

# L'ÉCHEC DE LA CONSTITUTION EUROPÉENNE EN FRANCE

PAR

JEAN-CLAUDE GAUTRON<sup>1</sup>

## LA CONSTITUTION EST MORTE

Le référendum français du 29 mai 2005, en rejetant le «Traité établissant une Constitution pour l'Europe»<sup>2</sup>, a ouvert la crise du processus de ratification du Traité constitutionnel, rapidement renforcée par les résultats tout aussi nets du référendum consultatif organisé aux Pays-Bas le 1<sup>er</sup> juin 2005<sup>3</sup>. La proximité et la simultanéité de certains des arguments avancés à l'encontre du projet dans les deux pays révèlent la persistance d'une crise idéologique de l'intégration européenne, ouverte dès le début des années quatre-vingt-dix avec l'élaboration du traité fondateur de l'Union européenne, dont les objectifs explicites et les ambitions affichées visaient très au-delà des traités communautaires, même révisés par l'Acte unique.

Envisagée dans une perspective systémique, la crise idéologique européenne accompagne l'éclatement de l'URSS – dont la conséquence la plus claire a été, à travers une succession d'accords conclus avec les pays post-communistes<sup>4</sup>, l'élargissement intervenu le 1<sup>er</sup> mai 2004 au bénéfice de huit pays d'Europe centrale et orientale. Le changement quantitatif induit impliquait une révision institutionnelle plus ample que celle instaurée par le Traité de Nice<sup>5</sup>. Si tel était bien l'objet principal du projet de Constitution, les électeurs ont saisi l'opportunité du référendum pour marquer leur méfiance vis-à-vis des élargissements déjà intervenus («le plombier polonais») ou susceptibles d'intervenir (la Turquie)<sup>6</sup>.

La crise systémique s'attache aussi conjoncturellement aux médiocres performances économiques de la zone euro face aux puissances installées (Etats-Unis d'Amérique) ou émergentes (Chine). A cet égard, le projet de Constitution ne suggérait pas de pistes nouvelles et il ne lui revenait sans doute pas d'en fournir. Les confusions foisonnantes et entretenues entre les institutions et les politiques qui ont caractérisé la campagne référendaire ramènent l'observateur vers quelques questions fondamentales.

### *Une constitution?*

La question de savoir si le Traité constitutionnel mérite bien cette dénomination était assurément trop théorique, trop académique, pour retenir l'attention de l'opinion publique et même celles des hommes politiques partisans du «oui» ou du «non». Il apparaît que divers sondages indiquent que les Français, historiquement portés par goût vers les architectures constitutionnelles, n'ont pas été heurtés par la sémantique utilisée, voire l'ont considérée comme plutôt positive et éventuellement valorisante pour la construction européenne. La majorité des personnes ayant voté contre le projet de Traité s'est déclarée favorable à l'élaboration d'une nouvelle constitution, en s'appuyant, alternativement ou cumulativement, sur deux catégories de raisons.

En premier lieu, la contestation du rôle de la Convention, considérée comme un cénacle restreint représentant surtout les forces politiques instituées, a conduit certains à marquer leur préférence pour la réunion d'une assemblée constituante européenne, élue par les peuples ou désignée par les parlements nationaux, alors que les partisans de l'adoption du Traité n'ont pas su énoncer avec suffisamment de clarté que la méthode conventionnelle représentait déjà en soi un progrès démocratique par rapport aux conférences intergouvernementales<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Professeur émérite à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV, France).

<sup>2</sup> Oui, 45,32%; non, 54,68%; abstention, 30,26%.

<sup>3</sup> Oui, 38%; non, 62%; abstention, 37%.

<sup>4</sup> Ce furent des accords de commerce et de coopération, puis, à partir de 1992, des accords d'association (accords «européens» d'association). En 1993, le Conseil européen de Copenhague établit les critères d'adhésion à l'Union européenne.

<sup>5</sup> La Déclaration sur l'avenir de l'Union adoptée à Nice en décembre 2000 a été prolongée par le Conseil européen de Laeken, qui a décidé de mettre en place une Convention dont le mandat reprenait les quatre questions mentionnées dans la Déclaration.

<sup>6</sup> Cf. Françoise DE LA SERRE, «La France et l'élargissement à l'Est de l'Union européenne», *Annuaire français de relations internationales*, vol. V, 2004, p. 517.

<sup>7</sup> Il s'agit, comme on le sait, de méthodes non exclusives, puisque le projet présenté par la Convention a été finalisé à la suite de deux réunions de la conférence intergouvernementale, la première ayant échoué sur le décompte des voix dans le vote à la majorité qualifiée et sur la structure de la Commission. Il est clair que, hormis deux exceptions – dont la politique sociale –, la conférence intergouvernementale a dans l'ensemble réduit la portée des innovations proposées par la Convention.

En second lieu, les opposants au projet – surtout à gauche – ont suggéré une autre constitution. Ils ne se sont pas satisfaits de l'expression «économie sociale du marché» inscrite dans les objectifs de l'Union, qui traduit une référence manifeste aux doctrines économiques allemandes<sup>8</sup> et aux pratiques subséquentes du capitalisme rhénan. La critique est d'autant plus aisée que, pour l'essentiel, la politique sociale continue à relever des compétences des Etats en dépit de l'insertion d'une clause sociale dite transversale<sup>9</sup>, inspirée de la clause environnementale d'intégration. Comme l'indique Philippe Maddalon, la clause transversale n'implique aucune augmentation des compétences de l'Union et, de ce fait, ne pourrait être que faiblement opératoire<sup>10</sup>.

De la campagne référendaire et de l'ensemble des opinions exprimées dans la perspective du scrutin, il ressort que la référence à la notion de constitution a été largement instrumentalisée par les adversaires du projet et fort peu par les partisans du Traité. La gauche hostile au texte a répété à satiété que l'adoption du Traité constitutionnel aurait pour effet de «figer dans le marbre», soit pour une durée indéterminée, des politiques jugées trop libérales et insuffisamment sociales.

Il est vrai que l'insertion de la partie III du Traité lui a fourni des arguments en ce sens. Observons que la partie III comporte un intitulé dénué d'homogénéité, puisqu'il vise à la fois les politiques et le fonctionnement de l'Union. Les dispositions relatives au fonctionnement de l'Union<sup>11</sup> ont été artificiellement placées après les politiques et actions internes, l'espace de liberté, sécurité et justice, l'action extérieure de l'Union. Si les textes régissant l'action extérieure de l'Union ont été assez profondément remaniés du fait de la suppression des «piliers», qui impliquait d'inscrire la Politique étrangère et de sécurité commune au plus près de la politique commerciale commune – bien qu'elle demeure soumise à un régime juridique très spécifique et largement marquée par son caractère intergouvernemental initial –, les politiques internes n'ont pas subi d'importantes modifications. Dans certains cas extrêmes, le projet reprend les énonciations contenues dans les traités fondateurs de la Communauté (économique) européenne, sans modification ni ajout<sup>12</sup>. Le déroulement de la campagne référendaire réhabilite *a posteriori* la thèse de ceux qui proposaient de séparer les politiques du texte constitutionnel et de créer un ensemble de droit organique dont les dispositions auraient été soumises à une procédure de révision simplifiée<sup>13</sup>. Cette solution avait été proposée par l'Institut universitaire de Florence.

La sémantique constitutionnelle a en outre nourri les critiques des souverainistes, qui ont dénoncé l'institutionnalisation d'un Etat fédéral élargissant ses compétences au détriment des Etats membres de l'Union. C'est la théorie du «super-Etat», alimentée par la comparaison avancée par certains initiateurs du projet, entre la Convention de Philadelphie (1787) et la Convention sur l'avenir de l'Europe. Or, tel n'était pas le but du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Le débat sur la nature politique et juridique de la nouvelle Union a divisé les spécialistes, surtout les constitutionnalistes et les communautaristes. Débat abstrait, débat théorique, débat doctrinal qui ne pouvait et ne devait retenir l'attention de l'opinion publique<sup>14</sup>. Il est utile de rappeler que le texte soumis au référendum est un traité qui abroge et remplace les traités en vigueur. Cette opération de fusion accompagne l'affirmation explicite de la personnalité juridique de l'Union, l'effacement de la personnalité juridique de la Communauté européenne – mais non celle de la Communauté européenne à l'énergie atomique, qui subsiste distinctement – et, sur le plan structurel, la suppression des «trois piliers» issus du traité fondateur de l'Union. La qualité de traité implique la ratification par tous les Etats membres et commande les modalités de la révision. En principe, toute révision devait être préparée par une convention, puis arrêtée à l'unanimité par une conférence intergouvernementale et soumise à la ratification de tous les Etats membres. C'est la perspective des difficultés qui s'attacheront à la technique de l'unanimité dans une Europe composée de vingt-cinq Etats et plus qui a fait dire aussi que le texte serait «gravé dans le

---

<sup>8</sup> Art. I-3 du projet : l'économie sociale de marché y est définie comme devant être «hautement compétitive».

<sup>9</sup> Art. III-117 : «dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions [...], l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale».

<sup>10</sup> P. MADDALON, «Une économie sociale de marché hautement compétitive», *Les Mots de la Constitution européenne*, CRUCE/PNF, 2005 p. 91.

<sup>11</sup> Dans la partie III, le titre V recouvre les dispositions relatives aux institutions, aux finances de l'Union et un chapitre III sur les coopérations renforcées, qu'il convient donc de rapprocher de la 1<sup>re</sup> partie du Traité.

<sup>12</sup> Il en est ainsi de la politique agricole (art. III-225 et suivants), qui ne reprend pas les orientations engagées au cours de ces dernières années vers le développement rural et la conditionnalité écologique.

<sup>13</sup> Le travail de la Convention a porté principalement sur les questions institutionnelles. Son président, Valéry Giscard d'Estaing, a souligné, à l'issue du référendum, que la troisième partie avait été rapportée *ex post*. C'est ce qui ressort de la méthode de travail de la Convention, qui a mis en place onze groupes de travail et trois cercles de réflexion dont aucun n'est axé sur les politiques.

<sup>14</sup> C'est au sein de la Convention que fut arrêté le projet d'un traité ne comportant pas d'options et adopté du même coup le terme «Constitution», que le mandat de Laecken n'imposait ni n'excluait, dénomination acceptée tant par les conventionnels favorables à une intégration plus poussée que par ceux favorables au maintien de la souveraineté des Etats.

marbre»<sup>15</sup>. Si la nature du traité a été reconnue par tous, l'existence d'une véritable Constitution a entraîné des débats vifs, souvent stimulants.

C'est la déconnexion entre l'Etat et la notion formelle de constitution qui a suscité la controverse et la prévalence de l'équation «peuple = constitution», qui a été considérée comme incontournable. En dépit d'une référence appuyée des rédacteurs de la Constitution aux «citoyens européens», il convient – selon nous – d'affirmer que la Constitution proposée est une constitution internationale fondée sur une double légitimité : union d'Etats et union de peuples. Ces deux légitimités sont traduites de manière visible dans l'architecture constitutionnelle du projet, qui répartit les principales institutions en organes représentant les gouvernements des Etats – avec une réévaluation du Conseil européen – et organes représentant les peuples ou les citoyens. Elles sont pleinement combinées dans la procédure législative ordinaire. Cette dualité explique aussi la situation de la Commission, qui ne s'appuie pas sur un principe de légitimité autonome et doit donc chercher difficilement un équilibre entre les deux légitimités majeures, tant en ce qui concerne sa désignation que sa composition, par une quasi double investiture, faute de la reconnaissance d'une double responsabilité. La légitimité de la Commission est donc une légitimité dérivée au regard de celles dont disposent les Etats et les peuples.

### *Le contexte constitutionnel français*

Les obstacles tirés du droit constitutionnel français à la ratification du Traité constitutionnel européen avaient été levés par la décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel<sup>16</sup>. Le Conseil constitutionnel avait posé la nécessité d'une révision constitutionnelle sur deux points. En premier lieu il convenait de constitutionnaliser les nouvelles compétences attribuées aux Parlements nationaux dans le cadre de l'Union. Suivant le projet de Traité, ceux-ci peuvent individuellement exprimer leur opposition à toute révision simplifiée du Traité<sup>17</sup>; ils peuvent également, sous la forme d'un avis motivé et sous certaines conditions de nombre, renvoyer à un nouvel examen tout projet d'acte susceptible de contrevenir au principe de subsidiarité ou encore demander au gouvernement concerné de saisir ou de transmettre une requête à la Cour de justice afin d'assurer un contrôle *ex post*. C'est dire que l'adaptation de la Constitution française à la Constitution européenne passe par une extension des prérogatives constitutionnelles du Parlement français. On pourrait y voir un paradoxe si l'on ne prend en compte la spécificité de la Constitution française.

En second lieu, le Conseil, dans la ligne de sa jurisprudence sur le Traité d'Union européenne, a relevé les incompatibilités avec la Constitution française de celles des dispositions du nouveau Traité qui ne sont pas déjà couvertes par l'article 88-2, qu'il s'agisse des compétences nouvellement transférées ou des modalités d'exercice des compétences nouvellement ou anciennement transférées, dès lors qu'elles touchent aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, soit de manière immédiate soit de manière différée. C'est la reprise et la confirmation d'une jurisprudence bien connue (jurisprudence Maastricht et Amsterdam).

Les deux points cruciaux découlant directement du projet constitutionnel européen étaient attachés au principe de primauté (article I-6)<sup>18</sup> et à la Charte des droits fondamentaux (partie II du Traité). L'introduction dans le droit originaire du principe de primauté rompt avec la tradition des traités communautaires et sur l'Union européenne, lesquels ne comportent pas l'affirmation explicite de la primauté. La primauté sur le droit constitutionnel national a été posée à plusieurs reprises par la Cour de justice. Elle est d'ailleurs à l'origine de la théorie des droits fondamentaux individuels dans l'ordre juridique communautaire. Afin de faciliter la ratification, donc dans une perspective politique, le Conseil constitutionnel a jugé que, s'agissant d'un traité international, l'article I-6 dudit Traité ne modifie pas le droit existant et n'implique pas une révision de la Constitution. Cette interprétation *a minima* de l'article I-6 est appuyée sur des argumentaires juridiques qui n'ont pas convaincu la majorité de la doctrine. Il est vrai que la position du Conseil constitutionnel visait à faire l'économie d'une révision qui aurait pu entraîner

---

<sup>15</sup> Il semble que, à aucun moment dans le débat politique, les partisans du «oui» aient indiqué avec suffisamment de clarté que la partie III, qui était au cœur du débat, pouvait faire l'objet de révision à la majorité qualifiée dès lors que le Conseil européen l'aurait autorisée par un vote unanime ou que les dispositions relatives aux politiques et actions internes pouvaient faire l'objet de modifications sur la base d'une décision (unanime) du Conseil européen soumise à l'approbation des Etats selon leurs règles constitutionnelles respectives. Il est vrai que ces procédures simplifiées ne donnent pas une garantie d'adaptabilité souple.

<sup>16</sup> Jérôme ROUX, «Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française», *Revue de droit public*, n° 1, 2005, pp. 59 et suiv.; Denis SIMON, «L'examen par le Conseil constitutionnel du Traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe : fausses surprises et vraies confirmations», *Europe*, n° 2, fév. 2005, pp. 6 et suiv.

<sup>17</sup> Art. IV-444 du projet. Cf. *supra*.

<sup>18</sup> Article I-6 sur le droit de l'Union : «La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres.»

que le constituant français introduise dans la Constitution française une clause de supra-constitutionnalité. Le débat politique récurrent aurait bien sûr contribué à «plomber» plus sûrement encore le projet soumis au référendum.

Toutefois, pour étayer sa décision, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur plusieurs observations relevées très tôt par Paul Cassia<sup>19</sup>. Ainsi, le projet de Traité constitutionnel déclare, comme l'actuel Traité, respecter l'«*identité nationale des Etats membres*» et ajoute... «*inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles*». En outre, le Conseil laisse entendre que le droit de retrait unilatéral des Etats peut constituer, en cas de besoin, une arme suprême contre une grave atteinte à la Constitution française<sup>20</sup>. De surcroît, le Conseil constitutionnel ne soulève aucune objection à l'endroit de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, en se fondant sur la distinction établie par le Traité constitutionnel entre «droits» et «principes», ceux-ci n'étant pas directement invocables en justice, ainsi que sur le renvoi aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres pour procéder à l'interprétation de certains droits contenus dans la Charte<sup>21</sup>.

Cela étant, le Conseil constitutionnel a largement évoqué certains droits. La conciliation de la liberté de manifester ses convictions religieuses avec le principe du droit français de laïcité a été validée par le recours à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. A cette occasion, le Conseil constitutionnel a cité, dans ses visas, un jugement de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>22</sup>. Si cette pratique était confirmée dans d'autres affaires, elle pourrait ouvrir la voie à une prise en compte du droit conventionnel ou du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, empêchée pour l'essentiel par la jurisprudence «IVG»<sup>23</sup>. Le Conseil a fait un sort, enviable en quelque sorte, à l'article II-107 du Traité sur le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial, dont le champ d'application est cependant plus large que celui de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en se fondant sur les explications du *praesidium*.

La voie était ouverte à un projet de loi constitutionnelle qui tirait les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel et, de surcroît, reprenait un engagement du Président de la République d'instituer un référendum obligatoire pour les futures adhésions, une fois acquises – éventuellement – les adhésions de la Roumanie et de la Bulgarie. Cette disposition visait à lever l'hypothèque turque qui a pesé dans la campagne référendaire<sup>24</sup>.

### **La technique référendaire<sup>25</sup>**

Le choix du référendum par le Président de la République reposait sur plusieurs motivations tactiques et stratégiques<sup>26</sup>. En premier lieu, reproduire le précédent de Maastricht voulu par son prédécesseur François Mitterrand et «couper l'herbe sous le pied» de tous ceux qui, à droite et à gauche, le réclamaient avec force. En second lieu, peser sur les forces politiques en présence, soit établir une plus grande unité à droite, notamment au regard de l'UDF, traditionnellement pro-européenne, et tirer avantage de l'UMP qui, rompant avec les réticences du RPR, avait été majoritairement convertie à l'Europe, notamment sous l'influence d'Alain Juppé, Européen de raison. Et, bien sûr, réaffirmer l'autorité du Président dans la vie politique interne, autorité affaiblie par les scrutins locaux et européens, et dans la vie politique européenne, alors que l'Union européenne s'est élargie à vingt-cinq Etats et a subi une cassure grave à l'occasion de la guerre en Iraq. En ce sens, comme l'observe Pierre Martin, les «*fondamentaux*» du référendum du 29 mai ne sont pas très différents des précédents référendums sur l'Europe (1972, 1992); d'autant que, comme dans ces scrutins, le Président comptait souligner les fractures à gauche, cette fois entre le parti socialiste et

---

<sup>19</sup> P. CASSIA, «L'article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes», *Europe*, n° 12, déc. 2004, pp. 6 et suiv.

<sup>20</sup> La déclaration relative à l'article I-6, prise sous l'influence anglaise, a paru rassurante : «*la Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante [de la CJCE et du TPI]*».

<sup>21</sup> Article II-112, par. 4.

<sup>22</sup> La Cour européenne a d'ailleurs confirmé en dernière instance, le 10 novembre 2005, le jugement qu'elle avait rendu dans l'affaire «Leyla Sahin» antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel français.

<sup>23</sup> CEDH, 29 juin 2004, «Leyla Sahin c/Turquie» : l'arrêt – dont de nombreux commentateurs ont souligné qu'il n'avait à cette date qu'un caractère provisoire – justifie l'interdiction du port du foulard islamique par une enseignante. Il est utilisé comme écho de la loi française du 15 mars 2004 sur les signes religieux à l'école.

<sup>24</sup> Sur l'économie de la loi, cf. l'étude de P. CASSIA / Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, parue dans *La Semaine juridique*, n° 5, 2 fév. 2005, pp. 195 et suiv.

<sup>25</sup> Cf. La chronique de Christian BIDEGARAY et Christine PINA dans le présent volume, ainsi qu'Annie LAURENT / Nicolas SAUGER (dir.), *Le Référendum de ratification du Traité constitutionnel européen : comprendre le 'non' français*, Cahiers du CEVIPOF (n° 42), juil. 2005.

<sup>26</sup> P. MARTIN, «Le référendum du 29 mai 2005. Analyse du scrutin», *Commentaire*, n° III, aut. 2005, p. 701; Annie LAURENT / Nicolas SAUGER, *ibid.*, pp. 32 et suiv.

«l’ultra-gauche»<sup>27</sup> et à l’intérieur du parti socialiste<sup>28</sup>, et que, de surcroît, les sondages donnaient une large majorité au «oui» avant le début de la campagne référendaire.

Sans qu’il soit nécessaire d’entrer dans la chronologie de la campagne et les secousses qu’elle a provoquées, il paraît nécessaire de souligner que les textes soumis aux électeurs – le projet de Traité constitutionnel, 36 protocoles d’une grande complexité, deux annexes techniques, 50 déclarations – sont rédigés dans une langue juridique particulière et véhiculent des concepts qui, étant donné leur genèse diplomatique et plurinationale, s’avèrent d’un maniement délicat. A cet égard, la campagne n’a guère fait progresser la compréhension du système politique et juridique de l’Union européenne. Des simplifications réductrices et des interprétations sollicitées ont donc nourri la campagne.

En dépit de – ou grâce à – des clichés dominants plutôt simplistes, la campagne du «non» a été plus dynamique, d’autant qu’elle recoupait les inquiétudes du temps en matière économique et sociale, les peurs sociales parfaitement relayées par les médias de manière consciente ou inconsciente : les délocalisations d’entreprises et les cessations d’activité, l’ouverture du capital des entreprises publiques, l’utilisation d’une main-d’œuvre d’origine non européenne ou en provenance des nouveaux pays adhérents, les mutations des services publics, l’amplitude de la globalisation. Sur fond de chômage, la campagne référendaire a provoqué, selon les termes de Jean-Claude Casanova, une «*tempête protectionniste*»<sup>29</sup>, illustrée par les critiques du projet de directive dit «Bolkestein» sur le marché intérieur des services<sup>30</sup>. Il apparaît que les enjeux nationaux et les enjeux européens ont été simultanément invoqués et enchevêtrés : c’est la logique du référendum. De plus, ce jeu d’interactions ne contredit pas l’aspiration à un véritable espace européen. Il n’est pas certain que la venue en France de grands *leaders* européens favorables au «oui» ait eu les effets escomptés.

La campagne des partisans du «oui» fut surtout réactive et, en quelque sorte, défensive. Elle fut sans doute trop axée sur les bienfaits de la paix qui a résulté de l’entente entre les Etats en conflit lors de la Seconde Guerre mondiale. Le Président de la République a mis l’accent sur le fait que l’intégration constitutionnelle européenne renforcerait l’influence et le prestige de la France en Europe et dans le monde. Cette argumentation est une variante française de la théorie fort connue selon laquelle la Communauté et l’Union européenne sont des accélérateurs de la puissance nationale pour chaque Etat participant, dont on trouve les sources dans les théories fonctionnalistes ou néo-fonctionnalistes de l’intégration<sup>31</sup>. Son utilisation n’a pas été couronnée de succès lors de la rencontre télévisée du Président avec un groupe de jeunes, laquelle a très mal auguré de la campagne du «oui», puisque le «non» est alors remonté à 56%.

Plus pertinente a été l’objection aux critiques de gauche que le rejet de la Constitution ne ferait que renforcer l’existant économique des traités, notamment la troisième partie réputée trop libérale, et effacerait les progrès politiques enregistrés par la Convention. En revanche peu satisfaisantes ont été les explications relatives aux services publics, trop aisément confondus avec les services marchands qui, seuls, sont de la compétence de l’Union européenne et qui, de surcroît, peuvent échapper aux lois du marché dès lors que ce dernier est susceptible de faire échec à l’accomplissement de leur mission en tant que «service d’intérêt économique général»<sup>32</sup>. Les approximations et les erreurs ont foisonné.

La dynamique du «non» est le produit de plusieurs segments politiques de la société française (extrême droite, droite souverainiste, extrême gauche, une majorité d’électeurs socialistes à la suite de plusieurs *leaders*, dont M. Fabius, une partie des Verts), du ralliement de nombreuses corporations – qui avaient des griefs à faire valoir ou des craintes à exprimer – ainsi que d’une fraction de la classe moyenne, des fonctionnaires et enseignants. C’est sur ce dernier point que le référendum de 2005 s’écarte de celui de 1992 et traduit une perte du soutien populaire à la construction européenne. En définitive, le référendum de 2005 accuse les tendances lourdes enregistrées depuis le début des années quatre-vingt-dix et illustre les difficultés d’appréhension du bien-fondé de la construction européenne par une opinion publique de droite ou de gauche – la grandeur de la France, le modèle social – tout à la fois arc-boutée sur un ego national, souvent hérité du passé, et tétanisée par des difficultés du temps présent (chômage, concurrence européenne et mondiale, immigration).

---

<sup>27</sup> Il s’agit d’un terme convenu; le parti communiste a pris position pour le «non».

<sup>28</sup> Le parti socialiste a procédé à un référendum interne le 1<sup>er</sup> décembre 2004; ouvert aux adhérents, ce référendum a donné, sur près de 100 000 votants, près de 59% au «oui» et un peu plus de 41% au «non».

<sup>29</sup> J.-C. CASANOVA, «Dissiper les nuées, reprendre le chemin», *Commentaire*, n° 110, été 2005, p. 294.

<sup>30</sup> Le principe du pays d’origine est appliqué à la libre circulation des marchandises depuis l’affaire «Cassis de Dijon». Il soulève plus de difficultés en ce qui concerne la libre circulation des opérateurs professionnels. Cf. Loïc GRARD, «La Constitution européenne. De bonnes raisons de dire non au non», *Politeia*, n° 6, 2004, p. 515.

<sup>31</sup> Théories qui ont influé sur la naissance et le cours de l’intégration européenne.

<sup>32</sup> Le projet de Constitution (art. III-122) envisageait une loi européenne sur les services d’intérêt économique général, alors que la faisabilité et l’opportunité d’une directive-cadre sont pour l’heure discutées.

L'échec du référendum traduit de manière inextricable l'incompréhension de l'Europe et le malaise français, comme la difficulté d'admettre que le droit communautaire et les politiques européennes sont les leviers de la modernisation et la clef des ajustements internes nécessaires de l'appareil étatique et de la société française, et non pas seulement de son influence vers l'extérieur. Par la culture du compromis, l'Union européenne s'avère d'abord aristotélicienne, très peu platonicienne. La répartition des forces contraires à l'adoption de la Constitution européenne reproduit les configurations traditionnellement hostiles à l'intégration européenne qui se sont exprimées lors de la querelle de la Communauté européenne de défense (CED), à propos de l'élection des parlementaires européens au suffrage universel ou encore lors de l'adoption du Traité de Maastricht puis de la mise en place de l'euro. Le parti communiste français a retrouvé le confort de sa ligne ancienne et le parti socialiste a été déchiré par la position adoptée par Laurent Fabius. En ce sens, si la droite avait failli réussir à faire échec au Traité de Maastricht, cette fois la gauche a empêché la ratification du Traité constitutionnel.

#### VIVE LA CONSTITUTION

La formule empruntée à Kantorowicz peut paraître provocante, voire quelque peu inconsciente. Pourtant l'intégration européenne n'a jamais été un long fleuve tranquille et les théories de l'intégration ont depuis longtemps pris en compte les obstacles ou embûches, retards et retours en arrière ou *stop and go* qui affectent un processus d'intégration nécessairement incertain, excluant toute linéarité. Telle fut la différence essentielle entre le fonctionnalisme originel (école de Haas) et les auteurs néo-fonctionnalistes. Mieux, un incident de parcours même grave – et tel est le cas de l'échec du Traité établissant une Constitution européenne – peut induire des réflexions, sur le plan théorique, et des pratiques ou des stratégies qui n'auraient pas émergé s'il n'était survenu. L'échec est une partie composante du processus d'intégration. Dans une Europe composée – provisoirement – de vingt-cinq Etats, le rejet du projet, initié en France puis étendu chez d'autres partenaires, induit une double réflexion. La première est que, nonobstant l'interruption du processus constituant, l'Union européenne est d'ores et déjà régie par une constitution matérielle à laquelle le projet ajoutait une formalisation de l'acquis ainsi que des éléments innovants, mais presque tous dans la ligne de l'acquis institutionnel – en ce sens la révision institutionnelle proposée n'a pas abouti. En second lieu, l'échec du projet ne restera pas sans incidences. L'examen de ces remarques appelle une tentative de prospective, un exercice bien aléatoire.

#### *Les récurrences constitutionnelles*<sup>33</sup>

L'échec du projet de Traité constitutionnel ne fait pas table rase de l'acquis constitutionnel de l'Union européenne. Quelques observations peuvent être avancées à cet égard.

La double légitimité, celles des Etats et des peuples, est déjà présente dans les traités. La première est mise en œuvre par le Conseil, qui participe pleinement à la fonction législative dans l'Union. Les seules modifications portées dans le projet de Constitution tenaient à l'extension du champ d'application du vote à la majorité qualifiée et à la généralisation (sauf dans quelques domaines sensibles) de la procédure de codécision, rebaptisée procédure législative ordinaire. Bien sûr, la votation à la majorité qualifiée ne reproduisait pas la pondération des voix telle qu'elle découle du Traité de Nice : elle reposait sur une combinaison de deux critères, le nombre des Etats et le pourcentage de la population.

En revanche, le Conseil européen ne connaîtra pas les avancées significatives qui auraient découlées de son institutionnalisation et, surtout, de la désignation d'un président élu par lui pour une durée de deux ans et demi. Toutefois, la pratique institutionnelle à venir pourrait conduire à un renforcement du rôle du président. L'émergence du Conseil européen est ainsi contenue. Le rejet du projet de Traité constitutionnel conduit à maintenir la méthode communautaire dans le champ du 1<sup>er</sup> pilier et à réserver l'espace de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) au Conseil européen, comme par le passé. Un organe nouveau n'émergera pas non plus, le ministre des Affaires étrangères, qui devait être une émanation du Conseil européen. Les acteurs de l'Union européenne devront continuer à s'en remettre au Haut Représentant pour la PESC. En définitive, en desservant le Conseil européen, le rejet du projet consolide le *statu quo* et, notamment, le président de la Commission, dont le mandat est de cinq ans.

La deuxième légitimité, celle des peuples, exprimée par le Parlement européen, ne sera pas fondamentalement entamée par le rejet du projet. Celui-ci en effet ne faisait qu'améliorer la position

constitutionnelle du Parlement, étant donné la disparition de la différenciation des trois piliers dont la conséquence mécanique était l'irruption du Parlement dans les matières relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice. Cette avancée n'avait pas d'équivalent dans le champ de la politique étrangère et de sécurité commune, laquelle devait demeurer d'inspiration et d'économie intergouvernementales. De plus, la procédure législative dite «ordinaire» n'aurait pas créé une véritable rupture avec l'actuelle procédure de codécision dès lors que, sauf exceptions favorables au Conseil, la fonction normative est déjà partagée entre le Conseil et le Parlement. Tout au plus peut-on observer que la séparation des pouvoirs, mal assurée dans l'ordre juridique communautaire du fait que les mêmes actes juridiques recouvrent tant le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif, ne connaîtra pas le mince progrès que la Constitution européenne envisageait, notamment par le jeu de la distinction entre actes législatifs (Parlement-Conseil ou, exceptionnellement, Conseil seul) et actes non législatifs du Conseil ou de la Commission.

Ainsi, en bloquant certaines inflexions et quelques innovations institutionnelles, le rejet du projet de Constitution européenne obéit à la logique magistralement exposée par Alexis de Tocqueville<sup>34</sup>, selon laquelle la révolution comporte une part de réaction et ramène donc vers des sources plus anciennes au nom de la contestation de l'ordre établi dans le présent.

En ce qui concerne le point crucial de la répartition des compétences entre les Etats et la Communauté/Union européenne(s), le projet de Traité constitutionnel comportait certaines modifications, dont la principale consiste à établir une classification des compétences communes et de leurs domaines en trois catégories : les compétences exclusives; les compétences partagées avec les Etats; les domaines d'action d'appui, coordination ou complément. Cette classification n'est pas en rupture avec le principe général des compétences d'attribution déjà inscrit dans les traités et appliqué par la Cour de justice. La rupture devait découler de ce que, comme dans les systèmes fédéraux, la répartition des compétences obéit dans le projet de Constitution à un critère matériel, donc selon les domaines, et non à un critère finaliste, c'est-à-dire selon les buts fixés dans les traités.

Cette révolution était sans doute plus apparente que réelle, pour plusieurs raisons. D'une part, certaines politiques, très marquées par leur caractère intergouvernemental dominant, n'entraient pas dans la nouvelle classification : il en est ainsi de la PESC, de la coordination des politiques économiques et de l'emploi. D'autre part, le critère matériel, s'il offre l'avantage de la lisibilité (qui fait quoi?), donc s'il est nécessaire, n'est pas suffisant puisqu'il doit être combiné avec les critères finalistes (les buts) propres à chaque politique ou action de l'Europe et détaillés dans la troisième partie du Traité dont on a dit qu'elle portait sur les politiques. Enfin, la répartition proposée est déjà largement sous-jacente dans la jurisprudence de la Cour de justice, à tel point qu'en 1992 la Commission s'était efforcée de dresser une liste des compétences exclusives qui, d'une certaine manière, anticipait le projet de Traité constitutionnel<sup>35</sup>. D'une manière générale les principes régissant l'attribution ou l'exercice des compétences (le principe de subsidiarité, le principe de proportionnalité, les compétences subsidiaires) qui préexistaient au projet de Traité constitutionnel ont été repris et parfois enrichis par lui et, par conséquent, lui survivent. Les défenseurs acharnés de la souveraineté des Etats savent-ils que le projet qu'ils ont repoussé était moins favorable au développement des compétences implicites, par exemple en matière de relations extérieures, que la jurisprudence actuelle de la Cour? ou encore que le principe de subsidiarité, dont on sait le caractère aussi politique que juridique, devait être placé sous le contrôle des parlements nationaux<sup>36?</sup>

### ***Les incertitudes politiques***

L'échec du référendum ouvre tout ensemble des incertitudes – et quelques certitudes – politiques pour la France et pour l'Union européenne.

En ce qui concerne la France, la conséquence la plus nette est le déclin de son influence dans les institutions européennes et, donc, sur ses partenaires, déclin qui ne saurait être enrayé par des critiques plus aiguës des initiatives – ou des non-initiatives – de la Commission. Son attachement à la Politique agricole commune (PAC) deviendra, en dépit de l'accord dit de «sanctuarisation des dépenses agricoles» jusqu'en 2013<sup>37</sup>, un motif supplémentaire pour certains partenaires de la France de ne pas s'aligner sur elle. Le rejet

---

<sup>34</sup> Alexis DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien-Régime et la Révolution*.

<sup>35</sup> Deux différences significatives méritent une attention particulière : en 1992 la politique agricole et le marché intérieur étaient classés par la Commission dans les compétences exclusives et, ce, avec l'appui d'une large partie de la doctrine; dans le projet de Constitution européenne, ces deux domaines ont été déclarés comme relevant des compétences partagées.

<sup>36</sup> Il fallait se reporter au Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

<sup>37</sup> Il s'agit d'un accord politique, donc parfaitement respectable, mais il n'est pas exclu que la période 2007-2013 soit scindée en plusieurs périodes pour une sanctuarisation dégressive.

du référendum influera aussi sur le système des partis, au moins des partis dits «de gouvernement». Sachant qu'un électeur UMP sur cinq, un électeur UDF sur quatre, trois électeurs socialistes sur cinq ont voté contre le projet de traité, les difficultés majeures seront dans le camp du parti socialiste *inter se* et dans ses rapports avec ses alliés traditionnels ou potentiels. Le référendum a clairement montré la ligne de fracture entre les socialistes français et la social-démocratie européenne, laquelle a adopté plus aisément une approche réformiste en adéquation avec l'économie de marché et la construction européenne<sup>38</sup>. Il n'est pas certain que la venue en France de plusieurs personnalités de la social-démocratie européenne ait eu un effet en faveur du «oui» auprès des électeurs français.

De plus, le train des réformes françaises indispensables ne pourra être accroché à la locomotive européenne, sauf à courir le risque d'un rejet accru aux motifs d'ultra-libéralisme, d'origine exogène et, de surcroît, de condamnation par le suffrage universel. Les responsables politiques devraient également perdre l'habitude de recourir à l'alibi commode selon lequel les contraintes imposées aux groupes d'intérêt et aux corporatismes viennent de Bruxelles. La clarification de l'engagement européen de la France n'interviendra pas avant les élections présidentielle et législative de 2007; encore n'est-il pas certain qu'elles aient un effet de clarification. Du moins l'Europe sera-t-elle plus présente dans le débat politique français.

En ce qui concerne le fonctionnement de l'Union européenne, les conséquences de l'échec du projet de Constitution européenne sont claires et déjà patentées. L'Union sera gérée conformément aux règles des traités, dont le dernier en date est le Traité de Nice. Toutefois, la secousse issue des deux référendums, sans aller jusqu'à paralyser son fonctionnement, ouvre une crise potentiellement génératrice d'immobilisme, d'autant que les incertitudes sont ravivées par les dissensions entre Etats quant à la mise en œuvre de l'Agenda 2000 et sur la programmation financière pour la période 2007-2013 qu'il revient à la présidence anglaise de proposer.

Deux données pourraient se révéler positives sur le long terme. D'une part, les questions européennes vont mieux pénétrer les débats politiques nationaux, y compris en dehors des périodes électorales. Depuis juillet 2005, un comité interministériel consacré aux questions d'actualité européenne se réunit tous les mois en France sous la présidence du Premier ministre<sup>39</sup>. La presse française consacre désormais une part plus large de ses informations aux débats européens, en temps réel, c'est-à-dire au stade de l'élaboration des projets (les propositions de la Commission) et au fur et à mesure des négociations ou des prises de position des gouvernements et des groupes socio-économiques les plus directement concernés. La crise ramène ainsi vers les conceptions originelles de l'intégration de type fonctionnaliste. Si ces orientations sont confirmées, le fameux «espace public européen», toujours invoqué et jamais effectif, pourrait paradoxalement voir le jour à partir d'une crise majeure. D'autre part, selon différents sondages, le référendum français ne remet en cause ni l'existence ni la légitimité de la construction européenne, auprès de la majorité des tenants du «non». Ce sont les politiques qui seront désormais les plus discutées. Qu'en sera-t-il des institutions?

### ***Des occurrences institutionnelles?***

Le terme peut paraître pédant. Il l'est sans doute. Posée plus simplement, la question est de savoir s'il existe une ou plusieurs possibilités d'effacer les conséquences de deux référendums négatifs. A la suite du référendum positif au Luxembourg, certains ont avancé que la «Constitution n'est pas morte» et que le processus de ratification pouvait se poursuivre. Toutefois, à la suite des dirigeants anglais, un certain nombre de pays ont choisi de ne pas poursuivre ce processus, notamment le Danemark et l'Irlande, ainsi que la Pologne.

Il paraît impossible d'imaginer que, à l'instar du Danemark et de l'Irlande, dans des référendums précédents, le peuple français soit conduit à revenir sur son choix dans des termes politiquement acceptables. La Déclaration n° 30 concernant la ratification du Traité constitutionnel précise que «*si, à l'issue d'un délai de deux ans, [...] les quatre cinquièmes des Etats membres ont ratifié [...] et qu'un ou plusieurs Etats membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, le Conseil européen se saisit de la question*»<sup>40</sup>. C'est-à-dire que la Déclaration n'induit pas le plan B dont il fut question de manière confuse au cours de la campagne référendaire.

Une deuxième hypothèse, plus vraisemblable, consisterait à renégocier un traité constitutionnel plus restreint portant essentiellement sur les dispositions institutionnelles de la première partie et sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui, hormis certaines interprétations dénuées de fondement, n'a pas

---

<sup>38</sup> On peut lire les observations de Pascal LAMY, «Leçon de social-démocratie», *Le Monde* 2, 27 août 2005, pp. 12 et suiv.

<sup>39</sup> *Le Monde*, 30 nov. 2005.

<sup>40</sup> La même disposition est insérée à l'article IV-443 par. 4 du projet; elle vise les procédures de révision ordinaire du Traité.

soulevé, pas plus que la première partie, des objections résolues. Ce serait une façon de revenir à la méthode et à l'esprit de la Convention sur l'avenir de l'Europe.

Une troisième possibilité consisterait à réduire la révision à l'adaptation des institutions aux seuls aspects impliqués par l'élargissement, encore que l'identification des questions à traiter ne s'impose pas de manière incontestable. De toutes façons, l'une ou l'autre de ces issues implique un délai de deux ou trois ans et l'accomplissement de certains cycles électoraux, notamment les élections présidentielle et législative en France. Nécessairement controversés seraient les choix de la méthode d'élaboration du traité et surtout de la procédure de ratification dans les pays où il a été décidé initialement de recourir à un référendum.

\* \*  
\*

Doit-on conclure que le processus de réforme institutionnelle est bloqué sur le court terme comme sur le long terme? Il convient de revenir vers une définition matérielle de la constitution européenne et d'appréhender de nouveau les vecteurs de constitutionnalité qui ont contribué à la façonner : révisions formelles des traités, mais aussi jurisprudence de la Cour, pratiques des institutions et, dans leurs prolongements, accords inter-institutionnels.

Si les révisions formelles sont temporairement interdites, les autres voies restent ouvertes. Dans un arrêt rendu le 13 septembre 2005, la Cour de justice a jugé qu'une directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal national a sa base juridique dans le pilier communautaire (art. 175 du traité CE) et non, comme le soutenaient plusieurs Etats, dans le 3<sup>e</sup> pilier relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale<sup>41</sup>. Si la Cour de justice ne méconnaît pas le principe de la compétence des Etats en matière pénale, elle rend, dans un arrêt incontestablement de portée constitutionnelle quant aux compétences<sup>42</sup>, une décision qui réduit la rigidité de la distinction entre les piliers et s'inscrit par là dans la perspective que portait le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe. C'est également aux juges qu'il revient, dans l'attente d'un statut de droit positif pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'exploiter les dispositions qu'elle contient dans les cas où elles ajoutent à la Convention européenne des droits de l'homme. Ce mouvement a été amorcé par quelques conclusions des avocats généraux et certaines décisions des juridictions communautaires, ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme elle-même (12 juillet 2002, affaire «Goodwin c/Royaume Uni»). La référence à la Charte est d'ores et déjà présente dans plusieurs décisions de juridictions nationales. Si, pour l'heure, la Charte a la portée juridique d'une déclaration inter-institutionnelle, la jurisprudence peut continuer à y trouver une source d'inspiration dans le domaine des droits fondamentaux.

Le recours aux pratiques institutionnelles pourrait être également sollicité. La transparence des travaux du Conseil de l'Union européenne, élément fondamental de la démocratisation du processus décisionnel, qui était posée par l'article I-50 du projet de Traité, peut être poursuivie et améliorée par les moyens actuellement prévus par les traités en vigueur<sup>43</sup>. De même, la gestion de certains domaines institutionnels peut être améliorée en l'absence des règles qui étaient inscrites dans le projet de Traité établissant une Constitution. Tel est le cas de l'Eurogroupe<sup>44</sup>, dont l'existence a précédé le projet de protocole le concernant et qui dispose déjà d'une présidence spécifique. Certains commentateurs éclairés ont en effet indiqué que la crise de la Constitution européenne en tant qu'union politique était, peut-être, le signal nécessaire à la relance de l'union économique, dont on sait qu'elle n'accompagne pas de manière parallèle l'union monétaire : c'est une façon opportune de réactualiser le débat ancien «union politique ou union économique?»<sup>45</sup>

Dans les domaines de la sécurité et de la défense, si l'on observe que le projet de Constitution ne procédait pas à un profond renouvellement de la PESC sinon par la création d'un ministre des Affaires étrangères désigné par le Conseil européen et «implanté» au sein de la Commission, il n'est pas exclu que l'identité européenne de sécurité et de défense poursuive les avancées déjà amorcées par le Traité de Nice avec la mise en place du Comité politique et de sécurité et de l'Agence européenne de l'armement<sup>46</sup>.

L'issue de la crise passe sans doute par la continuation d'un processus de constitutionnalisation au sens

---

<sup>41</sup> La Cour a annulé la décision-cadre qui avait été adoptée par le Conseil, 15 sept. 2005, aff. C-176/03, «Commission c/Conseil» (soutenu par onze Etats).

<sup>42</sup> En ce sens, cf. la note de Denys SIMON parue dans *Europe*, nov. 2005, pp. 11 et suiv.

<sup>43</sup> Art. 255 du Traité CE et règlement intérieur du Conseil.

<sup>44</sup> Cf. le projet de Protocole 12 sur l'Eurogroupe annexé au Traité.

<sup>45</sup> Dario VELO, «La crisi europea : una occasione per rilanciare il processo di integrazione», communication présentée au colloque de l'AUSE, à Venise, en juillet 2005.

<sup>46</sup> Avec le projet de Traité sont effacées la clause de solidarité en cas d'attaque terroriste et la possibilité pour les Etats de recourir à une «coopération structurée», version originale et compensatoire de la coopération renforcée, laquelle est exclue en matière de défense.

matériel, par une jurisprudence de portée constitutionnelle de la Cour de justice, par les pratiques des institutions. La question de la révision *a minima* des traités reste ouverte. Le grand changement est attendu d'une nouvelle pédagogie de l'Europe et de la démocratisation de la vie politique européenne. Le «non» au référendum, pour être néfaste, n'aura peut-être pas été inutile.