EUROPE : LA PORTE ENTROUVERTE

L'Union européenne à la recherche d'une Constitution

Les discussions sur une Constitution européenne équivalent à une reconnaissance de fait de l'entreprise de construction européenne. L'Europe est à penser comme une fédération d'États et doit se doter d'une Constitution qui lui permettrait de clarifier ses objectifs fondamentaux. De plus, les peuples d'Europe associés à ce large débat pourraient s'approprier les enjeux de l'Union et confirmer les choix de leurs dirigeants.

Par Paul Magnette

Faut-il doter l'Union européenne d'une Constitution ? Encore taboue il y a quelques années, la question est aujourd'hui au cœur de tous les débats sur l'Europe. Le discours de Joschka Fischer à l'université Humboldt en mai 2000, les réponses et mises au point qu'il a suscitées auront au moins eu ce mérite : faire sortir du cénacle des spécialistes et des mouvements fédéralistes un débat ancien.

Ces échanges politiques, prolongés par de longues dissertations académiques, portent trois enseignements sur l'état de l'Europe (voir les contributions remarquables, par leur qualité et leur diversité, publiées par le Harvard Law Center, et disponibles sur son site web : www.harvard.edu/lawschool). Ils révèlent d'abord que l'entreprise de construction européenne est arrivée à un palier : que l'on se demande aujourd'hui s'il est opportun de couler le « modèle européen » en un texte stable et clair, cela montre que l'entreprise elle-même n'est plus remise en cause. On peut débattre à perte de vue de l'opportunité et des modalités de la constitutionnalisation, rares sont ceux qui suggèrent encore de diluer l'Union dans une vaste zone de libre-échange ou une lâche confédération, comme le faisaient sans scrupule certains chefs d'État ou de gouvernement dans les années soixante. Ces discussions témoignent, ensuite, de l'insatisfaction qu'éprouvent nombre d'intellectuels et de dirigeants politiques à l'égard d'un système construit sans plan d'ensemble, au coup par coup, dont la logique et les principes restent difficilement perceptibles. Envisager l'adoption d'une Constitution,

c'est avant tout appeler à « mettre en forme » une réalité politique qui manque, précisément, de clarté formelle. Ces débats renouvelés rappellent, enfin, la pesanteur des cultures politiques nationales : alors que la vision de Fischer projette largement le fédéralisme coopératif allemand sur l'Europe, les réactions de Chirac et de Blair font directement écho aux vieux schémas nationaux de la Communauté d'États et du Commonwealth.

Voilà ce qui, précisément, suscite l'inquiétude ou le scepticisme de ceux qui voient dans la constitutionnalisation de l'Union, au mieux un vain exercice, au pire un jeu dangereux. Renouer avec le langage constitutionnel, n'est-ce pas prendre le risque de réveiller les vieilles querelles théologiques sur la nature de l'Union ? N'est-ce pas dissimuler, derrière des concepts mystificateurs, la vraie originalité du processus d'intégration ? N'est-ce pas, finalement, banaliser la construction européenne, et menacer sa logique subtile, en la coulant de force dans un langage désuet ? L'argument avancé par Joseph Weiler, dans sa remarquable simplicité, concentre toute la force de ces objections : « It works, why fix it ? » (Weiler; Dehousse; Bözel et Risse).

L'habileté du raisonnement tient au fait qu'il inverse la charge de la preuve : aux partisans d'une codification, qui dénoncent plus ou moins explicitement les vices d'un système pragmatique, il demande de faire la preuve qu'un texte écrit résoudrait les tensions de la *multi-level governance*. Puisque c'est vous, Messieurs les apprentis constitutionnalistes, qui voulez dépasser le statuquo, démontrez-en les nécessités. Répondre à une telle objection est un exercice périlleux : cela revient à convaincre qu'un texte qui n'existe pas serait plus efficace qu'une pratique qui, elle, existe et fonctionne.

Le débat n'est pas sans rappeler l'opposition classique entre les partisans de la souplesse d'un *common law* non écrit et évolutif et les défenseurs d'une constitution formelle, et donc forcément plus figée. Certains des arguments avancés contre la constitutionnalisation semblent directement tirés des objections que formulaient, au nom de l'histoire et du sens commun, Edmund Burke ou Jeremy Bentham à propos des déclarations françaises des droits de l'homme, il y a plus de deux siècles. On voudrait ici, sans céder à la facilité des alternatives caricaturales, rappeler quelques raisonnements anciens en faveur de la clarté formelle, qui peuvent trouver à s'appliquer aux débats actuels sur la constitutionnalisation de l'Union.

VICES ET VERTUS DE LA « MULTI-LEVEL GOVERNANCE »

La notion de *gouvernance multi-niveaux* est devenue, aujourd'hui, parfaitement banale parmi de ceux qui étudient l'Europe. À quelques exceptions près, chacun s'accorde désormais à reconnaitre que l'Union n'est ni un État ni une simple organisation internationale. Ce qui fait son originalité, au regard des typologies éprouvées, c'est sa nature hybride : la manière dont elle mêle des pratiques relevant de la diplomatie classique et des institutions inspirées du fédéralisme. Or, un tel monstre s'avère bien difficile à conceptualiser, en une époque encore dominée par les dichotomies conceptuelles classiques.

C'est précisément pour dépasser cette impasse analytique que fut forgé le concept de *multi-level governance* (Marks et alii). Le terme, dans sa barbarie même, souligne la nature inédite de l'Union. Il est un manifeste pour un nouveau langage, partant de la conviction qu'un vocabulaire politique classique rencontre mal la réalité. Parler de l'Union dans les termes de l'État, c'est s'empêcher de voir qu'elle n'est pas un système centralisé et pyramidal, mais un agencement souple de différents niveaux de pouvoir ; c'est oublier que le pouvoir ne s'épuise pas dans le « gouvernement », parce que nombre d'autres acteurs, privés et publics, sont des composantes de la « gouvernance » ; c'est ignorer que les méthodes de l'Union varient d'un domaine à l'autre ; et c'est dissimuler l'interdépendance des dimensions internes et externes de la politique contemporaine. Bref, penser l'Union avec les mots de l'État, c'est mutiler sa complexité.

Une telle approche a le mérite d'élargir les perceptions de l'Union, et de rendre toujours moins crédibles les interprétations qui la réduisent à une organisation internationale ou l'érigent en État fédéral. Elle permet de rendre compte de la pluralité des méthodes d'intégration, et de l'interpénétration profonde des sphères — publiques et privées, nationales infra- et supranationales — que nos distinctions analytiques tendent parfois à clarifier. Ce qui fait la force de cette notion fait aussi, toutefois, sa faiblesse. À trop insister sur le caractère souple, malléable, variable, de la gouvernance, on court deux risques opposés. Le premier consiste, en mettant en évidence l'originalité de l'Union, à caricaturer l'État : opposer une gouvernance européenne complexe à un gouvernement national simple, serait oublier que nos régimes sont eux aussi, de plus en plus, des formes de la *multi-level governance*. La décentralisation, la consultation des intérêts organisés et l'émergence de *policy networks*, la coopération entre les différents niveaux de pouvoir, la variation des méthodes de négociation et de décision... tout cela caractérise l'État postgaullien. À l'opposé, en montrant que les mêmes tendances sont à l'œuvre dans l'Union et dans ses États, on court le risque d'ériger la *multi-level governance* en catégorie analytique hégémonique. Ce phénomène est courant en sciences politiques : le concept de « démocratie de consensus », construit dans les années soixante pour mettre en évidence la nature des « petites démocraties » (Benelux, Suisse, Autriche) par opposition aux grandes démocraties majoritaires, a connu un tel succès qu'on range aujourd'hui sous cette appellation, outre les régimes consociatifs bien connus, des pays aussi différents que le Liban, l'Afrique du Sud, les îles Fidji et même... l'Union européenne. À force de s'étendre, un concept finit par perdre toute vertu distinctive. Il donne l'impression, souvent fausse, d'une convergence de tous les systèmes vers une même matrice. Le succès de la notion de « multi-level governance » pourrait conduire à la même forme de dilution (Scharf; Schmitter).

Peut-être est-ce là la réalité d'une politique postmoderne dont tous les repères, spatiaux, temporels et idéologiques, sont condamnés à s'évanouir ? Peut-être l'essence de la politique contemporaine, ce qui la distingue des âges précédents, est-elle précisément dans ce caractère fluide, instable, amorphe de la « gouvernance » ? Après tout c'était encore, il n'y a pas si longtemps, l'avis d'un penseur aussi respecté que Jürgen Habermas. Dans

une préface de 1990 à son ouvrage classique sur la genèse de l'espace public, le philosophe allemand écrivait : « Si l'idée de souveraineté populaire doit encore trouver, de façon réaliste, une application dans des sociétés fortement complexes, elle doit être détachée de toute interprétation trop concrète selon laquelle la souveraineté populaire serait incarnée dans les membres d'une collectivité [...]. La souveraineté populaire totalement dispersée ne peut s'incarner que dans des formes de communication sans sujet [...] qui régulent le flux de formation de l'opinion et de la volonté » (Habermas, 1990). Cela était plus vrai encore, selon le Habermas de 1996, de la sphère européenne, éminemment complexe, qui devait être comprise comme un espace public fluide, correspondant à un système politique tout aussi impalpable. Depuis lors, le philosophe allemand — qui n'en est pas, il est vrai, à ses premiers revirements — semble avoir radicalement changé d'avis. L'apôtre de l'espace public amorphe d'hier se fait aujourd'hui le héraut, dans ses écrits comme dans ses conférences publiques (Habermas, 2000), d'une constitutionnalisation de l'Union qui lui donnerait, enfin, la force d'une fédération politique. Adhérant à un mouvement d'opinion plus large, la conversion de Habermas témoigne d'une redécouverte récente de la vertu des formes (Sartori).

À QUOI SERT LE LANGAGE CONSTITUTIONNEL ? ÉLOGE DES FORMES

Il faut se garder, pourtant, d'exagérer les mérites de l'exercice constitutionnel. S'il suffisait d'énoncer des principes dans un texte écrit pour résoudre les problèmes politiques cardinaux, le constitutionnalisme susciterait plus de vocations. Jamais une loi fondamentale n'a, a elle seule, réglé les conflits de compétence : la Constitution américaine aurait-elle comporté une règle claire de résolution des différends entre États dès 1787, cela n'aurait pas suffi à empêcher la guerre de Sécession. Une règle de droit n'est efficace que quand elle consacre un principe qui est déjà, au moins implicitement, communément admis. Jamais une Constitution n'a, non plus, suscité d'elle-même l'adhésion des citoyens : elles avaient beau prétendre fonder des « démocraties populaires », les constitutions des anciennes républiques soviétiques n'en étaient pas moins tenues par leurs citoyens, à juste titre, pour les cache-misère de régimes autoritaires. Un énoncé juridique ne suffit pas à créer la situation qu'il énonce — en dépit de ses ambitions. Quand, en revanche, la Constitution existe en termes matériels, quand les citoyens et leurs dirigeants s'entendent sur une certaine conception de la nature humaine, du pouvoir et de sa répartition, la Constitution écrite qui traduit ce sens commun peut aider à l'enraciner ; concise et claire, elle peut nourrir et maintenir la conscience civique. La principale vertu du constitutionnalisme est d'ordre pédagogique : il contribue, en formalisant le sens politique commun, à le diffuser dans les consciences. Tel est, en tout cas, le pari de tous les jurisconsultes dans l'histoire moderne de l'Europe.

Pourquoi, en l'an de grâce 1576, le juriste français Jean Bodin éprouva-t-il la nécessité d'inventer la notion, aujourd'hui si maltraitée, de souveraineté ? Quelle était la finalité politique de cette affirmation normative ? Assoir le

pouvoir royal ? Peut-être. Dénoncer l'ingérence dans les affaires françaises des intrigants florentins ? Sans doute. Mais aussi, et surtout, trouver une réponse à ce qui avait été, pour les hommes modérés de l'époque, le symbole de l'absurdité de la politique médiévale : la Saint-Barthelémy (Goyard-Fabre). Le massacre le plus sanglant de ces temps, pourtant peu cléments, qui avait marqué tous les grands esprits ; le résultat pratiquement inévitable d'une politique confessionnelle qui préférait activer le conflit que tenter de le prévenir. Jean Bodin invente la notion de souveraineté pour mettre de l'ordre dans la *multi-level governance* de l'époque qui, elle aussi, estompait les frontières entre les sphères privée et publique, les villes, comtés, royaumes et Empires... Il ne décrète pas, tout d'un coup, l'abolition de tous les corps intermédiaires, l'érection d'un État absolu, ne souffrant aucune concurrence (il faut, pour cela, attendre Hobbes). Quand on veut bien lire les *Six Livres de la République*, on découvre une « constitution » infiniment complexe, une articulation subtile de corps et collèges, de guildes et de corporations, de cités et d'états... qui sont autant de « freins et retenails » à la puissance royale. Un gouvernement mixte, tâchant d'équilibrer les pouvoirs de telle manière qu'aucun ne domine ; mais veillant aussi à y mettre de l'ordre. Le principe de souveraineté n'est pas, comme dans la version qu'en donnera bien plus tard Carl Schmitt, la norme qui décrète, en dernière instance, qui tranche les conflits. C'est une tentative de rendre compte de l'esprit, du principe, d'un système politique. C'est une œuvre pédagogique, consistant à expliquer la logique de la république, pour mettre fin aux querelles qui menacent continument son existence.

Historiquement, l'exercice ne fut pas vain. Bien sûr, les guerres de religion ont perduré, malgré l'affirmation des principes de souveraineté et de laïcité. Mais se seraient-elles éteintes s'ils n'avaient pas été énoncés ? Plus tard, quand l'État devint représentatif, le concept de souveraineté servit la pédagogie de la démocratie. En rappelant sans cesse que c'est « nous le peuple » qui sommes le fondement de la Constitution, le principe de souveraineté populaire explique la logique de la répartition des pouvoirs. Ce faisant, il obère une part de sa réalité : l'affirmation de la souveraineté populaire a souvent servi de paravent à des régimes autoritaires ou oligarchiques. Elle a dissimulé, derrière le mythe d'une nation unie, des rapports de force bien réels, comme l'a si puissamment montré Marx. Mais, à nouveau, l'absence du principe y aurait-elle changé quelque chose ? La démocratie aurait-elle été moins corrompue si sa construction empirique n'avait été, à un moment donné, « déformée » par un langage constitutionnel ?

PEUT-ON FORMALISER L'EUROPE ?

On peut être parfaitement convaincu des vertus pédagogiques des formes constitutionnelles, tout en continuant de douter que l'Europe d'aujourd'hui puisse accomplir l'exercice. Cela pour deux raisons. D'abord, parce que l'Union serait trop complexe pour être mise en forme et que toute tentative de constitutionnalisation trahirait forcément la subtilité de la *multi-level governance*. À cette objection il n'y a pas de réplique : la mise en forme est, par définition, un exercice d'abstraction et de simplification. Si elle se

contente de décrire la politique réelle — ce que même les traités, qui font pourtant peu de concessions à l'esprit de système, ne parviennent pas à faire — elle ne met rien en forme. Si, au contraire, elle clarifie, elle doit forcément mutiler le réel.

La deuxième objection, plus subtile, consiste à affirmer que l'Europe ne peut pas être constitutionnalisée parce que ses États l'ont été. En d'autres termes, l'exercice de constitutionnalisation est, historiquement, si intimement lié à la formation de l'État qu'il n'est pas transposable à une entité politique qui n'est pas un État ; la charge normative du concept est telle que l'on ne pourrait l'appliquer à l'Union sans susciter la méfiance. De surcroit, chaque peuple nourrit sa propre conception de la « bonne Constitution », en sorte que le consensus est impossible. Les distinguos qu'on a pu discerner dans les discours de Fischer, Schroeder, Chirac et Blair donnent, il est vrai, quelque force à cette mise en garde : tenter de constitutionnaliser l'Union pourrait aiguiser les conflits qu'une Constitution est supposée apaiser.

Ce raisonnement reste toutefois hypothétique, au même titre que celui qui consiste à dire que, dotée d'une Constitution, l'Union verrait s'apaiser les querelles conceptuelles. Après tout, l'on sait ce que donne une Union sans loi fondamentale : un fonctionnement difficile, ponctué par les remises en cause permanentes ; des débats interminables sur sa nature et sur sa « finalité ultime » qui nourrissent les fantasmes des fédéralistes autant que des défenseurs de la souveraineté nationale. Bref, un « overwhelming constitutional agenda » (agenda constitutionnel envahissant), comme disent les Canadiens qui savent de quoi ils parlent, qui n'empêche certes pas l'Union de fonctionner *(Eppure si muove)*, mais qui, c'est un euphémisme, ne facilite ni sa gouvernance ni ses réformes. On ne sait pas, en revanche, comment tournerait une Union constitutionnalisée, et on ne le saura pas, quels que soient les scénarios plausibles, tant que l'on n'aura pas essayé.

DÉPASSER LA DICHOTOMIE FÉDÉRALISME-CONFÉDÉRALISME

Une chose, au moins, est sure. La constitutionnalisation de l'Union est par avance vouée à l'échec si elle s'enferme dans l'alternative classique : fédération ou confédération. De nombreuses analyses l'ont rappelé, l'Union ne correspond à aucune de ces deux catégories. On peut aisément montrer que, en droit, elle reste proche du concept confédéral : elle est fondée par un traité international, non par une Constitution ; le traité n'est modifiable qu'à l'unanimité des États ; le vote à l'unanimité reste fréquent dans d'autres matières que constitutionnelles ; ses compétences sont, en principe du moins, attribuées par les États ; lesquels restent maitres de leurs relations extérieures et de leur défense... Quant à la primauté du droit communautaire, ou l'effet direct de certaines de ses dispositions, ils ne sont en rien typiques du fédéralisme, puisqu'on les rencontre dans certains actes internationaux (Leben). Il reste qu'aucune confédération dans l'histoire n'a réuni, simultanément : un droit d'effet direct et primant sur le droit national, un Parlement et une Cour communs, une Commission dotée du mono-

pole de l'initiative, un large usage du vote à la majorité qualifiée... En droit, l'Union est plus qu'une confédération tout en étant moins qu'une fédération. En fait, elle conduit des politiques dont la substance n'est égalée dans aucune organisation internationale, politique de l'environnement ou de la concurrence par exemple — voire même dans peu d'États fédéraux (Wallace et Wallace).

Force est de reconnaitre que la dichotomie canonique est dépassée par les faits, et que le vieil adage « tertium non datur » doit céder (Weile). Dans un dialogue avec Jacques Delors publié par *Le Monde* et *Die Zeit* le 1er février 2001, Vaclav Havel rappelait aux intellectuels leur responsabilité : « Il faudrait donc que les politologues inventent une catégorie nouvelle. » D'autres formes d'intégration régionale se développent d'ailleurs dans le monde (Nafta, Asean, Mercosur...) qui, sans avoir atteint le degré d'intégration de l'Union, peuvent elles aussi échapper à la dichotomie fédération-confédération (Telo). Si le « nouveau multilatéralisme », reposant sur le dialogue entre des régions du monde organisées, devait s'imposer, il rendrait plus encore nécessaire l'invention d'un tiers concept figurant entre la confédération et l'État fédéral.

La doctrine française s'est avancée sur cette voie depuis une dizaine d'années. En s'inspirant de la théorie du droit allemande du début du siècle, Olivier Beaud suggère de qualifier l'Union européenne de « fédération d'États », concept popularisé ensuite, sans beaucoup de succès, par Jacques Delors (Beaud; Quermonne). Le concept de fédération d'États entend rappeler que le fédéralisme ne se réduit pas à la construction d'un État fédéral; que des États peuvent s'engager dans une entreprise commune, reconnaitre des valeurs partagées et accepter un droit commun sans pour autant se délester de leur souveraineté. Il s'agit, en d'autres termes, de rendre pensable ce qui est, déjà, la réalité de l'Europe.

La fédération d'États se situe à mi-chemin de l'État fédéral et de la confédération, dans cette interface considérée depuis des siècles comme vide. En elle, les États forment plus qu'une confédération, parce qu'ils exercent leur souveraineté en commun dans un grand nombre de matières, décident parfois à la majorité, acceptent de faire participer à la décision des institutions et organes qui ne sont pas directement l'émanation des États, reconnaissent la primauté et l'effet direct du droit qu'ils énoncent ensemble... Mais ils ne forment pas un État fédéral parce que le « pacte constitutionnel » qui fonde la fédération d'États ne peut être modifié qu'avec l'assentiment de l'ensemble des peuples, qu'ils conservent toujours le droit de se retirer de l'Union, qu'ils ne se soumettent à des autorités centralisées que dans de très rares occasions...

Pourquoi, pendant des siècles, cette situation fut-elle jugée théoriquement impensable ? Parce que les doctrines dominantes, nourries par les expériences guerrières continues, pensaient que les États étaient par nature belliqueux ; que la guerre faisait partie de l'essence de l'État. Chacun, défendant son intérêt propre, heurtait forcément celui des autres. On était condamné à l'alternative : ou les États restaient souverains, au risque de la

guerre perpétuelle ; ou ils renonçaient à leur souveraineté, en formant un État fédéral. Seuls Rousseau et Kant ont dénoncé l'aporie de ce raisonnement. Les doctrines classiques, écrivirent-ils à quelques années de distance, se trompent quand elles considèrent que l'État est, par nature, belliqueux. L'État n'est enclin à la guerre que dans certaines circonstances — comme l'homme n'est agressif que dans certains contextes. On peut donc concevoir des circonstances dans lesquelles l'État ne serait pas dressé contre ses homologues, en sorte que ne se pose plus le «dilemme de la souveraineté». Des États partageant une même forme de constitution (républicaine), s'inscrivant dans une même civilisation, entretenant de paisibles relations commerciales, octroyant des droits aux étrangers... peuvent vivre en paix. Dans ces conditions, ils ne doivent pas instituer un État supranational pour trancher leurs querelles ; ils peuvent se fédérer tout en restant souverains, quand ils sont suffisamment proches pour éviter les conflits existentiels (Magnette).

L'Union européenne est, dans une large mesure, la matérialisation de cette ambition des Lumières. Les « solidarités spirituelles et matérielles », nées des politiques communes, ont rendu les États membres interdépendants, et ont fait de la guerre une solution absurde pour chacune des parties. Le système institutionnel, reposant sur la mitigation des fonctions entre les organes, est conçu pour éviter les conflits existentiels et forcer à la coopération. Au fil des décennies, les valeurs communes ont été exprimées de plus en plus clairement dans les traités fondateurs, réduisant l'espace des différends. Le principe fondamental et originel de « non-discrimination », ou d'« égalité de traitement », a constamment érodé les frontières entre les citoyennetés nationales, habituant les peuples à une reconnaissance mutuelle (Magnette, 1998-1999). C'est là ce que Joseph Weiler appelle la « tolérance constitutionnelle » : chaque peuple respectant l'identité constitutionnelle de ses partenaires, les conflits existentiels sont éludés, et il est dès lors superflu d'édicter une loi supranationale s'imposant aux Constitutions des États. Les peuples peuvent rester souverains parce que, à la différence des hommes de l'état de nature, ils sont assez rationnels pour régler leurs conflits entre eux, sans devoir confier leur puissance à une autorité extérieure[1].

[1] Il est vrai que l'existence de la Cour de justice des Communautés semble a priori contredire cette interprétation : c'est parce qu'ils avaient conscience de ne pouvoir résoudre tous les conflits sur une base volontaire que les gouvernements ont érigé une cour indépendante d'eux. Dans la pratique, toutefois, la Cour n'a que très rarement été appelée à trancher des conflits entre États, et elle n'a imposé des normes contre la volonté de certains gouvernements qu'avec le soutien des juridictions nationales et en s'efforçant de convaincre les gouvernements qu'elles étaient nécessaires à la préservation de leur libre union. Pour une interprétation en cet ordre, voir M. Shapiro.

UN LANGAGE CONSTITUTIONNEL COMMUN

Sans doute est-ce là le sens profond de l'entreprise de l'intégration européenne — cette signification historique qui, comme le dit Hegel, échappe à ceux qui font l'histoire. Il n'en reste pas moins que la nature de l'Union est controversée. Si bien que l'adhésion à l'Europe se présente aujourd'hui sous les traits de ce que Rawls appelle un «consensus par recoupement» *(overlapping consensus)*. Les États membres, et derrière eux les peuples, sont parvenus au fil du temps à dégager un ensemble de principes et d'objectifs communs, mais chacun a justifié ces engagements en fonction de ses idées et de ses intérêts propres plutôt qu'en vertu d'un raisonnement commun. Les débats relatifs à la ratification du traité de Maastricht illustrent parfaitement ce processus : à lire la manière dont chaque gouvernement présentait ce traité à son opinion publique, on peut parfois se demander s'ils parlaient bien du même texte.

La question que pose aujourd'hui la perspective constitutionnelle est celle de la viabilité de ce modus vivendi. Dans sa critique de la théorie rawlsienne, Jürgen Habermas a souligné la fragilité de ce type d'accords. Un consensus par recoupement, écrit-il, repose sur «la convergence heureuse entre des visions du monde», qui est éminemment aléatoire parce que l'accord se trouve en permanence sous la menace d'un véto ou d'une sécession. Une communauté politique n'est viable, poursuit-il, que si elle dépasse ce compromis précaire pour élaborer des justifications communes des principes partagés. Pour l'objet qui nous intéresse ici, cela revient à dire que les peuples ne pourraient soutenir durablement l'entreprise européenne que s'ils s'avéraient capables de lui donner un « sens commun ». Les déclarations annexées au traité de Nice, appelant à un vaste débat sur les finalités ultimes de la construction européenne, montrent que certains dirigeants européens partagent ce sentiment.

L'Union européenne a d'ailleurs déjà accompli quelques pas en cette direction. Les références de plus en plus nettes aux valeurs de l'État de droit, de la démocratie, de l'égalité et de la solidarité qui parsèment les traités montrent que les peuples — ou du moins leurs dirigeants — ont conscience du patrimoine de leurs valeurs communes. Les réformes du système institutionnel accomplies par les traités de Maastricht, Amsterdam et Nice, qui ont considérablement renforcé la logique parlementaire, révèlent aussi leur attachement à ce régime qu'ils ont en partage. On ne saurait, pourtant, exagérer le poids de cette conscience civique commune. Les débats sur le contenu d'une hypothétique Constitution européenne ont dévoilé l'étendue des divergences, entre ceux qui rêvent de reconstituer une Europe fédérale autour d'une avant-garde et ceux qui suggèrent plus prudemment de consolider l'acquis sous la forme d'une fédération d'États. De la même manière, les discussions relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, opposant les partisans d'un texte clair, riche et contraignant à ceux qui n'acceptent qu'une déclaration d'intentions, rappellent les fortes dissonances des cultures politiques européennes.

Ces divergences ne semblent pas, toutefois, comporter d'antinomies. Sans doute les Nordiques et les Britanniques privilégient-ils les notions d'*accountability* (responsabilité) et de transparence, tandis que les Français souhaitent voir émerger un noyau exécutif et que les Allemands plaident vigoureusement pour une répartition claire des compétences. Les priorités sont différentes. Mais on ne voit pas, pour autant, de désaccords insolubles sur le fond. Les discussions constitutionnelles dans l'Union ne sont pas comparables aux débats relatifs à la peine de mort, à la dépénalisation de l'avortement ou à la liberté d'expression en matière confessionnelle que Rawls a à l'esprit quand il évoque le consensus par recoupement ; elles ne mettent pas face à face des visions du monde radicalement opposées mais des variantes nationales d'une même matrice civique européenne. Rien ne semble a priori rendre impossible un débat entre les cultures politiques nationales en vue d'élaborer une vision commune de l'Europe. Les nations européennes sont déjà plus proches les unes des autres que ne le sont les sujets libéraux de Rawls[2].

Un texte qui parviendrait à mettre au clair «l'esprit des lois communautaires» pourrait dissiper les malentendus, et ancrer la constitution de l'Union dans les mœurs. Les traités d'ailleurs, en dépit de leurs redondances et de leurs ambivalences, ne sont pas si loin qu'il n'y parait d'une « charte constitutionnelle de l'Union ». Leurs préambules énoncent les valeurs communes des Européens ; ils définissent le principe de l'entreprise européenne dans cette phrase dont Joseph Weiler a rappelé la portée fondamentale : « déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ». *Une* union ; entre *des* peuples. Non pas un peuple indifférencié, se plaçant sous la loi d'un État commun. Ni une simple collection de peuples juxtaposés, refusant toute forme de contrainte.

Ce principe, clef de voute de la Constitution de l'Union, en commande toutes les dispositions. C'est lui qui justifie que la loi fondamentale de l'Union ne puisse être adoptée par une majorité, mais soit l'œuvre conjointe des pouvoirs constituants nationaux. C'est lui encore qui explique que les États délèguent peu de compétences à des « pouvoirs supranationaux », et préfèrent le plus souvent exercer leur pouvoir en commun[3]. C'est en vertu de ce même principe que les États, même quand ils prennent des décisions

[2] La formation d'un langage constitutionnel n'est d'ailleurs pas la fixation définitive et parfaitement univoque des fondements de la communauté politique. Deux cents ans après son adoption, la Constitution des États-Unis reste au centre de discussions animées : la nature de son fédéralisme, les relations des pouvoirs, le sens des droits subjectifs qu'elle protège..., fournissent encore ample matière à débats. Il n'en reste pas moins que la Constitution, conçue pour treize colonies de pionniers blancs et protestants, reste la référence d'un État de deux-cent-cinquante millions d'habitants, pluriculturel et multiconfessionnel.

[3] Même là où des compétences sont réputées « déléguées » à des organes supranationaux, la pratique reste souvent celle d'une décision négociée avec les gouvernements. La politique commerciale ou de la concurrence fait l'objet de longs échanges entre la Commission et les gouvernements. Les agences européennes de régulation sont, le plus souvent, des réseaux d'agences nationales. La politique monétaire est décidée conjointement par la Banque centrale européenne et ses homologues nationales ; les gouvernements s'efforcent d'y jouer un rôle en établissant un « dialogue politique » avec la Banque centrale.

à la majorité qualifiée, évitent autant que possible d'imposer des contraintes à leurs partenaires[4]. Et c'est encore ce principe qui laisse à chaque État la possibilité, théorique du moins, de se retirer de l'Union. Est-il impossible de traduire cette philosophie dans un texte clair ? Les juristes, en tout cas, ne semblent pas éprouver d'insurmontables difficultés à réécrire les traités pour leur donner cette forme constitutionnelle.

La difficulté est, bien sûr, politique. Certains dirigeants craignent un texte qui formalise, non pas un nouveau compromis, mais ceux qu'ils ont déjà scellés. Si les gouvernements danois et britannique ont refusé de donner force juridique à la Charte des droits de l'Union, ce n'est pas parce qu'elle octroie aux citoyens des droits nouveaux, mais parce que la force symbolique de ce texte les inquiète. Présentée dans les médias comme la première étape de la constitutionnalisation de l'Union, la Charte a réveillé les craintes de ceux qui refusent l'érection d'un État européen (Dumont et Van Droghenbroeck). C'est précisément l'assimilation du vocable « Constitution » au concept d'État, et les malentendus politiques qu'elle suscite, qui sert d'argument principal aux adversaires de la constitutionnalisation : ne prenons pas le risque de réveiller les querelles théologiques en mettant au clair des principes qui, tant qu'ils sont implicites, fonctionnent. Contentons-nous d'un consensus par recoupement.

L'argument n'est pas dénué d'ambigüités. Dire que l'Europe a une Constitution, au sens non juridique du terme, mais qu'elle ne peut prendre le risque de la formaliser dans un texte constitutionnel, revient à considérer que les Européens ont une Constitution qu'ils ne méritent pas ; qu'ils sont parvenus, un peu par hasard, à trouver un équilibre constitutionnel qui leur convient mais qu'ils refuseraient s'ils le comprenaient mieux. Ce qui appelle deux ordres d'objections. Sur un plan pragmatique d'abord — c'est-à-dire sur le terrain des adversaires de la constitutionnalisation —, cela consiste à reconnaitre les limites du fonctionnalisme. On peut, par la méthode graduelle et empirique chère aux pères fondateurs, établir des équilibres politiques satisfaisants ; mais on ne peut résoudre les questions cardinales, qui devront rester ouvertes.

Prenons le problème controversé de la répartition des compétences entre les États et l'Union. La méthode fonctionnaliste a consisté à ne jamais la trancher ; à confier à la Cour le soin de pallier les déficiences des discussions politiques ; à énoncer un principe de subsidiarité suffisamment ambivalent pour que chacun le comprenne à sa guise. Or, les revendications allemandes d'aujourd'hui, et plus généralement le souci des gouvernements de montrer qu'il y a des limites à la croissance des compétences de l'Union, montrent que cette « solution pragmatique » ne suffit pas. Les Allemands réclament, dans la ligne de leur propre tradition constitutionnelle, l'établissement d'une liste claire des compétences respectives. La doctrine majo-

[4] On sait que, quand les traités prévoient le vote à la majorité qualifiée, 80% des décisions sont adoptées par consensus. Les dérogations, régimes transitoires, contreparties,... sont autant de techniques visant à éviter à un Etat d'apparaitre engagé à son corps défendant. La pratique des règles en dit plus sur une Constitution que les règles elles-mêmes.

ritaire souligne les inconvénients de cette technique. Il existe pourtant à ce problème sensible une solution constitutionnelle relativement simple. Comme l'a proposé à de multiples reprises Joseph Weiler, un Conseil constitutionnel européen, composé de membres des plus hautes juridictions nationales et de la Cour de justice des Communautés, pourrait être mis en place pour trancher les éventuels conflits de compétence[5]. Une telle solution éviterait de figer la répartition, ou d'établir un catalogue qui ne peut être que trompeur. Elle ne romprait pas l'équilibre politique actuel, puisque la décision serait issue d'un dialogue entre les plus hautes juridictions, non d'une décision d'un organe supranational. Elle incarnerait, au plus haut point, cet esprit de « tolérance constitutionnelle » qui est le principe de l'Union. Or cette proposition rencontre, aujourd'hui, l'opposition des institutions communautaires et celle des gouvernements nationaux, chacun craignant d'y perdre une prééminence. On pourrait multiplier les exemples : sur nombre de questions sensibles, l'absence de consensus sur la nature de l'Union empêche de dégager un accord sur une solution qui s'inscrit pourtant dans la philosophie de l'acquis pragmatique.

L'autre objection que soulève l'opposition pragmatique à la constitutionnalisation est d'ordre ouvertement normatif. Présumer par avance l'échec d'un processus constitutionnel, que l'on croit miné par les malentendus et les conflits insolubles, c'est refuser de croire dans la vertu de la délibération. C'est penser que, quelles que soient ses formes, la discussion publique est incapable de conduire les participants à revenir sur leurs points de vue. Or la philosophie contemporaine de la communication, celle de Habermas en particulier, a mis en évidence la force de la délibération publique. À la différence d'une négociation secrète, où chacun peut camper sur sa position, une discussion ouverte force les protagonistes à justifier leurs vues, à adopter, pour le comprendre, celui des autres. Elle produit un décentrement qui, en déplaçant les termes initiaux du débat, peut dégager une solution qui semblait a priori impossible. La forme de la délibération — son caractère public, sa solennité — infléchit profondément son contenu. Une foule d'exemple pourrait éclairer ce mécanisme. Les jurys d'assise en donnent une illustration quotidienne : des citoyens ordinaires, qui la veille réclamaient la peau de l'assassin, se retrouvent à tenter de comprendre ses motifs dès lors qu'ils sont placés dans le contexte du jury. Les référendums et les campagnes électorales, parce qu'ils suscitent des discussions longtemps éludées, conduisent nombre de citoyens à changer de point de vue, et peuvent produire des résultats qui contredisent toutes les prédictions. Jamais les spécialistes de l'opinion ne sont parvenus à intégrer dans leurs calculs savants cette impalpable variable qu'est « l'effet de la discussion » — au mieux parviennent-ils à expliquer a posteriori pourquoi ils se sont trom-

[5] Le gouvernement français a proposé, pour sa part, la mise en place d'une « chambre de la subsidiarité », composée de membres des parlements nationaux et européen. La logique est la même, qui vise à établir un dialogue entre organes nationaux et européen pour éviter de confier à un organe centralisé ces décisions sensibles — même si le légicentrisme et la méfiance qui subsiste à l'égard des autorités judiciaires conduisent les Français à une solution plus politique.

pés. La délibération comporte, de surcroit, des vertus pédagogiques. Une décision qui est longuement débattue devant les opinions publiques est mieux comprise, et dès lors plus facilement acceptée, qu'un compromis issu d'une négociation close : la délibération n'est pas seulement la technique qui permet de dégager une décision entre des points de vue opposés, c'est aussi ce qui confère à la norme sa légitimité auprès de ceux qui ne sont pas directement impliqués dans la négociation (Manin).

Il s'agit là, bien entendu, de paris normatifs. Rien ne garantit qu'une délibération publique sur le sens et les finalités de l'Union — c'est-à-dire un processus constitutionnel — permettra de dépasser les malentendus et de forger un consensus au moins minimal ; rien n'assure que l'esprit de la Constitution sera perçu et accepté. Le débat peut, il est vrai, accentuer les conflits. Mais si l'on croit vraiment que le principe de l'Union, c'est cette tolérance constitutionnelle par laquelle les peuples sont capables de se comprendre, pourquoi craindre un processus de délibération ? Pourquoi ne pas demander aux peuples de confirmer des choix constitutionnels accomplis par leurs dirigeants ? *If it really works, why not fix it ?*

Paul Magnette

Paul Magnette est directeur associé de l'Institut d'études européennes à l'Université libre de Bruxelles.

Ce texte a paru en italien dans la revue *Europa/Europe,* 2001.

Bibliographie

Weiler J. H. H., « Federalism and Constitutionalism. Europe's Sonderweg », Harvard Jean Monnet Working Paper, 10/2000.

Dehousse R., « Rediscovering Functionalism », Harvard Jean Monnet Working Paper, Symposium, Responses to Joschka Fischer, 7/2000

Börzel T. A. et Risse T., « Who is Afraid of a European Federation ? How to Constitutionalise a Multi-Level Governance System ? », Harvard Jean Monnet Working Paper, Symposium, Responses to Joschka Fischer, 7/2000.

Marks G., F. Scharpf, P. Schmitter et W. Streeck, *Governance in the European Union*, London, Sage, 1996.

Lijphart A., *Patterns of Democracy,* Princeton, Princeton University Press, 1999.

Habermas J. (1990-I), Préface à L'espace public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, Paris, Payot, rééd. 1990.

Habermas J. (1996-II), « Nazione, Stato di Diritto, Democrazia », in F. Cerutti (a cura di), *Identità e politica*, Bari, Laterza, 1996, p. 187-211.

Habermas J. (2000-III), *Die postnationale Konstellation,* Politische Essays, Franfurt-am-Main, 1998 (trad. française *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000).

Sartori G., *Comparative Constitutional Engineering,* London, Macmillan 1994.

Goyard-Fabre S., *Jean Bodin et le droit de la République,* Paris, PUF, 1989.

Leben C., « Fédérations d'Etats-nations ou Etat fédéral ? », *Harvard Jean Monnet Working Paper, Symposium, Responses to Joschka Fischer,* 7/2000.

Wallace H. et Wallace W. (2000), *Making Policy in the European Union,* Oxford, Oxford University Press, 2000, 4e éd.

Weiler J. H. H., *The Constitution of Europe*, Cambridge Cambridge University Press, 1999.

Telo M. (dir.), *European Union and New Regionalism , Regional actors and global governance in a post-hegemonic era,* London, Ashgate, 2001.

Beaud O. , « Ouverture : l'Europe entre droit commun et droit communautaire », dans *Droits*, 1991, n° 14, p. 3-16.

Beaud O. , « La Fédération entre l'Etat et l'Empire », dans B. Théret (Ed.), *L'État, la finance et le social, Souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 282-305.

Quermonne J.-L., *Vers une Union européenne légitime et efficace,* Paris, La documentation française, 1999

Magnette P., *L'Europe, l'État et la démocratie*, Bruxelles, Complexe, 2000.

Magnette P., *La citoyenneté européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1999.

Magnette P., « La cittadinanza europea, tra società civili e Stati », dans *Europa/Europe*, 1998, Vol. 8, n° 3, p. 132-146.

M. Shapiro, «The European Court of Justice», dans P. Craig et G. De Burca (dir.), The Evolution of E.U. Law, Oxford, Oxford University Press, p. 321-347.

Rawls J., *Political Liberalism,* New York, Columbia University Press, 1993.

Dumont H. et van Drooghenbroeck S., « La contribution de la charte à la constitutionnalisation de l'Union », dans J.-Y. Carlier (dir.), *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

Manin B., *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995 (trad. anglaise, Cambridge University Press, 1998).