

46 3-A.I.

47 3-A.II/III.

48 3-B.I.

cependant de façon déterminante dans le maniement pratique du droit et par là dans la culture juridique générale.⁴⁹

41. Troisièmement, l'homogénéité est une *condition de l'intégration*. Celle-ci nécessite un fondement solide de valeurs fondamentales et d'idées directrices communes. Cela s'explique déjà à l'exemple de l'un de ses buts: L'Union doit, en tant qu'unité plus grande et plus puissante, offrir la garantie que les conceptions fondamentales que se font les personnes sur le sens et le but de la communauté politique, telles qu'elles ont été tout d'abord transposées dans les Etats nationaux, seront réalisées même sous les conditions de la mondialisation et de la géo-régionalisation. Cela n'est cependant logiquement possible que si ces conceptions concordent. Sans cela, des querelles d'orientation seraient à craindre, qu'une communauté aussi étroitement associée ne pourrait pas longtemps supporter.

42. *L'homogénéité des ordres de valeurs* [Homogenität der Wertordnungen] réside dans la concordance essentielle des valeurs fondamentales et idées directrices politico-philosophiques caractérisant le système politique des Etats membres et de l'Union. L'objet direct de la comparaison n'est pas constitué par les institutions et principes constitutionnels ou de droit primaire formés par les traditions juridiques respectives, mais par les conceptions fondamentales abstraites de théorie générale de l'Etat qui les sous-tendent. Celles-ci doivent être identiques ou du moins compatibles. Par ailleurs, elle doivent avoir été réalisées dans les faits dans une mesure comparable. L'homogénéité des ordres de valeurs réels est alors nécessaire, et non celle d'idéaux écrits telle que celle dont se satisfait le Conseil de l'Europe, qui malgré l'obligation de respect des droits de l'homme conserve dans ses rangs des Etats membres violant fréquemment et gravement ces droits. C'est pourquoi pour le moment, une adhésion de la Turquie à l'Union européenne n'entre pas en considération, malgré sa participation au sein du Conseil de l'Europe.⁵⁰

43. Quatrièmement, l'homogénéité est une *condition de la puissance de rayonnement propre* et par là de la capacité de l'Union à s'attacher les personnes de façon non seulement rationnelle, mais aussi affective. L'Union supranationale doit apparaître à ses citoyens, comme avant elle l'Etat national, comme «leur» espace vital, leur patrie [Heimat]. Ils doivent s'identifier à elle, c'est-à-dire pouvoir découvrir dans leur appartenance à elle un élément de leur propre identité, sans du reste pour cela renoncer à leur identification avec leur Etat national (identification cumulative). Cela nécessite des traits caractéristiques particuliers rendant l'Union particulière intéressante et attractive à ses propres citoyens. Pour ce faire, les valeurs fondamentales et idées directrices politico-philosophiques ne suffisent pas, étant dans leur universalité réalisées ailleurs. Cela dépend bien plus de facteurs culturels au sens le plus large, et par là de *l'homogénéité des cultures* [Homogenität der Kulturen] au sein de l'Union.

44. L'homogénéité des cultures signifie l'accord des cultures. Une concordance fondamentale minimale est nécessaire, rendant possible le fait que des personnes ayant grandi au sein d'une culture se reconnaissent et se sentent à l'aise, en dépit des différences, dans la contrée imprégnée de l'autre culture. Par ailleurs, une identité culturelle propre de l'Union doit pouvoir se constituer naturellement, qui soit attractive aux citoyens de tous les Etats membres. En général, cela n'est le cas qu'à l'intérieur d'une même civilisation [Kulturkreis]. L'adhésion d'Etats étrangers à cette

49 3-B.II.

50 3-B.III.

civilisation n'entre par conséquent en considération que dans des cas exceptionnels strictement délimités.⁵¹

45. Concernant l'Union européenne, la question se pose *des limites de l'élargissement à l'Est*. La Turquie, qui est candidate à l'adhésion, appartient à la civilisation islamique, laissant ainsi apparaître comme étant vouée à l'échec une interpénétration des sociétés nationales telle que celle qui serait liée à l'intégration. L'adhésion de certains Etats d'Europe de l'Est est problématique, parce qu'au sein de l'Europe chrétienne deux civilisations européennes - l'une chrétienne-latine, l'autre chrétienne-orthodoxe - se sont formées, ce qui, aujourd'hui encore, comme le montre l'exemple des Etats postcommunistes, conduit à des évolutions différentes. Jusqu'ici, l'Union européenne est - même dans son droit - attachée toute entière à la civilisation chrétienne-latine. Une évolution vers une Union paneuropéenne englobant les deux civilisations européennes, avec toutes les conséquences qui en découlent, n'est pas en vue. L'exemple de l'adhésion de la Grèce indique que l'Union européenne restera chrétienne-latine, en d'autres termes d'Europe occidentale, qui tout au plus s'élargira géographiquement à l'est, et qui le cas échéant demandera à des Etats membres issus de l'espace culturel chrétien-orthodoxe une adaptation unilatérale aux conditions occidentales, en particulier à la culture juridico-administrative occidentale.⁵²

46. C. La *garantie de l'homogénéité* résulte en première ligne d'une politique d'élargissement s'orientant sur le critère de l'homogénéité. Au surplus, différents instruments se présentent, qui sont à intégrer dans les traités constitutifs. Ainsi, l'homogénéité des conditions de vie peut être protégée par l'obligation pour les organes de l'Union et pour les Etats membres de prendre en compte l'importance de l'homogénéité dans le cadre de leurs politiques (voir par exemple la mission intermédiaire de la CE d'après l'art. 159 sous-alinéa 1^{er}, phrase 2 CE). Le traité peut prévoir, comme instrument plus rigoureux, une *politique active de garantie de l'homogénéité* de la part de l'Union (cf. art. 158 sous-alinéa 1er CE, qui par ailleurs dans sa finalité dépasse la seule sauvegarde de l'homogénéité), et pour cela mettre en outre à disposition des moyens financiers (cf. art. 159 sous-alinéa 1^{er}, phrase 3 CE). Une *péréquation financière* horizontale abstraite, chose courante dans les Etats fédéraux, n'entre pas en considération au début de l'intégration mais plutôt, dans une moindre mesure, dans les dernières années précédant le passage à l'Etat fédéral. En cas de crise de l'économie ou des finances publiques dans certains Etats membres, il peut finalement être nécessaire que l'Union prenne des *mesures exceptionnelles d'assistance*, afin de prévenir la menace d'une dissolution de l'homogénéité économique ou sociale. De telles mesures conduisent à des charges considérables pour les autres Etats membres; ceci est à prendre en considération lors de nouvelles adhésions.⁵³

47. Le pas le plus important vers la garantie de l'homogénéité des ordres de valeur est l'inscription dans le traité constitutif des valeurs fondamentales et idées directrices communes dans une *clause d'homogénéité*. Une norme juridique rigoureuse est requise, située à une place élevée dans la partie sur les fondements de l'Union, et non une proclamation de préambule. Dans l'Union supranationale européenne, cela n'a été obtenu qu'avec le traité d'Amsterdam (voir l'art. 6 al. 1^{er} TUE, et

51 3-B.IV.1/2.

52 3-B.IV.3.b.

53 3-C.I/II.1.

avant lui, quoique limité à la valeur fondamentale de la démocratie, l'art. F al. 1^{er} TUE). Afin de satisfaire à la pluralité des ordres juridiques des Etats membres et de l'Union, seules les conceptions fondamentales issues de la théorie générale de l'Etat devraient être inscrites de manière obligatoire, non une manière particulière de les transposer. Par conséquent est écartée la référence à des principes juridiques issus du même ordre juridique, comme celle que l'on rencontre dans les clauses d'homogénéité au sein des Etats fédéraux (voir par exemple l'art. 28 al. 1^{er} phrase 1^{ère} LF: «dans le sens de cette Loi fondamentale»). - D'autres avancées consistent en une transposition conséquente des valeurs fondamentales et des idées directrices communes dans le droit de l'Union, ainsi qu'en des *sanctions* contre les Etats membres en cas de violations graves, telles qu'elles sont désormais possibles dans l'Union européenne d'après les articles 7 TUE, 309 CE, 204 CEEA, 96 CECA; l'exclusion en dernier recours n'est toutefois pas exclue.⁵⁴

Chapitre 4: La constitution de l'Union supranationale

48. A. Les similitudes entre les traités constitutifs des Communautés européennes et une constitution ont très tôt conduit dans la littérature communautaire à une définition constitutionnelle des traités. OPHÜLS renvoyait déjà au fait qu'ils contenaient un ordre fondamental, un système cohérent dominant le droit communautaire comme la constitution de l'Etat dans le domaine national. Au regard des étapes de l'intégration, qui en partie étaient seulement fixées à des moments ultérieurs, il évoqua les «constitutions de programmation» [«Planungsverfassungen»]. Plus tard, au vu des modifications répétées du traité, IPSEN les qualifia de «constitutions changeantes» [«Wandelverfassungen»]. Dans les années quatre-vingt, la doctrine tendit de plus en plus à caractériser les traités de constitution, en se référant à la teneur de leurs règles et à leurs fonctions, caractéristiques en partie d'une constitution. On entendait par là bien sûr une constitution au sens de la notion normative de la constitution développée par la théorie constitutionnelle. Aujourd'hui, au sein de la doctrine de droit communautaire, le point de vue constitutionnel correspond à l'opinion largement dominante. Par ailleurs, une discussion sur un nouvel acte constituant formel est menée, lancée par des initiatives du Parlement européen en 1984 et 1994.⁵⁵

49. La Cour de Justice européenne a tout d'abord encouragé le point de vue constitutionnel par sa jurisprudence continuellement orientée vers les exigences d'une Communauté de droit analogue à une jurisprudence nationale et créatrice d'un système. Finalement, elle l'a reprise à son compte avec la décision Les Verts de 1986 ainsi qu'avec le premier avis consultatif sur la Convention sur l'Espace économique européen de 1991, sans du reste le fonder ou l'éclaircir de façon plus détaillée. La Cour constitutionnelle fédérale a, dans un sens non-technique, parlé d'une constitution communautaire, mais ne s'est pas prononcée jusqu'à présent sur la classification des traités dans la théorie constitutionnelle. Cependant, dans la doctrine constitutionnelle et dans la théorie générale de l'Etat, le point de vue constitutionnel s'est heurté de façon prépondérante au rejet. Selon l'objection centrale, seul un Etat peut avoir une constitution, ce qui est attesté par le recours à différentes conceptions classiques

54 3-C.II.2.

55 4-A.I.1.

de la constitution se rapportant à l'Etat. Selon la deuxième objection, seul un peuple européen, lequel ne se serait cependant pas encore formé, pourrait instituer une constitution européenne. Plus rarement, il est fait valoir que seule une nation européenne pourrait fonder une constitution européenne. Entre-temps, une *querelle au sujet de la constitution de l'Union européenne* a éclaté, dans laquelle il ne s'agit pas seulement de concepts: il s'agit aussi en général de la signification politique et théorique du droit primaire de l'Union d'un côté, du droit constitutionnel national de l'autre, et par là aussi de la signification des institutions Union et Etat.⁵⁶

50. La querelle au sujet de la constitution de l'Union européenne reçoit une importance particulière à raison d'une conséquence secondaire inévitable de l'intégration, qui est déjà survenue en Europe. La constitution nationale perd une partie de sa capacité de direction, car dans sa sphère d'influence territoriale des forces se développent qui ne sont pas soumises à son autorité. Par ailleurs, son autorité vis-à-vis des acteurs qui lui sont subordonnés est ponctuellement entamée par des prétentions divergentes issues d'un autre ordre juridique. Cette *perte d'importance des constitutions des Etats membres* se manifeste particulièrement sur le terrain des droits fondamentaux, mais aussi concernant les principes constitutionnels matériels voire les spécificités constitutionnelles nationales, qui en tant que telles n'ont pas de rapport avec l'activité de l'Union. Ce développement porte atteinte à la fonction intégrative des constitutions, sur laquelle justement l'Etat constitutionnel moderne de la deuxième moitié du 20^{ème} siècle s'est appuyé. Afin de protéger aujourd'hui, au sein d'un système politique global élargi à l'Union, ce qui autrefois était offert au sein des Etats membres, les constitutions nationales doivent être complétées au niveau de l'Union par une équivalence venant compenser leurs déficits fonctionnels. Les traités constitutifs actuels de l'Union européenne ne remplissent pas ces exigences, ce qui confère une actualité particulière aux réflexions au sujet d'une Constitution.⁵⁷

51. *B. (I.)* La question centrale de la discussion européenne au sujet d'une constitution est de savoir si le groupement politique européen sous sa forme actuelle peut, d'une façon générale, avoir une constitution à savoir, au sens de la théorie constitutionnelle, est apte à avoir une constitution (*capacité constitutionnelle [Verfassungsfähigkeit]*). Née et réalisée à l'époque de l'Etat national, l'institution de la constitution est traditionnellement liée à la forme d'organisation de l'Etat. Sa théorie fut développée pour l'Etat, et les actes constitutifs historiques servant de référence eurent lieu dans des Etats. Avec l'Union supranationale, il existe aujourd'hui une forme d'organisation du droit international public proche de l'Etat, et cependant des doutes subsistent sur le point de savoir si cela autorise le transfert de l'idée de constitution. Certes, de même que l'Etat, l'Union a besoin d'un cadre fixe, qui en dépit de toute ouverture à l'évolution la dirige de façon sûre dans certaines voies, créant ainsi la sécurité fondamentale caractéristique d'un Etat constitutionnel. Pourtant sa constitution, tant dans sa légitimité (non attribuable à un peuple d'un Etat), que dans son effet normatif (constitution seulement complémentaire, sans primauté au sens de la hiérarchie des normes vis à vis du droit des Etats membres) resterait derrière celle d'un Etat⁵⁸.

56 4-A.I.2/3.

57 4-A.II/III.

58 4-B.I.1.

52. Chaque solution à cette question conduit à des problèmes corrélatifs. Si l'on accepte la possibilité d'une constitution pour l'Union, le danger existe d'une dissolution de la notion de constitution et par conséquent d'une dévalorisation progressive de ce concept. En cas de refus et selon les conséquences directes que l'on en tire, menace ou bien une stagnation passagère de l'intégration suivie d'une poussée de centralisation, ou bien un passage insuffisamment préparé et prématuré à l'Etat-fusion géo-régional, ou bien une sape progressive de l'autorité de la constitution par des zones «a-constitutionnelles» toujours plus étendues, ou bien encore une nouvelle complication de l'Union supranationale par une institution, encore à introduire, analogue à une constitution et aux effets difficilement calculables. La théorie constitutionnelle se trouve ici à un carrefour difficile, pouvant être circonscrit comme le *dilemme constitutionnel au sein de l'intégration supranationale*⁵⁹.

53. Cette étude propose comme issue à ce dilemme constitutionnel *l'inclusion prudente de certaines formes d'organisation non étatiques dans la théorie constitutionnelle*. Il faut distinguer entre les groupements politiques non-étatiques habituels, qui pour de multiples raisons ne sont pas aptes à avoir une constitution et les quelques modèles s'en détachant, pour lesquels à raison de leur analogie particulière avec l'Etat et malgré les problèmes qui en découlent, la réception du concept de constitution se justifie. De cette manière, la préoccupation centrale de la théorie constitutionnelle, consistant à pourvoir à un ordre sommaire mais fiable des rapports politiques ainsi qu'à une orientation fondamentale et une modération de la puissance publique, se laisse transposer à l'ère de l'étaticité relativisée et intégrée, sans que pour cela le noyau de cette théorie, à savoir l'idée fondamentale de la soumission de chaque détenteur du pouvoir au sein d'une communauté politique à des prétentions juridiques supérieures, ne soit modifié. Il s'agit par conséquent d'une continuation, non d'une altération. Cette hypothèse de solution permet une sujétion constitutionnelle aussi large que possible de la puissance publique, même dans les conditions de la mondialisation et de la géo-régionalisation, et prend par ailleurs en considération le besoin d'expérience constitutionnelle pré-étatique dans l'organisation d'intégration multinationale, à laquelle on pourra revenir plus tard lors de l'élaboration d'une constitution étatique. Elle élude les conséquences négatives d'une intégration sans constitution, sans négliger pour autant les dangers allant de pair avec l'ouverture de la théorie constitutionnelle. C'est l'hypothèse de solution qui fait sortir du dilemme constitutionnel avec les moindres inconvénients.⁶⁰

54. De manière dogmatique, les groupements non étatiques se laissent intégrer dans la théorie constitutionnelle par la distinction entre *différents types de constitutions* [Verfassungstypen] au sein d'une notion de constitution comprise plus largement. Jusqu'à présent, on distingue entre trois types de constitutions selon le genre de groupement, à savoir la constitution étatique, la constitution de l'Etat fédéré au sein d'un Etat fédéral, et le cas échéant la constitution de l'Union. Les affirmations essentielles de la théorie constitutionnelle sont applicables à tous les types de constitution. D'autres affirmations ne valent que pour certains types de constitution et peuvent tout au plus, par suite d'une adaptation prudente, être transposées à d'autres. La prise en compte de groupements semblables à l'Etat ne signifie donc pas l'identification totale d'une éventuelle constitution de l'Union avec celle d'un Etat⁶¹.

59 4-B.I.2.

60 4-B.I.3.a/b.

61 4-B.I.3.c.

55. Aucune discussion au sein de la théorie constitutionnelle n'a encore été menée quant aux *conditions de la capacité constitutionnelle*, le concept de capacité constitutionnelle n'y ayant pas encore été introduit. Par conséquent, on ne peut se baser que de façon générale sur le sens et le but de la constitution ainsi que sur les qualités importantes de l'Etat sous cet aspect: la préoccupation principale et l'idée essentielle de la théorie constitutionnelle (cf. *supra*) restent centrales. La première condition est qu'il s'agisse d'un groupement, d'une collectivité. Par ailleurs, chaque constitution est limitée à un seul groupement particulier, pouvant cependant être un ensemble composé (principe d'une constitution spécifique à chaque groupement). Une «constitution européenne» proprement dite, qui soit directement liée à un territoire ou qui unisse sous un même ordre les groupements européens juridiquement séparés que sont l'UE, le Conseil de l'Europe et l'OSCE n'est donc pas possible. D'autres conditions sont un niveau élevé d'organisation et des compétences étendues, car les constitutions n'entrent en considération que pour des groupements pleinement développés et ayant un poids politique. Par ailleurs, il doit s'agir d'un groupement politique à vocation générale, car l'institution de la constitution a été développée pour l'ordre juridique de communautés humaines politiques, et non en tant qu'instrument d'orientation pour groupements spécialisés. En outre, il faut une *autonomie suffisante lors de l'exécution des missions*, étant donné que l'institution de la constitution a pour but de servir à l'autocensure d'appareils de pouvoir indépendants, et non à la surveillance d'auxiliaires d'exécution. Dans le cas d'un groupement relevant du droit international public, *l'indépendance de la volonté politique* vis à vis des volontés particulières des Etats membres et de leurs gouvernements relève aussi de cette autonomie. C'est pourquoi il faut qu'au moins une partie significative des décisions essentielles soit remise à des organes unitaires ou bien soumise au principe majoritaire. Si l'on devait comprendre le compromis de Luxembourg de 1966 comme ayant force juridique obligatoire, on devrait par conséquent nier la capacité constitutionnelle des Communautés européennes jusqu'à la fin des années quatre-vingt. Enfin, un groupement politique doté de la capacité constitutionnelle doit reposer sur une communauté étroitement solidaire et responsable comparable à une communauté étatique de destin [«Schicksalsgemeinschaft»], car la fonction d'une constitution est aussi celle d'un document juridique fondamental garantissant au citoyen la protection et l'assistance de la communauté. - Dans une Union supranationale, ces conditions sont en principe remplies. Dans certains cas, la capacité constitutionnelle peut toutefois échouer, du fait que soit conféré aux gouvernements des Etats membres un contrôle sur la politique de l'Union si étendu que l'on ne puisse finalement plus parler d'une exécution des missions autonome.⁶²

56. (II.) La question de la définition des *conditions conceptuelles de la constitution* dépend au plus haut point d'appréciations personnelles, de même que les conditions de la capacité constitutionnelle et que beaucoup d'autres questions de la théorie constitutionnelle. C'est pourquoi l'on ne peut formuler d'affirmations contraignantes, telles qu'elles seraient possibles lors d'interrogations logiques. D'après le point de vue retenu ici, les caractéristiques nécessaires à l'efficacité de la *constitution en tant qu'institution juridique* doivent exister. Ce sont pour l'essentiel des caractéristiques formelles, mais certaines sont aussi matérielles. Il ne peut y avoir de constitution au sens seulement formel ou matériel. C'est pourquoi beaucoup de ce qui est qualifié de

62 4-B.I.3.d.

«constitution» dans la discussion constitutionnelle européenne n'est pas vraiment reconnaissable en tant que constitution au sens de la théorie constitutionnelle.

57. Les conditions formelles particulières d'une constitution de l'Union sont: un complexe normatif édicté par un acte normatif général (pas de formation progressive d'une constitution, pas de création d'une constitution par formation juridique jurisprudentielle); la forme écrite; la primauté (avec pour conséquence que la constitution de l'Union ne peut être contenue que dans un pacte constitutionnel); un remaniement rendu difficile et enfin l'auto-identification en tant que constitution. Les conditions matérielles d'une constitution de l'Union sont: l'aménagement organisationnel de l'Union; la détermination du rapport aux Etats membres (jusqu'à la mise à disposition d'instruments de sanction pour le cas de crise où un Etat membre sort du régime constitutionnel de l'Union); la création au sein de l'Union des conditions juridiques nécessaires à la formation de la puissance publique supranationale et enfin l'orientation politico-philosophique de base de l'Union.⁶³

58. (III.) Un problème particulier est posé par *l'acte constituant* dans l'Union supranationale. Tout d'abord, le constituant se détermine différemment que dans l'Etat. En principe, l'institution de la constitution n'est pas établie pour un cercle particulier d'utilisateurs. Le constituant est celui qui réussit à édicter des normes s'imposant au sein du groupement politique qu'elles concernent avec l'autorité d'une constitution au sens normatif. Dans l'Etat cela doit être, selon nous, le peuple. Mais cela peut aussi être un autre détenteur de pouvoir. Au contraire, dans l'Union supranationale *le pouvoir constituant est fixé dans les Etats membres*, car la constitution ne peut reposer, en tant que source suprême du droit dans un groupement international, que sur un traité international constitutif aménagé comme une constitution (pacte constitutionnel), le pouvoir juridique de produire des traités internationaux étant, d'après le droit international public, réservé aux Etats. Même si ceux-ci en font participer d'autres, l'acte constituant lui-même, à savoir la conclusion du traité international en tant que mesure produisant les normes constitutionnelles leur est exclusivement attribuable. Il ne peut y avoir de pouvoir constituant du peuple au sens de la théorie constitutionnelle démocratique dans une union constitutionnelle internationale⁶⁴.

59. Cela ne signifie cependant pas que l'intégration du peuple dans la procédure constituante soit sans importance. Du point de vue de la théorie constitutionnelle démocratique, la légitimité de la constitution de l'Union doit se rapprocher autant que possible de la constitution issue du peuple. Du point de vue de la théorie générale de l'Etat, une grande faculté d'intégration est en outre importante, car en fin de compte la constitution de l'Union doit compléter efficacement les constitutions des Etats membres dans leur fonction d'intégration (cf. *supra*) déjà affectée. Les deux recommandent instamment un aménagement particulier de la procédure, où la conclusion internationale du traité sera complétée par des étapes procédurales d'accompagnement, médiatrices de légitimité et de force d'intégration. L'une de ces étapes est un *double référendum*, par lequel les citoyens décident, en tant que citoyens de l'Union, de l'adoption de la constitution de l'Union et simultanément, en tant que citoyens de l'Etat, de la ratification du pacte constitutionnel par leur Etat membre. Ils apparaissent ainsi comme appartenant à deux «peuples» au sens de la théorie démocratique: le peuple national et un *peuple de l'Union*, qui certes n'est pas un peuple au sens

63 4-B.II.

64 4-B.III.1.

étatique mais qui, en tant que communauté politique et humaine universelle, peut tout aussi bien conférer une légitimation démocratique à son groupement politique. Une deuxième étape est la convocation d'une *assemblée «constituante» chargée de l'élaboration de la constitution*, dont le soutien nécessaire par une large discussion publique est garanti par des *mesures supplémentaires d'encouragement d'une discussion constitutionnelle publique aux dimensions de l'Union*. De telles étapes laissent apparaître comme opportun de conclure tout d'abord un traité préliminaire sur les modalités d'établissement de la constitution.⁶⁵

60. Un autre problème particulier est posé par la *révision de la constitution*. La distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé apparaît dans l'Union supranationale à première vue problématique, la modification et la conclusion d'un traité international tel que la constitution de l'Union se faisant traditionnellement par les mêmes participants, à savoir les Etats, ainsi que selon les mêmes procédures, et sa modification n'étant soumise à aucune limite. Cependant, le droit des traités internationaux permet de convenir d'autres procédures de révision des traités (cf. l'art. 40 al. 1^{er} de la Convention de Vienne sur le droit des traités), par exemple la révision par une majorité qualifiée des Etats membres ou bien la révision autonome du traité par les organes de l'Union. Dans ce cas, la distinction n'est pas problématique; le pouvoir de révision est un pouvoir limité, qui est créé seulement par le traité. Nous proposons ici trois procédures différentes, échelonnées selon la portée de la révision, à laquelle le peuple de l'Union et le cas échéant sa représentation doivent aussi être associés. Des révisions de moindre importance peuvent ainsi être envisagées sans l'approbation de tous les Etats membres.

61. En vertu de leur position en tant que «maîtres du traité», les Etats membres peuvent passer outre aux dispositions du pacte constitutionnel concernant la procédure de révision. La même chose vaut à l'égard des limites - écrites ou non écrites - de la révision constitutionnelle. Le pouvoir des Etats membres de conclure des traités, qui découle de la souveraineté, n'est pas limité par l'aménagement du traité constitutif en pacte constitutionnel. Un traité de révision extra-constitutionnel serait par conséquent valable en droit international. Il signifierait toutefois une rupture avec l'ordre ancien, l'abrogation tout au moins implicite de la constitution et, le cas échéant, un nouvel acte constituant. Par là même se perdrait la légitimation démocratique particulière qui résultait de la procédure complexe concomitante et s'appliquait à l'ancienne constitution, à savoir au traité constitutif sous sa forme ancienne en tant que pacte constitutionnel.⁶⁶

62. C. *Les traités constitutifs de l'Union européenne ne sont pas une constitution*, bien qu'ils remplissent sans problème la plupart des conditions d'une constitution. Jusqu'à l'introduction de l'astreinte (art. 171 al. 2 [aujourd'hui art. 228 al. 2] CE, art. 143 al. 2 CEEA), il n'y avait pas d'instruments de sanction afin d'imposer à certains Etats membres lors de violations substantielles du traité le retour à l'ordre constitutionnel. Ainsi, les traités laissaient des questions en suspens qui pour le fonctionnement de la communauté sont d'une importance élémentaire. Jusqu'à la réforme d'Amsterdam, il manquait par ailleurs la fixation écrite globale des valeurs fondamentales et idées directrices de l'Union (cf. désormais l'art. 6 al. 1 TUE). Avec l'*auto-*

65 4-B.III.2.

66 4-B.III.3.

identification en tant que constitution, il ne manque plus aujourd'hui qu'un seul trait caractéristique indispensable de la constitution, dont la pertinence ne doit néanmoins pas être sous-estimée. A travers lui se manifeste la détermination - jusqu'ici non existante - des Etats membres à admettre une constitution pour leur organisation d'intégration, avec la revalorisation politique de cette Union qui en résulte.⁶⁷

63. *D.* La création d'une constitution pour l'Union européenne sera l'une des grandes tâches de cette décennie. Aujourd'hui déjà se pose par conséquent la question des *exigences posées à la constitution de l'Union supranationale*.

64. (*I.*) Du point de vue d'une théorie constitutionnelle générale relative à l'Union supranationale, des exigences conceptuelles et rédactionnelles sont au premier plan. La constitution de l'Union doit remplir les mêmes fonctions que la constitution de l'Etat, pour autant que celles-ci ne soient pas liées à l'Etat en tant que tel, et en même temps cependant tenir compte de la dynamique de l'Union, allier continuité et changement et tenir compte de sa nature juridique propre en tant que traité international. Tout cela en de multiples versions linguistiques devant s'accorder le plus exactement possible, sans par là perdre en clarté. Cela dépasse ce que la constitution traditionnelle de l'Etat doit réaliser. Par conséquent, un acte constituant mûrement réfléchi et non conclu à la hâte s'impose.

65. Importante est l'exigence de *transparence*. Parce que l'Union supranationale est nécessairement compliquée, sa constitution ne doit pas conduire encore à de nouvelles complications qui seraient évitables. Il ne doit y avoir par exemple qu'un seul document constitutionnel, rédigé de façon claire et pour un seul groupement politique supranational ayant une seule personnalité juridique ainsi qu'une structure organique unique et claire. Ce document ne devrait prévoir qu'un nombre limité de procédures décisionnelles structurées simplement - et pour cela s'accommoder aussi le cas échéant de pertes minimales d'efficacité. Parce qu'il doit, en tant que constitution évolutive [Wandelverfassung] d'une Union supranationale dynamique, être plus souvent adapté aux changements de problèmes ou de perspectives que les constitutions étatiques, il devrait faciliter les modifications d'un point de vue technico-juridique par une *construction conséquentielle en modules*, où les questions de même nature ou connexes soient concentrées autant que possible dans des complexes clos de réglementation. La réunion de toutes les règles de procédure importantes dans un seul module serait par exemple opportune.

66. Par ailleurs, il faut tenir compte de l'*intelligibilité*, car une constitution, même la constitution de l'Union, n'est pas une œuvre juridique pour spécialistes, mais s'adresse directement à tous les juristes dans sa sphère d'application, ceux-ci devant en tenir compte lors de la création, l'application et le développement jurisprudentiel du droit ordinaire, ainsi qu'aux citoyens. Ainsi s'imposent une technique de réglementation aussi peu compliquée que possible, une utilisation plus flexible de clauses légales générales comme dans les constitutions étatiques ainsi qu'un renoncement aussi étendu que possible à des réglementations bureaucratiques détaillées. En outre, il faut un *style de langage engageant à l'identification*, car une constitution n'est pas simplement une œuvre juridique, mais aussi un manifeste politique devant inciter chacun à s'identifier à la Communauté.

67 4-C.

67. Les traités constitutifs de l'Union européenne sont, dans leur forme actuelle, si éloignés de ces exigences, qu'une transformation et une fusion en un pacte constitutionnel n'apparaissent pas adéquates sans une profonde réforme. Lors de la création d'une constitution, une partie importante du droit primaire devra être reformulée. Seule la construction en modules avec des secteurs de réglementation séparés est déjà réalisée par endroits au sein de la troisième partie du traité CE, s'agissant des différentes politiques.⁶⁸

68. Du point de vue d'une théorie constitutionnelle générale pour l'Union supranationale, il existe aussi des exigences matérielles. Parmi elles tout d'abord la clause d'homogénéité déjà mentionnée. Pour le reste, de nombreuses *réglementations concernant les fondements* sont nécessaires, comme par exemple sur la personnalité juridique de l'Union, sur les devoirs fondamentaux des Etats membres, respectivement sur la fidélité fédérale au sein de l'Union, ainsi que sur les principes de répartition des compétences. La constitution de l'Union devrait aussi porter sur les fondements au sens strict, à savoir tenir à disposition les règles juridiques indispensables au fonctionnement de l'Union en tant qu'organisation supranationale d'intégration, lesquelles pourtant, dans le cas de l'Union européenne et des Communautés européennes, devaient être développées en grande partie par la jurisprudence. Ainsi devrait-elle aussi aborder la validité directe du droit de l'Union à l'intérieur des Etats, l'indépendance des ordres juridiques supranational et étatique, ainsi que la primauté du droit de l'Union. En outre, elle doit édicter des dispositions quant à l'exécution du droit de l'Union, à savoir tenir prêts les *instruments de sanction* pouvant aller tout à fait au-delà de ceux existant jusqu'alors dans l'Union européenne, mais aussi contenir des *solutions préventives pour l'exécution quotidienne du droit de l'Union*. Ainsi pourrait déjà figurer dans la constitution l'applicabilité immédiate des directives après dépassement du délai de transposition ou bien une responsabilité rigoureuse des Etats d'après le droit de l'Union. Enfin, la constitution de l'Union doit réglementer l'adhésion, le retrait et l'exclusion d'Etats membres ainsi que la procédure à suivre. - Par contre et à raison de la dynamique de l'Union, des affirmations générales concernant les exigences quant à l'organisation des compétences sont à peine possibles. Les règles de compétences sont à formuler avec prudence, afin de prévenir une interprétation excessive. Le principe de subsidiarité devrait être en premier lieu utilisé comme un principe général de répartition des compétences caractéristique de la théorie générale de l'Etat.⁶⁹

69. (II.) Concernant les exigences spéciales à la constitution d'une Union supranationale libérale et démocratique, l'apport de notre étude se limite à quelques réflexions sommaires sur des considérations de départ et des aspects particuliers. Le droit organisationnel, afin de réaliser la démocratie à l'échelle de l'Union, devrait être aménagé de telle manière que la légitimation démocratique soit en premier lieu transmise par le peuple de l'Union et sa représentation populaire, alors que la légitimation étrangère aux échelons et par là plus faible par les peuples des Etats, lesquels sont plus éloignés de ces questions, ainsi que par les parlements nationaux qui les représentent ne devrait être que complémentaire (*priorité démocratique de la légitimation par le peuple de l'Union*). Tout au moins, le poids politique au sein de l'Union doit, suivant en cela les progrès de l'intégration, passer un jour de l'organe fédéral qu'est le Conseil au Parlement de l'Union ainsi qu'en partie à d'autres organes de

68 4-D.I.1.

69 4-D.I.2.

l'Union élus ou légitimés indirectement par le peuple de l'Union. Cependant, eu égard à la légitimation supplémentaire par les peuples des Etats se trouvant derrière les gouvernements au sein du Conseil, il suffira, dans la perspective de la théorie démocratique, du moins pour une longue période de transition, que les mesures essentielles ne puissent être prises sans l'accord du parlement de l'Union. Ce dernier doit du reste être adapté à ses missions. Pour cela, le Parlement européen doit être transformé de telle sorte qu'il ne se compose plus des représentants «des peuples des Etats réunis dans la Communauté» (art. 189 CE, 107 CEEA, 20 CECA) mais «du Peuple dans l'Union». Par ailleurs, *la répartition inégale des sièges entre les Etats*, proportionnelle à l'importance de la population, est à *supprimer* parallèlement aux progrès de l'intégration.⁷⁰

70. Afin de transposer l'idéal commun des droits de l'homme / de la dignité de l'homme, la constitution de l'Union doit garantir les droits fondamentaux et assurer leur protection effective. Pour cela, il faut un *article plus ample sur les droits fondamentaux* qui ne se contente pas d'une couverture technico-juridique, mais qui satisfasse aussi à la fonction d'intégration de la constitution par des formulations engageant à l'identification. Par contre, la mise au point d'un *catalogue de droits fondamentaux* n'est opportune que si ce dernier constitue le résultat d'un processus intense de découverte et d'affirmation de l'identité, auquel un public large et aux dimensions de l'Union a participé activement. Les travaux du «comité» institué par le Conseil européen ne doivent donc pas conduire tout de suite au vote d'un catalogue de droits fondamentaux, mais servir de base fertile pour une discussion européenne sur les droits fondamentaux. L'adhésion à des conventions internationales ayant trait aux droits de l'homme ne sera pas - en tant que garantie supplémentaire - remise en cause par un catalogue original de droits fondamentaux. En particulier, un rattachement à *la Convention européenne des droits de l'homme en tant que complément* à un système de droits fondamentaux original n'est pas moins opportune pour l'Union européenne que pour ses Etats membres.

71. Afin d'assurer le maniement constitutionnel des règles de compétences, une constitution libérale et démocratique de l'Union ne devrait plus comporter de règles de compétence subsidiaire sur le modèle de l'art. 235 (aujourd'hui 308) CE, 203 CEEA, 95 CECA ou bien tout au moins les maîtriser au sens de l'idée de Communauté de droit par des conditions sévères d'ordre matériel et formel. Par ailleurs, un *recours exceptionnel sur les compétences* en tant que voie de droit particulière pour les Etats membres devrait être pris en considération, obligeant la Cour de justice à décider une nouvelle fois de la question de compétences, par une procédure particulière et dans une formation élargie, par exemple en faisant appel à des juges des Cours suprêmes des Etats membres ou des Cours constitutionnelles. En vue de l'idéal d'Etat social en tant que valeur fondamentale de l'Union, un *principe d'Etat social* général ou bien des droits sociaux fondamentaux doivent être intégrés dans la constitution et constituer un contrepoids juridique général aux principes structurels de politique économique ainsi qu'aux droits fondamentaux et libertés fondamentales visant à la libre activité économique. En outre, des compétences appropriées doivent être mises à disposition, même pour l'utilisation de moyens de financement. Cependant, un apport considérable à la défense de l'Etat social devra être, dans l'Union supranationale comme dans l'Etat, fourni par les forces sociales. La constitution de l'Union ne peut agir ici que comme soutien, en ce qu'elle met l'accent, de façon analogue à l'art. 191

70 4-D.II.2.a.

CE pour les partis politiques, sur le rôle politique et social important de groupes d'intérêts aux dimensions de l'Union tels que les syndicats, les associations patronales, les associations professionnelles etc.⁷¹

72. La présente étude a révélé l'image d'une nouvelle forme d'organisation sortant du cadre établi. C'est une forme d'organisation compliquée qui requiert constamment de ceux qui s'en occupent un haut degré d'effort intellectuel. Pourtant, les Européens souhaitent la puissance énergique d'une communauté géo-régionale en réponse aux exigences de la mondialisation et de la géo-régionalisation, sans pour cela remettre en cause leurs valeurs fondamentales ou bien abandonner les particularités nationales. Ils ont trouvé une solution qui permet cela largement, ouvrant la perspective d'une transition en douceur vers un Etat fédéral européen. Pour ce faire, la politique, la pratique et la science doivent sans cesse réaliser de difficiles transpositions et innovations, sans cesse briser, adapter et développer certains concepts traditionnels bien établis de la théorie générale de l'Etat ou de la science juridique. Mais comment une telle solution pourrait-elle être simple?

(Dr. Thomas Schmitz, Göttingen, 02/2001)

71 4-D.II.2.b-d.