

VOLUME XLV — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A  
DA FACULDADE  
DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE  
DE LISBOA



2 0 0 4



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade semestral  
XLV — N.ºs 1 e 2 - 2004

*COMISSÃO DE REDACÇÃO*

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE  
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA  
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL  
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA  
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)  
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO  
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

*PROPRIEDADE E SECRETARIADO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa — Portugal  
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

*EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO*



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal  
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Setembro de 2005

**I Doutrina**

<i>Jean-Claude Gautron</i> — <i>Traité ou Constitution?</i> .....	9
<i>Etienne Cerexhe</i> — <i>La citoyenneté européenne: origine et perspectives</i> ....	27
<i>Carlota Pizarro de Almeida</i> — <i>Exclusões formais, exclusões materiais — O lugar do outro; discriminações contra imigrantes</i> .....	37
<i>Jorge Ribeiro Mendonça</i> — <i>A tomada de sociedade através de oferta pública de aquisição</i> .....	47
<i>André Gonçalo Ferreira de Pinho Teixeira dos Santos</i> — <i>O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos</i> .....	83
<i>Joana Albernaz Delgado</i> — <i>Os requisitos da fundamentação do acto administrativo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo</i> ....	151
<i>Elizabeth Accioly</i> — <i>O atual mecanismo de solução de controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Olivos</i> .....	205
<i>Hidemberg Alves da Frota</i> — <i>O princípio da supremacia do interesse público no Direito Positivo Comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular</i> .....	229
<i>Basílio Horta</i> — <i>A reforma da regulamentação</i> .....	251
<i>Louis Favoreu</i> — <i>Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles</i> .....	273
<i>Louis Favoreu</i> — <i>Pour en finir avec la “Théorie” des actes de gouvernement</i> .....	285
<i>Jorge Miranda</i> — <i>Notas sobre a renúncia do Presidente da República</i> ...	295
<i>Diogo Costa Gonçalves</i> — <i>Erro-obstáculo e erro-vício — Subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247.º, 251.º e 252.º do Código Civil</i> .....	309

**II Trabalhos de alunos**

<i>Tânia Luísa F. e Faria</i> — <i>Mar português — Panorâmica geral dos espaços marítimos submetidos à jurisdição portuguesa, de Haia a Montego Bay</i> .....	403
---	-----

<i>João Teixeira Freire</i> — A contratualização do conteúdo do plano urbanístico — Reflexões em torno dos chamados acordos de planeamento entre os municípios e os particulares.....	423
---	-----

### III Vida Universitária

<i>Ruy de Albuquerque</i> — Lâurea académica para o Prof. Doutor Manuel Fraga Iribarne.....	443
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório de actividade científica e pedagógica do Doutor Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva respeitante ao quinquénio de 1999 a 2004.....	449
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório da actividade científica e pedagógica da Doutora Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia respeitante ao quinquénio de 1999 a 2004.....	453
<i>Jorge Miranda</i> — No Doutoramento <i>Honoris Causa</i> do Professor Louis Favoreu.....	457
<i>Jorge Miranda</i> — Na atribuição do título de Professor Honorário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.....	461
<i>Manuel Januário da Costa Gomes</i> — Projecto de implementação da menção “Administração Pública” na licenciatura em Direito na Faculdade de Direito de Bissau e reforma do plano de curso — Breve exposição de motivos.....	467
<i>Cristina Faria</i> — Análise orgânico-funcional da Faculdade de Direito de Lisboa (1913-1952).....	485
<i>Martim de Albuquerque</i> — Cerimónia na apresentação do livro de estudos em homenagem ao Professor Raúl Ventura.....	507
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Evocação de Raúl Ventura.....	509
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Portugal, o Brasil e os sistemas de integração (A propósito do livro “Sistemas de Solução de Controvérsias em Blocos Económicos”, da Professora Elizabeth Accioly.....	513
<i>Jorge Miranda</i> — Crise da lei ou crise do Estado?.....	517
<i>Jorge Miranda</i> — Problemas actuais das Universidades portuguesas.....	523
<i>Jorge Miranda</i> — Sobre a aplicação da “Declaração de Bolonha” às Faculdades de Direito.....	537
<i>Jorge Miranda</i> — Na homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes.....	551
Prémios a instituir pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.....	553

Razões justificativas da manutenção da Faculdade de Direito de Lisboa..	555
Avaliação das Universidades.....	569
Acta n.º 6/2004 da reunião plenária do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa .....	571
Acta n.º 9/2004 da sessão plenária do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa .....	577
Acta n.º 11/2004 da reunião plenária do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa .....	589
Homenagem ao Prof. Doutor António Luciano Pacheco de Sousa Franco...	597
<i>Jorge Miranda</i> — António de Sousa Franco.....	601
<i>Cardeal D. Alexandre do Nascimento</i> — Prof.ª Doutora Isabel Maria Magalhães Collaço — <i>In Memoriam</i> .....	605
<i>Sérvulo Correia</i> — Falecimento da Professora Magalhães Collaço.....	609
Extrato de Deliberação de 23 de Junho de 2004.....	611
Extrato de Deliberação de 2 de Novembro de 2004.....	613
<i>Dário Moura Vicente</i> — Isabel de Magalhães Colaço.....	615
Falecimento da Sr.ª Professora Doutora Isabel Maria de Magalhães Collaço.....	617
Voto de pesar na Assembleia da República pelo falecimento da Professora Doutora Isabel Maria de Magalhães Collaço .....	619

## TRAITÉ OU CONSTITUTION?

JEAN-CLAUDE GAUTRON (\*)

### SUMÁRIO

	Págs.
I. L'acquis constitutionnel de l'Union européenne .....	10
A. Les traités constitutifs .....	10
B. Les pratiques institutionnelles .....	14
C. La jurisprudence de la Cour.....	15
II. Le projet de traité constitutionnel.....	17
A. L'instrumentum .....	18
B. Le substratum.....	21

Il me semble aujourd'hui comme hier qu'un point: d'accord persiste: le droit communautaire supporte une constitution au sens matériel bien que la Communauté — et l'Union européenne — ne constituent ni un Etat, ni un Etat fédéral. Il est clair que la déconnexion entre l'Etat et la notion de constitution au sens formel a alimenté et alimente encore la querelle. D'une manière ironique et parfaitement anglaise, Peter Hain, le conseiller de Tony Blair, énonçait récemment que son club de golf a lui aussi une constitution. *A contrario*, Georges Vedel dans la revue «Pouvoirs» o en 1977, dans un article intitulé «Des racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen» écrivait — je le cite (p. 34) —: «*L'affirmation définitive est qu'un pouvoir légitime ne peut procéder que des gouvernés eux-mêmes... Mais ce qui est proprement contingent, parce que lié au donné historique, c'est l'exclusivité reconnue au cadre national... ce n'est que par un véritable jeu de mots que l'on donne au caractère national de la souveraineté démocratique un sens sacré alors que cette sacralisation ne s'applique qu'au principe démocratique lui-même...*».

Il concluait d'ailleurs que la réponse ultime à la question posée ne relève

---

(\*) Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV. Président honoraire de la CEDECE. Ancien président d'ECSA-Europe.

pas seulement du droit. Mais par sa, remarque il ouvrait la voie à des réflexions et recherches sur les sociétés post-nationales.

Il est vrai que la remarque de Georges Vedel attrait la question du pouvoir constituant originaire en Europe, *summa quaestio* développée il y a dix ans par le professeur Olivier Beaud à propos du traité de Maastricht. Selon lui la ratification d'un traité matériellement constitutionnel requiert: un acte constituant. Je suis porté à penser que la ratification d'un traité dénommé «constitutionnel» devrait *a fortiori* s'appuyer sur les pouvoirs constituants que détiennent les peuples d'Europe, non sans sous-estimer les obstacles dirimants que soulève le droit constitutionnel de nombreux Etats. Peut être faut-il admettre qu'il existe un prix à payer (révisions constitutionnelles, remodelage des clauses «Europe», habilitation spécifique donnée, aux Parlements nationaux) dès lors que l'année 2004 verrait émergence d'une véritable constitution européenne. Ce serait aussi un test du ralliement sincère des peuples à la Constitution européenne.

A moins que le mot, visant à surmonter un incontestable piétinement de la construction européenne à la suite de l'ambition affichée lors de l'élaboration du traité de Maastricht, et à conjurer les risques, déjà perceptibles, induits des proches élargissements, n'ait surtout pour intention de reprendre, moderniser et enrichir le corpus constitutionnel (au sens matériel) déjà existant. L'acceptation par les hommes politiques les plus divers du fait incite à la réflexion et à la prudence.

## I. L'ACQUIS CONSTITUTIONNEL DE L'UNION EUROPÉENNE

Il est principalement, mais non exclusivement, communautaire. La référence à l'acquis constitutionnel n'est qu'un mode opératoire en vue d'établir un bilan, nécessairement sélectif et allusif, vu le temps imparti, et par conséquent: l'état actuel de la constitutionnalisation du droit communautaire. C'est en effet sur ces bases que s'ordonnent les réflexions actuelles sur le contenu matériel optimal de la Constitution européenne. Il convient donc de ne pas les ignorer. Les vecteurs de la constitutionnalisation ne sont pas dissociables de leurs contenus tant il est vrai que l'histoire et le développement des traités, les pratiques institutionnelles et la jurisprudence de la Cour ont forgé un abondant corpus pendant un demi-siècle, soit une période de temps souvent supérieure à celle qu'ont connue bien des Etats, unitaires ou fédéraux, nationaux ou plurinationaux.

### A. Les traités constitutifs

Les, traités fondateurs des Communautés et de l'Union européenne — et les traités de révision forment bien sûr le socle de l'acquis constitutionnel. Chaque

traité s'inscrit dans un contexte idéologique, politique voire, économique particulier et répond à des préoccupations contingentes. Les recours, aux conférences intergouvernementales et les compromis qui en découlent ont enrichi l'acquis au prix d'une complexité croissante. Il n'est pas certain que la Convention et la prochaine conférence intergouvernementale parviennent à atteindre l'un des objectifs affichés, à savoir la simplification et une meilleure lisibilité des traités actuels, soit la transparence des textes. Si les éléments de continuité l'ont emporté de beaucoup, sur les ruptures, il convient de souligner, pour ne plus y revenir, certaines dysfonctions et certaines ruptures.

Le traité CECA, désormais expiré depuis juillet 2002, avait emprunté au régime parlementaire le mécanisme de la responsabilité politique de la Haute Autorité devant l'Assemblée dès lors qu'elle exerçait le gouvernement de la CECA en sa qualité d'organisme supranational. La transposition du mécanisme dans les traités de Rome lui fit perdre, de sa signification, la Commission exerçant à compter de ceux-ci une fonction de proposition et de gestion mais non de décision. C'est d'ailleurs la «gestion de la Commission» qui est mentionnée à l'article 201 du traité CE. Si la Commission Santer a démissionné c'est sans doute parce qu'elle était menacée d'une motion de censure mais surtout parce qu'elle avait perdu la confiance du Conseil et de la majorité des Etats. Conscient de cette dysfonction, Jacques Delors avait proposé dès le début des années quatre vingt dix l'instauration d'une double responsabilité.

Le traité sur l'Union européenne a surajouté aux traités communautaires deux ensembles de coopération intergouvernementale lesquels, s'ils prennent appui sur les institutions communautaires, désormais institutions de l'Union, échappaient pour l'essentiel aux procédures communautaires et, sauf exceptions limitées, au contrôle de la Cour de Justice. Le surgissement de l'Union a de ce fait crée une ligne de fracture, une hétérogénéité majeure, qui n'a été surmontée que par une communautarisation partielle instaurée par le traité d'Amsterdam et légèrement étendue par le traité de Nice. On citera: la budgétisation des dépenses opérationnelles, l'introduction prudente du vote à la majorité qualifiée et la possibilité d'engager une coopération renforcée pour la politique étrangère et de sécurité commune (PESC); la ventilation des domaines du «3<sup>ème</sup> Pilier» et l'émergence d'une typologie des actes inspirée de la typologie des actes communautaires; l'extension dans certaines limites de la juridiction de la Cour à la coopération policière pénale. Si la Convention est décidée à supprimer la structure en piliers, elle s'interroge évidemment sur les modalités spécifiques du traitement des domaines de référence. Alors que dans le contexte actuel les travaux sur la PESC sont suspendus, le groupe de travail n.º X a proposé d'étendre aux domaines du 3<sup>ème</sup> Pilier les actes communautaires et de supprimer les limitations du contrôle de la Cour; il préconise également, outre la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, un rapprochement dans certains domaines du droit

pénal et de la procédure pénale, les domaines d'intérêt communautaire ou de dimension transnationale. Cet exemple montre clairement l'ambivalence du processus constitutionnel: il s'agit aussi de réformer les traités comme cela a été fait à Amsterdam et comme il aurait fallu y procéder de toute manière, même en l'absence d'une, quelconque référence à une constitution européenne. Ainsi la constitutionnalisation recouvre-t-elle une part essentielle de révision.

La dysfonction majeure sur le plan constitutionnel qui n'a pas été surmontée s'attache à la confusion des pouvoirs qui découle d'une absence de séparation claire des fonctions législative et exécutive. Cette confusion ne vient pas du fait que plusieurs institutions participent à l'une et à l'autre, cas de figure observable dans les droits constitutionnels nationaux, mais du fait que les mêmes actes juridiques en l'absence d'une hiérarchie des normes fondée sur des critères organiques et formels alimentent autant la sphère du législatif que celle de l'exécutif. Rappelons que dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen il est stipulé que... «*Toute société dans laquelle ... la séparation des pouvoirs (n'est pas) déterminée ... n'a point de Constitution*».

Si l'on admet que la fonction législative initialement dévolue au seul Conseil est aujourd'hui très largement partagée entre le Conseil et le Parlement par le jeu de la décision conjointe, la séparabilité des fonctions législative et exécutive demeure incertaine en dépit des dispositions de l'article 202 du traité CE, issu de l'Acte unique, lequel autorise le Conseil à conférer à la Commission l'exécution des règles qu'il établit. En effet d'une part la Commission ne peut y procéder que sous l'emprise des mécanismes de la comitologie qui illustre la certitude bien, ancrée, que partagent les Etats, que l'exécution des normes communautaires relève de leurs compétences. D'autre part le Parlement, mal inspiré à mon sens, a souhaité être, associé comme le Conseil au processus des comités des lors que l'acte de base est arrêté selon la procédure de décision conjointe.

*A contrario* les éléments de continuité sont manifestes et il paraît possible d'en retenir trois principalement.

D'abord l'attribution de compétences communautaire nouvelles, produit de la sédimentation des traités successifs dont le point d'orgue a été atteint avec la création de la monnaie unique. Le domaine monétaire est désormais régi selon un sous-système fédéral: autonome car soumis pour l'essentiel à des organes spécifiques dont la Banque Centrale Européenne, fédéral car les banques centrales nationales désormais indépendantes des gouvernements ne le sont pas vis à vis de la Banque Centrale Européenne. Toutefois le système est imparfait du fait que les politiques économiques, relèvent de la compétence des Etats. A suivre les travaux de la Convention, il était prévisible que la dissociation entre la compétence monétaire et les compétences en matière de politiques économiques serait maintenue en son principe.

L'élargissement continu des compétences a eu deux effets induits. D'une part il a rendu moins nécessaire le recours à la théorie des compétences dites subsidiaires (article 308 CE ex. 235), bien, proche des compétences implicites (*implied powers* dans le droit américain) et fondée sur l'argument téléologique que à toute finalité explicitement assignée doit correspondre, un pouvoir d'agir. D'autre part le traité de Maastricht a mieux marqué la distinction entre les compétences exclusives de la Communauté et les compétences partagées, tout en confiant au principe de subsidiarité la charge d'opérer la régulation des compétences partagées. En effet il convenait de tenir le principe de subsidiarité éloigné des compétences exclusives sauf à ouvrir la voie à leur déconsolidation. En ce sens le principe de subsidiarité est lui-même subsidiaire au regard du principe d'attribution des compétences. Principe politique par ses origines théoriques et historiques, la subsidiarité a été déclarée justiciable par la Cour de Justice. Toutefois s'il existe un esprit de subsidiarité le principe n'a pas entraîné sur le plan juridique tous les effets attendus. La subsidiarité régit aussi, explicitement ou implicitement, les compétences inscrites le plus récemment dans le traité (éducation, culture, santé publique, protection des consommateurs, industrie, coopération au développement) que le groupe de travail dit «compétences complémentaires» a proposé de re-qualifier en domaines d'action d'appui. Une terminologie qui n'honore pas le vocabulaire, constitutionnel!

Un deuxième élément de continuité découlant également des traités tient aux valeurs collectives et aux droits fondamentaux individuels affirmés par l'Union. Si les premières sont déjà présentes dans les traités fondateurs et si l'Acte unique comportait en son préambule une référence aux droits fondamentaux, les traités relatifs à l'Union européenne ont pris acte d'une montée en puissance des droits fondamentaux dont la justification première est que les institutions dont les actes bénéficient de la primauté, voire de l'effet direct, doivent garantir un niveau, de ces droits équivalent pour le moins aux droits garantis dans l'ordre constitutionnel des Etats. S'il est clair que la Cour de Justice a dans un premier temps construit une théorie prétorienne des droits fondamentaux en tant que variété des principes généraux du droit, en s'appuyant d'abord sur les traditions constitutionnelles communes aux Etats puis, le caractère commun de ces traditions étant particulièrement difficile à rapporter, sur les traités relatifs aux droits de l'homme liant l'ensemble des Etats, en premier lieu la Convention européenne des droits de l'homme, le traité de Maastricht a textualisé cette construction judiciaire et le traité d'Amsterdam a renforcé la justiciabilité de l'article 6, § 2, par le jeu, de l'article 46 nouveau. Le même traité, face à une perspective d'élargissement et compte tenu du précédent autrichien (qui n'est pas un véritable précédent) a ajouté un paragraphe nouveau à l'article 6, le paragraphe 1, non justiciable mais susceptible d'un contrôle politique par le jeu de la clause sanctionnatrice contenue dans l'article 7, doublée désormais d'une, clause pré-

ventive récemment introduite par le traité de Nice. La citoyenneté européenne, objet de réflexions renouvelées quant à sa portée relative aux fondements de la Constitution sera examinée plus loin.

La continuité la plus remarquable dans les traités, une continuité quasiment linéaire, tient à la modification progressive de la position du Parlement européen lequel, d'organe, consultatif au début de la construction européenne, est devenu, par delà la procédure de coopération, colégislateur dans les hypothèses de plus en plus nombreuses d'application de la procédure de décision conjointe. Plusieurs paramètres de nature constitutionnelle y ont contribué. En premier lieu, l'accès à la codécision budgétaire (même si elle est amputée pour ce qui touche aux ressources) appelait la codécision normative et la déclaration interinstitutionnelle de 1975 qui accompagne le traité du 22 juillet 1975, en instaurant une concertation a priori, y a contribué utilement. En second lieu, le raffermissement de la légitimité des parlementaires par le suffrage universel s'imposait d'autant plus que le binôme «légitimité-pouvoirs» peut être lu dans un sens ou dans l'autre; l'augmentation des pouvoirs parlementaires implique une légitimation plus accomplie ou (et) inversement l'amélioration de la légitimité parlementaire appelle un accroissement des pouvoirs; du Parlement. En outre le principe sous-jacent, bien que non inscrit dans les traités, selon lequel le Parlement européen doit retrouver au moins une partie des pouvoirs perdus par les Parlements nationaux représente une version particulière de l'équilibre des pouvoirs en démocratie. Ici il faut recourir à une lecture combinée des deux niveaux constitutionnels, le niveau national et le niveau européen.

## B. Les pratiques institutionnelles

On notera que dans une déclaration annexée au traité de Nice il a été précisé que les accords interinstitutionnels sont fondés sur le principe de coopération loyale appliqué cette fois aux relations entre institutions, les trois institutions car les Etats éprouvent une grande méfiance à l'encontre des accords qui seraient conclus par la Commission et le Parlement, sans le Conseil. Dans un passé récent, des ententes bilatérales entre la Commission et le Parlement ont été conclues sur certaines questions, par exemple l'information auprès du Parlement diffusée par la Commission sur les débats au Conseil quant au choix de la base juridique.

En effet dans quelques cas, les accords jouent le rôle d'un droit organique complétant les traités en ce qui concerne l'exercice de leurs pouvoirs, par les institutions. S'il est vrai que les accords ont une valeur *infra legem*, il arrive que tel ou tel accord puisse apparaître *contra legem*. Aussi un accord interinstitutionnel a-t-il fixé le classement des dépenses de cohésion économique et sociale en dépenses non obligatoires (DNO), solution favorable au Parlement. Il est vrai

que la répartition des pouvoirs budgétaires (DO/DNO, ressources propres ...) a fait l'objet d'un examen par la Convention.

Observons une pratique majeure qui a été institutionnalisée à compter de l'Acte unique. En 1974 lors de la première réunion du Conseil européen, il a été décidé du principe de l'élection des parlementaires au suffrage universel (matérialisée par la suite dans la décision du 20 septembre 1976). C'est un tournant important qui illustre l'existence d'une double légitimité dans la Communauté:

- la légitimité démocratique et parlementaire qu'exprime le Parlement européen,
- la légitimité démocratique et pluriétatique reflétée par le Conseil européen.

Cette double légitimité commande un nouvel équilibre des pouvoirs (checks and balances): intergouvernemental et parlementaire.

A compter du traité de Maastricht, les rédacteurs des traités ont procédé à l'institutionnalisation du Conseil européen et procédé à une dissociation de celui-ci et du Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement tant dans le champ de l'Union (violation des, principes fondamentaux de l'article 6, § 1) que dans celui de la Communauté (union économique et monétaire, emploi, coopérations renforcées).

Le débat actuel porte largement sur la place du Conseil européen dans l'architecture: institutionnelle à venir. Plus largement encore la Constitution européenne à venir ne pourra que s'appuyer sur le double fondement de l'Union, Union d'Etats et Union des peuples.

### **C. La jurisprudence de la Cour**

Elle a été dès l'origine le troisième vecteur de l'acquis constitutionnel. Ne reprenons pas le débat, un peu théologique, sur la nature constitutionnelle de la Cour, toutes les objections soulevées relatives à sa désignation, à sa composition, à son rôle régulateur ou à son pouvoir de censure, à la mise en cause de ses décisions, étant susceptibles de générer des arguments de censure, à la mise en cause de ses décisions, étant susceptibles de générer des arguments contraires. Il faut accepter une dissociation entre la jurisprudence et l'organe juridictionnel.

En pratique on ne peut séparer les contrôles existants du contrôle matériel de constitutionnalité, tels les recours en annulation ou les recours en manquement d'Etat. Il ne sert à rien de chercher les différences entre une cour constitutionnelle nationale et la Cour européenne puisque celle-ci n'est pas une juridiction nationale et s'inscrit dans un système politique et juridique qui n'est pas celui d'un Etat. Concernant la jurisprudence de la Cour, peuvent être retenues deux

fonctions, non dissociables: la jurisprudence exerce une fonction déclaratoire, elle remplit une fonction structurante.

Fonction déclaratoire, ceci renvoie à une jurisprudence bien connue par laquelle la Cour a affirmé que l'ordre juridique communautaire était commandé par une «charte constitutionnelle», la «charte constitutionnelle d'une communauté de droit», que l'adhésion à la CEDH revêtirait une «envergure constitutionnelle», qu'il existait une «constitution interne de la Communauté». Mais sauf pour le juge à s'adonner à la méthode Coué, ces énonciations n'ont pas un effet créateur d'une entité constitutionnelle. Elles visent seulement à tirer les leçons de l'approfondissement de l'ordre juridique communautaire découlant des, traités et de sa propre jurisprudence.

Celle-ci en effet a exercé une fonction structurante dans l'ordre juridique communautaire. Il s'agit bien de fonctions constitutionnelles, même si on les retrouve dans divers ordres juridiques internes ou internationaux. Le juge communautaire a contribué grandement à la hiérarchie globale des normes (traités, principes généraux du droit, accords internationaux, droit dérivé). Il a cherché aussi à dégager une hiérarchie interne propre aux catégories précitées; s'il y est parvenu dans quelques cas en ce qui concerne le droit originaire, il a rencontré plus de difficultés en ce qui concerne le droit dérivé vu l'absence de critères organiques et formels et il a donc relevé les critères matériels pertinents (acte de base et acte d'exécution, acte général et acte individuel) pour y pallier de manière partielle. Il a assuré la reconnaissance et la garantie des droits fondamentaux sur la base d'une construction imprévisible et audacieuse dont on sait qu'elle a été consolidée par les traités. C'est à la confluence de ces deux fonctions que la Cour a recouru, à l'expression «charte constitutionnelle» qu'il s'agisse de la portée des accords externes ou de la protection juridictionnelle des sujets du droit communautaire.

La Cour a aussi contribué à la répartition et à la régulation des compétences entre les Etats et la Communauté, utilisant le moyen des compétences implicites, recourant de manière systématique au principe de proportionnalité (ultérieurement codifié), déduisant du principe de loyauté ou fidélité communautaire (fidélité fédérale en droit allemand) des conséquences lourdes pour les Etats et notamment pour les juridictions nationales, conséquences qui se sont traduites par un encadrement plus ou moins strict de leur autonomie procédurale, voire, par l'effacement de cette autonomie.

Saisie par ailleurs de nombreux conflits entre institutions sur le choix des bases juridiques des actes communautaires ou d'un contentieux plus large encore relatif aux pouvoirs des institutions, la Cour de Justice a procédé à leur règlement en se fiant sur le principe de l'équilibre institutionnel ou sur la recherche de la valeur ajoutée démocratique des diverses procédures décisionnelles. Sur ce point: la Cour de Justice a œuvré dans le sens de la plus large participation du Parlement européen à la procédure normative.

## II. LE PROJET DE TRAITÉ CONSTITUTIONNEL

En premier lieu, comme nous venons de le voir, ce projet ne fait que prolonger et marquer un nouveau palier dans un long processus qui n'avait pas encore abouti sur le plan formel à l'élaboration d'un texte dénommé «constitution» mais qui avait vu se dessiner les contours, de plus en plus prégnants, d'une constitution matérielle articulée autour de quelques éléments significatifs et admis universellement: une répartition (verticale) des compétences; une tentative (inaboutie) de séparation des pouvoirs; une hiérarchie des normes (incluant le contrôle de conformité à la norme suprême), mais une hiérarchie aussi insatisfaisante que la séparation des pouvoirs dont elle découle; l'affirmation et la garantie des droits fondamentaux et, depuis quelques années, l'affichage de valeurs communes. Dans une perspective historique et juridique — disons d'histoire, du droit communautaire — l'actuel projet de Constitution traduit une telle continuité sur le fond que l'apprentissage du futur droit de l'Union européenne continuera à impliquer l'examen juridique et technique des étapes qui ont précédé la future constitution, démarche indispensable pour la compréhension de ce que Pierre Pescatore a jadis appelé un «droit de l'intégration». L'une des novations assez remarquables du projet est la rupture consommée avec le fédéralisme classique: l'Union européenne ne formera pas un Etat fédéral, idéal politique plus que véritablement juridique affiché maintes fois depuis le congrès de la Haye en 1948, et ceci bien que son droit continuera à emprunter aux techniques juridiques du fédéralisme. On comprend l'attrait de beaucoup, d'auteurs ou d'observateurs éclairés pour le concept de fédération d'Etats qui ne se confond en aucun cas avec celui d'Etat fédéral. Ce point est capital et mérite d'être souligné encore: l'Union européenne n'est ni un Etat, ni même un Etat fédéral. C'est une formation juridique en quelque sorte du «troisième type». Il en découle que toute approche en termes de droit constitutionnel échappe aux cadres nationaux habituels.

En second lieu, les causes immédiates de l'élaboration d'un projet de Constitution révèlent les craintes induites de l'élargissement de l'Union et aux insuffisances du traité de Nice s'ajoute la crise profonde de l'Union européenne. Crise qui revêt divers aspects: crise de l'économie de la zone euro, notamment du fait du découplage entre la politique monétaire (unique) et les politiques économiques (non coordonnées); crise de légitimité qui a été accrue avec la surveillance du, traité de Maastricht; montée récurrente des sentiments d'identité nationale, voire régionale, car le schéma, en quelque sorte proudhonien, d'une collusion entre l'Europe et les régions contre l'Etat n'apparaît plus d'actualité, notamment si l'on considère l'attitude des Communautés autonomiques en Espagne et surtout celle des Länder allemands.

D'ailleurs le débat académique s'inscrit dans un ensemble plus vaste puisque toutes les disciplines juridiques, ou presque toutes, ont été confrontées aux

caractères inédits et souvent surprenants du droit communautaire. De celui-ci on peut dire ce que Robert Kovar écrivait avec brio de la directive: le droit: communautaire «intrigue», «dérange» et «divise».

En effet, le droit communautaire forme un ordre juridique tout à la fois autonome et transversal. Si son, autonomie s'est affirmée vis-à-vis du droit international, sans aller jusqu'à une rupture, complète, elle a provoqué de nombreux débats et prises de position contradictoires. On rappellera la célèbre interpellation d'Alain Pellet dans son cours sur «Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire» <sup>(1)</sup> ou la réplique brillante de Denys Simon «Les fondements de l'autonomie du droit communautaire» <sup>(2)</sup>. On peut souligner que les internationalistes admettent sans objections majeures le caractère constitutionnel d'une entité juridique internationale.

### A. L'instrumentum

1) La *genèse* du projet de traité élaboré par la Convention sur l'avenir de l'Europe a entraîné une inévitable référence à la Convention de Philadelphie; la composition de la Convention a retenu l'attention dès lors qu'elle comportait, outre des représentants des gouvernements — une sorte de pré-conférence intergouvernementale immergée dans un ensemble plus vaste — des représentants des Parlements, nationaux et européen, des représentants de la Commission et que, de surcroît, elle a permis la venue d'observateurs et l'audition de représentants de la société civile. Si la Convention de Philadelphie ne doit pas être surestimée quant à sa légitimité d'une part, d'autant que l'ordre constitutionnel fédéral ne se révélera vraiment qu'à l'issue de la guerre civile, la Convention européenne, dès lors qu'elle ne s'appuie pas sur une identité politique réelle (à l'instar du peuple américain), conduit de ce fait plus vers un traité que vers une constitution.

2) La *structure* du projet de traité établissant une constitution révèle-t-elle un caractère constitutionnel? Examinant le bien-fondé de l'inclusion de la troisième partie dans le projet, on observe que cette inclusion est commandée par le principe de spécialité, sauf à sortir du cadre du droit international et que, en outre, elle assure l'effet direct du droit originaire dans le champ des politiques communes. Il est vrai que, sur le plan structurel, le projet de traité établissant une Constitution peut susciter des commentaires contrastés. Il est sans doute sur-

---

(1) A. Pellet, collection des Cours de l'Académie de Droit Européen, vol. V, livre 2, p. 193 et ss.

(2) D. Simon, *in* Droit international et droit communautaire perspectives actuelles, SFDI, Pedone, 2000, p. 207 et ss.

prenant que la première partie, la seule qui ait été élaborée par la Convention à partir de bases dispersées dans le traité actuellement en vigueur, ne porte aucun intitulé. Que par ailleurs les dispositions relatives au fonctionnement de l'Union aient été séparées de cette première partie et rattachées à la troisième partie. Ainsi la pureté constitutionnelle de la première partie est-elle entachée par l'hétérogénéité de la troisième. D'ailleurs l'une et l'autre n'ont pas été façonnées par les mêmes mains.

En outre, la structure, (quatre parties) du traité n'épuise pas la totalité du futur droit originaire puisque disposeront d'une égale valeur normative, outre les protocoles annexés au projet de traité, les clauses des protocoles permanents en vigueur, ainsi que de nombreuses dispositions contenues dans les actes d'adhésion. Par ailleurs, s'il est vrai que la nouvelle structure de l'Union est établie sur la disparition des «piliers» issus du traité fondateur de l'Union, une forte différenciation subsiste en ce qui concerne la politique étrangère et de sécurité Commune, et, une différenciation plus limitée mais persistante en ce qui concerne l'espace de liberté, sécurité et justice. L'accès de l'Union à la personnalité juridique internationale se décline aussi sur le mode conventionnel. Le véritable paradoxe du projet relève de la sémantique mise en œuvre: la dénomination «Communauté» disparaît, sauf l'Euratom qui subsiste sur une base conventionnelle autonome, alors, que l'ordre juridique communautaire s'étend à l'ensemble de l'Union comme l'indique l'article 1<sup>er</sup>: *«L'Union... exerce sur le mode communautaire les compétences qu'ils (les Etats) lui transfèrent»*.

Cette disposition, qui a été retenue de préférence à l'expression... «sur le mode fédéral», se situe clairement au-delà de l'article IV-3 relatif à la continuité juridique de l'Union constitutionnalisée, au regard des entités actuelles, dans le domaine des droits et des obligations, des actes internes ou des accords internationaux, encore, que la référence à la jurisprudence de la Cour «*en tant que source d'interprétation du droit de l'Union*» puisse être considérée comme recouvrant aussi o l'exercice des compétences sur le mode communautaire».

Quant à la seconde partie, reprise quasi-mécanique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (et assortie de son Préambule), la question est posée de savoir si cette inclusion textuelle était réellement nécessaire et n'allait pas s'avérer contre-productive. *A priori*, le risque de cristallisation, voire de recul, ne saurait être retenu, compte tenu des renvois opérés par le texte aux sources normatives existantes (article II-52, §§ 3 et 4; article II-53). Il existerait plutôt un, risque inverse: la surabondance des supports normatifs (textes constitutionnels, principes généraux du droit, normes conventionnelles) que le juge communautaire devra ordonner lorsqu'il procèdera à l'interprétation et à l'application des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Ici une controverse classique a ressurgi. Si selon certains auteurs constitutionnalistes le juge communautaire n'assure pas la garantie, des droits fondamentaux, nous affirmons avec

férmeté qu'il y procède à travers toutes les voies de recours qui lui sont dévolues, nonobstant le caractère strict des conditions de recevabilité des recours individuels. Que, de surcroît, les juridictions nationales, juges communautaires de droit commun, participent au respect et à la garantie de ces droits. A la suite des solutions discordantes fournies par le Tribunal de première instance <sup>(3)</sup> et par la Cour de Justice <sup>(4)</sup>, par l'article III-270, § 4, du projet de traité ajoute que le recours individuel sera ouvert «contre, les actes, réglementaires qui concernent... directement (le requérant) et qui ne comportent pas de mesures d'exécution». Cette disposition comble une lacune du droit dans l'hypothèse où la juridiction nationale ne pourrait être saisie, faute de mesures nationales d'exécution. Elle n'efface pas pour autant la discordance entre les jurisprudences précitées quant au recours individuel en annulation contre les lois européennes. Il est assez probable que la Cour sera de nouveau sollicitée.

3) *L'instrumentum demeure au total un traité* comme l'indique l'intitulé du texte arrêté par la Convention. C'est un, acte portant révision et/ou abrogation des traités antérieurs. Il demeure fondé sur l'article 48 du traité et appelle donc la réunion d'une conférence intergouvernementale, un accord unanime des Etats et la ratification par tous les Etats selon les procédures constitutionnelles propres à chacun d'entre eux. Si les deux premières conditions sont à l'œuvre, et ont abouti le 18 juin 2004 au lendemain des élections européennes, la troisième s'avèrera plus difficile à atteindre et sans doute plus périlleuse. A ce stade initial il n'y a pas de lieu de s'interroger sur les contours (et même l'existence) d'un pouvoir constituant originaire puisque les Etats restent, comme par le passé, les maîtres des traités. Les préférences exprimées pour la voie référendaire (impossible d'ailleurs de nombreux Etats) et si possible pour des *referenda* organisés le même jour dans tous les Etats ne font que traduire la quête (désespérée?) d'un pouvoir constituant originaire. La décision anglaise, de recourir au référendum a pu être perçue comme un moyen de négociation renforcé lors de la mise au point du texte final.

Compte tenu des risques d'échec, une déclaration annexée au projet de traité établissant une Constitution indique qu'à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature et dès lors que les 4/5<sup>èmes</sup> des Etats (soit vingt Etats sur vingt-cinq) auraient ratifié le traité, le Conseil européen se saisit de la question. Cette déclaration n'a pas d'effet juridique particulier; elle est analogue aux dispositions relatives à la révision (article IV-7, § 4) et surtout elle tire les conséquences des pratiques effectives qui ont suivi le rejet de certains traités (Dane-

---

(3) TPI, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*; aff. 177/01, Rec. II-02365.

(4) CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*; aff. 50/00, Rec. I-06677.

mark, Irlande); elle ouvre la voie à des interprétations négociées a *minima* de certaines dispositions du traité.

Les modes de révision institués dans le projet de traité relèvent également de la technique conventionnelle du droit international et impliquent donc l'unanimité des Etats membres. Le Parlement européen peut soumettre au Conseil un projet comme les gouvernements ou la Commissions<sup>(5)</sup>. La nouveauté consiste en la tenue d'une Convention dont le principe sera arrêté par le Conseil européen à la majorité simple; à la même majorité, le Conseil européen pourra aussi décider de ne pas la convoquer. La Convention — lorsqu'elle est convoquée — ne fait que préparer, toujours selon la méthode du consensus, la conférence intergouvernementale. L'exigence d'unanimité subsiste et, dans le cas où les ratifications tarderaient au-delà des 4/5<sup>èmes</sup> des Etats, le Conseil européen se saisirait de la question.

#### Quid du droit de retrait?

Le droit de retrait volontaire est reconnu aux Etats, il n'est pas soumis à la conclusion préalable d'un accord de retrait bien que le texte de la Convention instaure une procédure de négociation d'un accord dans un délai de deux ans suivant la notification par un Etat de son intention de se retirer. A l'issue de ce délai et en l'absence d'accord, la Constitution cesse d'être applicable à l'Etat. Le renvoi aux règles constitutionnelles nationales semble indiquer une préférence, pour une procédure fondée sur le principe de *l'actus contrarius* bien que les constitutions; nationales ne contiennent guère des dispositions en ce sens.

### B. Le substratum

Le *substratum* constitutionnel s'ordonne autour de quelques problèmes essentiels.

1) *Les bases de la légitimité* dans la Constitution ont, comme dans toute constitution, des incidences directes sur l'organisation institutionnelle. Nous y reviendrons. Ce n'est pas une surprise en droit constitutionnel. Ainsi en France, pendant un siècle, l'histoire constitutionnelle a traduit un conflit des légitimités que Maurice Hauriou a systématisé dans sa, théorie des «cycles constitutionnels»: légitimité monarchique et légitimité républicaine se sont opposées, parfois combinées (avec l'émergence du régime parlementaire et la montée du suffrage universel); leur interaction a entraîné des formes spécifiques de régime sous l'Empire et avec la constitution napoléonienne, le tout sur fond d'instabilité constitutionnelle chronique. L'Union européenne, comme la Communauté,

(5) Les projets de révision, sont notifiés aux Parlements nationaux: c'est une innovation.

s'appuie sur deux principes différents de légitimité, le premier découle de sa nature internationale, une association d'Etats, le second tend à assurer la représentation politique des peuples qui composent l'Union par une institution parlementaire européenne. L'Union n'étant ni un Etat, ni un Etat fédéral, le premier principe s'impose de manière évidente et se traduit par des affrontements et des désaccords quant: au, mode de représentation des Etats à travers le décompte des voix composant la majorité qualifiée au Conseil, tensions naturellement accrues au fur et à mesure de l'extension du vote à la majorité qualifiée et de l'accroissement et de la diversification des Etats membres. Plus largement encore, ce premier principe se traduit par la dose d'intergouvernementalisme qui imprègne, de manière inexorable et définitive, la Communauté et l'Union tant en ce qui concerne l'élaboration que l'application des normes européennes.

Le second principe est plus complexe et surtout plus évolutif. Rappelons que les modes de désignation des parlementaires européens et les pouvoirs du Parlement sont fiés en ce sens que l'augmentation des pouvoirs implique une légitimité accrue des parlementaires et que, symétriquement, une plus forte légitimité de ceux-ci appelle et/ou justifie un élargissement de leurs pouvoirs. Le traité sur l'Union actuellement en vigueur indique que «le Parlement est Composé de représentants des peuples des Etats». Dans le projet de traité établissant une Constitution (I-45), il est inscrit: que «*Les citoyennes, et les citoyens sont directement représentés au niveau de l'Union au Parlement européen*». Cette affirmation a été reprise dans le texte modifié par la CIG le 18 juin 2004.

Cette modification terminologique ne modifie pas la nature de la représentation politique tant que n'aura pas émergé un véritable «espace public européen» que, par ailleurs, le projet de traité appelle de ses vœux <sup>(6)</sup> mais que les élections de juin 2004 n'ont guère confirmé.

La combinaison des deux principes de légitimité, déjà prégnante dans les traités actuels, reste au cœur du Projet constitutionnel européen; son application la plus évidente est le processus législatif ordinaire; les exceptions (assez nombreuses) au processus législatif ordinaire ne font que traduire le triomphe du premier principe sur le second.

2) La *Structure institutionnelle* mise en œuvre dans le projet s'inscrit dans le droit fil de la double légitimité. Il s'agit: bien d'une construction baroque, style plutôt étranger à l'esprit français, mais bien connu au Portugal.

Les institutions représentant les Etats sont le Conseil européen et le Conseil (redevenu Conseil des ministres). Comme par le passé, le Conseil participe à la fonction législative (formation dite «législative») et à la fonction exécutive (for-

---

(6) Cf. l'initiative législative des citoyens inscrite à l'article 45, § 4.

mation dite «affaires générales»). Dans la formation législative, pourront siéger jusqu'à trois représentants de chaque Etat en fonction de l'ordre du jour du Conseil, sans que cette ampliation ait un effet sur la répartition des voix par Etat. Les ministres des affaires étrangères seront réunis en Conseil des affaires étrangères sous la présidence du futur ministre. D'autres formations pourraient être instituées par le Conseil européen. La subordination du Conseil des ministres au Conseil européen est marquée par la définition de ses fonctions (article I-23, § 1): il «... *prépare les réunions du Conseil européen et en assure le suivi en liaison avec la Commission*».

L'institutionnalisation du Conseil européen, doté d'un Président élu par lui à la majorité qualifiée pour une durée de deux ans et demi, traduit un renforcement de la place des Etats, d'autant qu'il disposera de certains pouvoirs de nomination ou de proposition qu'il exercera à la majorité qualifiée: il propose le président de la Commission au Parlement et nomme le ministre des affaires étrangères (ou, le cas échéant, il met fin à son mandat).

Face à ce renforcement, le Parlement européen voit ses pouvoirs étendus à des domaines qui lui étaient totalement ou partiellement interdits: le budget, la politique agricole, l'espace de liberté, sécurité et justice, la politique commerciale commune.

La *séparation des pouvoirs* en sort-elle renforcée? La réponse à la question ne saurait être que nuancée. S'il est vrai que la distinction entre actes législatifs et actes non législatifs implique une irruption des critères organiques et formels dans un domaine où la Cour de Justice avait tenté d'appliquer des critères matériels (actes de base/actes d'exécution, actes généraux/actes individuels), et représente de ce fait un progrès significatif, cette distinction comporte des exceptions d'une telle importance qu'il faudrait beaucoup de naïveté, ou beaucoup de ruse, pour y voir de simples «limites». Prenons quelques exemples. Si les actes législatifs (lois et lois-cadre européennes) seront arrêtés par le Conseil et le Parlement, dans la tradition de la co-décision, il existe des actes législatifs dont le Conseil décidera seul, le Parlement étant entendu pour avis ou requis pour approbation. Il en sera ainsi dans plusieurs domaines soumis à la loi-cadre; le retrait du Parlement européen pourra d'ailleurs, dans certains cas, être accompagné d'un plus fort engagement des Parlements nationaux quant aux mesures nationales de transposition de la loi-cadre mais la coincidence reste fortuite. Dans certains domaines sensibles, le Parlement européen est évincé du processus législatif.

Ce n'est pas par hasard en revanche que les actes non législatifs ne sont pas qualifiés «actes exécutifs»: les règlements et les décisions sont arrêtés par le Conseil et la Commission. On observera que les décisions sont le mode de gouvernement ordinaire: en matière de politique étrangère et de sécurité commune à la disposition du Conseil européen et du Conseil. Egalement que, en matière

de concurrence, les actes d'application de la Constitution, qui devraient prendre la forme d'actes législatifs, seront des règlements; c'est en quelque sorte reconnaître un domaine réglementaire par détermination de la Constitution dans le but manifeste d'écarter le Parlement européen.

Quant aux actes d'exécution, le projet de traité constitutionnel est riche en ambiguïtés. Il est indiqué que ce sont les Etats membres qui prennent en droit interne les mesures d'exécution; ce fut la position constante des Etats depuis l'origine. Toutefois, lorsque des conditions uniformes d'exécution s'avèrent nécessaires, la Commission pourra être, habilitée; le cadre de cette habilitation devra être précisé par une loi, ce qui n'exclut pas le maintien (avec des adaptations) de la comitologie. On peut penser que le Parlement européen marquera sa préférence pour la procédure des règlements délégués, dont il est un acteur à part entière, étant donné que le règlement délégué peut «compléter ou modifier certains éléments non essentiels d'un acte législatif (article I-35), donc jouer le rôle d'un acte d'exécution. Ce sont là des questions qui seront soumises à des arbitrages politiques et, s'il y a lieu, à la juridiction de la Cour (juridiction constitutionnelle).

La Commission européenne se situe en principe à la charnière des deux ensembles institutionnels et, partant, des deux légitimités. Le projet de Constitution s'inscrit dans les tendances lourdes engagées dès la création de la CECA. Les affrontements relatifs à sa composition sont significatifs de la difficulté de lui attribuer des bases politiques claires. Son président est proposé par le Conseil européen à la majorité qualifiée (réforme déjà introduite par le traité de Nice) en fonction des résultats des élections européennes, et élu (en fait confirmé ou refusé) par le Parlement européen; ses membres sont à leur tour proposés par le Conseil <sup>(7)</sup> en accord avec le président désigné à partir d'une liste établie par chaque Etat et: soumis à une approbation, parlementaire. Si la Convention prévoyait une Commission réduite à quinze membres à compter de 2009, la Conférence intergouvernementale a repoussé en 2014 (!) la réduction de la Commission à dix-huit membres selon une rotation égalitaire. En pratique, la capacité des Etats s'avère très supérieure à celle du Parlement, lequel détient tout au plus la possibilité de refuser et celle de voter une motion de censure, hypothèse qui n'est jamais survenue — rappelons le — depuis la création des Communautés européennes.

3) Il convient aussi de se soucier de la *répartition des compétences*. Si les principes de répartition et de régulation subsistent (subsidiarité, proportionnalité,

---

(7) En juin 2004 la CIG a repris le mécanisme classique de la prévalence du Conseil et réduit la marge de pouvoir de Choix dont disposait le Président de la Commission dans le texte proposé par la Convention.

préemption, clause de flexibilité), le principe majeur d'attribution combine un critère matériel nouveau, donc une répartition par matières, et le critère fonctionnel, soit une répartition selon les buts, à savoir les objectifs globaux de l'Union et surtout les objectifs propres à chaque matière... d'où l'importance de la troisième partie du projet. Les conventionnels ont pris soin de ne pas classer la PESC, ni la politique économique et de l'emploi, mais ils ont dressé une répartition ternaire: les compétences exclusives, les compétences partagées, les domaines d'appui, coordination et complément. Chaque ligne de compétences réserve quelques curiosités. Les compétences exclusives recouvrent la monnaie (pour ceux des Etats qui participent à la zone euro) et la concurrence, bien que le marché intérieur relève des compétences partagées. Les compétences partagées attirent les enjeux communs de santé publique, bien que la santé relève de la troisième catégorie. Si la pêche, comme l'agriculture, relève des compétences partagées, la conservation des ressources biologiques de la mer constitue une compétence exclusive de l'Union. On notera au passage que les objectifs assignés à la politique agricole ont été repris du texte des traités fondateurs alors que les perspectives de la politique agricole ont depuis lors profondément changé et changeront encore.

Au total, le projet présenté par la Constitution et adopté, après modifications, par la CIG du 18 juin 2004 s'inscrit dans la continuité: il s'agit bien d'un traité comportant une étape supplémentaire sur la voie d'une constitution matérielle. La nouveauté réside surtout dans la formalisation de l'acquis.