

LE ROLE DE LA COUR DE JUSTICE DANS LA DÉFINITION DE LA CONSTITUTION EUROPÉENNE.¹

SILVANO LABRIOLA

Table des matières.²

1. Prémisses. Brèves considérations sur les caractères généraux de l'Union européenne. 2. La question de la Constitution européenne. 3. Le rapport entre système de l'Union et systèmes des Etats membres: en particulier, le cas italien. 4. Les principes de régime et les sources de l'Union. 5. Les principes de régime entre formulation définitoire et évolution du système juridique. 6. Le système des sources entre les deux Cours. 7. La Cour européenne et la sauvegarde des droits fondamentaux. 8. La Constitution européenne: l'apparent et le substantiel d'une notion. 9. Suite. Les caractères des éléments constitutionnels de l'Union. 10. Réflexions conclusives. Les éléments pour la Constitution européenne et le rôle de la Cour de justice.

¹ Cet article reproduit le texte d'une communication donnée dans le cadre du Séminaire "Cours européennes et systèmes juridiques nationaux", organisé par la chaire de Droit Constitutionnel italien et comparé, Département de Droit Public, Faculté de Droit de l'Université de Cagliari (Cagliari, 15 décembre 2000).

² Table of Contents:

1. Introduction: Brief reflections on general characteristics of the European Union. 2. The issue of the European Constitution. 3. The relationship between the EU's legal system and those of its member states, with special reference to the Italian case. 4. The fundamental principles of the Italian Constitution and the sources of EU law. 5. Fundamental principles of the Italian Constitutional order: a formula which restricts the effect of EU law or a means of development of the legal system? 6. The system of sources of law between the two Courts. 7. The European Court and the protection of basic rights. 8. The European Constitution: the apparent and substantial aspects of this concept. 9. Characteristics of the constitutional elements of the Union. 10. Concluding thoughts: the necessary elements of a European Constitution and the role of the Court of Justice.

1 **Prémisse. Brèves considérations sur les caractères généraux de l'Union européenne**

L'évolution de l'Union européenne montre des caractéristiques particulières, difficilement comparables aux autres expériences connues chez les systèmes juridiques modernes et contemporaines, dans l'indistinct espace juridique qui sépare l'organisation du droit international et les typologies nationales, fédéral ou demi-fédéral.

On ne peut pas approfondir ici, du point de vue théorique formel, cette réalité atypique. Sur sa définition et son évolution dans le temps influent différents ordres des facteurs, qui se succèdent et pèsent d'une façon discontinue: et cela apparaît l'une des causes les plus importantes des formes de l'Union, et de leurs attitudes plus spéciales.

Les origines remontent au moment où, à la fin de la seconde guerre mondiale, se fixent les nouveaux équilibres internationaux, et une partie de l'Europe, consistante mais pas capable d'en épuiser représentation et intérêts, reflète l'opposition entre aire atlantique et aire communiste, à travers les structures parallèles des premières Communautés occidentales et celles rassemblées autour du Pacte de Varsovie.

Ensuite, les sorts de la Communauté européenne, dans laquelle se fondent les organisations originaires de l'Euratom, de la Ceca, et autres, suivent le cours du bipolarisme Est-Ouest, jusqu'à sa dissolution, qui a donné une nouvelle impulsion à l'évolution de l'Union et en a favorisé l'agrandissement d'influence et participation, en produisant en même temps problèmes et difficultés nouveaux. A cet égard, ont la même importance les croissants phénomènes de globalisation de l'économie et de la finance.

Ce que nous avons rappelé de l'évolution de l'Union et des ses primitifs rudiments sert à souligner une première donnée, essentielle pour la question qui nous occupe. L'Union a été, et est encore, après cinquante ans d'histoire complexe, une réalité fortement dépendante des équilibres internationaux, et ça touche aussi la nature de ses sources. Le système de l'Union se présente formellement fondé sur des pactes, mais en même temps tend à se modeler sur ce type d'entente permanente entre Etats qui, comme il est déjà arrivé en autres temps et autres situations, exige la cession de parties de souveraineté de la part des Etats membres en sa faveur, pour conférer à l'action commune, qui est action de l'Union, la capacité de poursuivre les buts convenus.

Le deuxième des deux caractères entre en conflit avec le premier: il s'ensuit une antinomie destinée, comme on verra, à influencer sur le rôle de la Cour de justice, que nous traitons ici en particulier, sur le système même de l'Union, et sur son se poser et s'imposer.

2. La question de la Constitution européenne

Le fait qu'on parle de plus en plus de Constitution européenne, et non seulement au niveau de la littérature commune, mais aussi chez celle des spécialistes, révèle la contradiction, que nous venons de souligner, entre l'origine et le fondement, formellement internationalistes, et la base institutionnelle de l'Union, produite par une renonciation progressive à des parties de souveraineté de la part des Etats membres, qui confluent à bâtir une ensemble de pouvoirs souverains de l'Union même.

Si l'Union serait une normale institution entre états, douée de personnalité juridique de droit international, créée et régie par des traités entre les états qui la constituent ou qui y adhèrent après, il n'y aurait même pas une trace de « Constitution » de l'Union. Il s'agit d'une réalité de nature différente, qui participe des éléments des institutions entre états, et des autres éléments qui ne peuvent pas y être compris, parce que ils découlent de la possession de parties de souveraineté (une expression imprécise, comme il est superflu de souligner, à laquelle nous faisons recours pour facilité de compréhension, et pour créer une référence, même si embryonnaire, à la prétention au caractère originaire avancée à propos du système de l'Union).

Un cas très récent, symptôme de la nature atypique de l'Union, dans le sens que nous avons souligné, est représenté par la question de la soi-disant charte des droits, énoncée à la Conférence de Nice le huit décembre.

A propos de l'interprétation du document de Nice, s'ouvre un débat entre ceux qui soutiennent qu'il n'a aucune signification du point de vue juridique, parce que il n'est pas régi d'un pacte conclu entre les états membres, ni par des manifestations de volonté capables quand même de les obliger, et une opinion contraire, qui tend à en affirmer l'importance.

On ne peut pas douter que l'acte de Nice soit privé du caractère de pacte («il n'entre pas dans les Traités»). Mais si on pense à la question de la sauvegarde des droits fondamentaux par la juridiction

de la Cour de justice, et au thème de la fixation des *standards*, que nous allons traiter, sur lesquels on discute avec animation dans la littérature scientifique et dans la jurisprudence même de la Cour, il est facile prévoir que l'importance de l'Acte se détachera très tôt, et dans l'Acte seront identifiés la volonté des états membres de l'Union à s'y obliger et l'indicateur des *standards* utilisables du point de vue formel par la jurisprudence européenne en matière de droits fondamentaux de l'individu.

3. Le rapport entre système de l'Union et systèmes des Etats membres: en particulier, le cas italien

Au sujet des considérations esquissées à propos de la nature atypique de l'Union, c'est très important le thème, amplement débattu, du rapport entre système de l'Union et systèmes des états membres: les réflexions qui suivent se réfèrent en particulier au cas italien.

Tout d'abord, s'impose la mise en train de la séparation, sur laquelle s'atteste la Cour constitutionnelle. A partir de cette qualification, les deux systèmes procèdent séparément, et l'incidence des règles européennes sur le système italien est analysée et définie selon les principes qui gèrent les rapports entre systèmes différents, ce qui détermine les pouvoirs de vérification de la Cour constitutionnelle dans la juridiction de légitimité.

On rappelle le principe, contenu dans l'article 11 de la Constitution, qui permet, en présence de conditions précises, une renonciation partielle de souveraineté. Ce rappel, d'autre part, suscite des sérieux doutes, parce que l'Union ne présente pas le caractère que la norme constitutionnelle prescrit pour la cession légitime de la souveraineté.

D'après la soutenue séparation entre système de l'Union et système intérieur, et la conséquente qualification des sources normatives de l'Union, la Cour constitutionnelle fixe les critères pour déterminer la position des sources de l'Union dans le système constitutionnel des sources, s'accordant au principe du *pacta sunt servanda* (qu'on peut croire constitutionalisé en force de l'article 10 de la Constitution, étant un principe général compris dans le premier alinéa de l'article, selon lequel le système italien se conforme aux dispositions du droit international généralement reconnues, entre lesquelles se trouve certainement le *pacta sunt servanda*).

Sur cette base, les sources de l'Union prévalent sur toutes les sources ordinaires du droit intérieur, parce que le système doit se conformer à l'obligation de l'Etat de s'acquitter des traités et de ce qu'en découle. Ces constat s'étend aussi aux dispositions constitutionnelles, sauf, selon la Cour constitutionnelle, une distinction qu'en exclurait certaines.

Une connue jurisprudence de la Cour constitutionnelle nie qu'on puisse déroger aux normes de la Constitution qui contiennent les « principes de régime », qui forment le code génétique du régime constitutionnel en vigueur. Le jugement de comparaison doit, selon ces thèses, préserver l'intangibilité des principes de régime, même par rapport aux sources de l'Union.

4. Les principes de régime et les sources de l'Union

La notion de principe de régime, autrement dit norme « sur-constitutionnelle », utilisée par la Cour constitutionnelle dans la jurisprudence sur les sources de l'Union, se trouve au cœur d'un débat très complexe, et n'arrive pas à gagner des résultats indiscutablement partagés: à tel point que quelqu'un montre de croire à la nature de l'inviolabilité absolue de l'espèce, tandis qu'il est de toute évidence qu'il s'agit de facteurs intégrateurs de la continuité du régime constitutionnel, du moment qu'il n'y a aucune norme juridique (en tant que juridique) non modifiable.

La question, qui ne se pose pas seulement pour les rapports entre système de l'Union et système intérieur, mais aussi du moins pour un autre problème, relatif aux normes du Concordat entre l'Etat et le Saint-Siège, touche dans ses implications immédiates le contenu et les limites de la puissance de révision constitutionnelle.

Une fois qu'on admet la notion de principe de régime, en découle nécessairement une limite générale à la révision, qui ne peut être surmontée si non en coupant la continuité du régime constitutionnel: si le principe est, en ces termes, intangible, il l'est intrinsèquement, et cela touche le *pacta sunt servanda* et la fonction de révision.

Deux éclaircissement s'imposent.

D'un côté, le principe de régime ne peut être repéré avec certitude en vertu de dispositions écrites dans la Constitution, qui le déclare comme tel. L'autodétermination du principe de régime est douée, tout au plus, d'une valeur symptomatique très limitée: sans quoi, et contre toute la théorisation soutenue par les partisans de la

subsistance de l'espèce, la Constitution italienne aurait un seul principe de régime, celui de la forme républicaine de l'Etat, ce qui serait une conclusion tout à fait inacceptable.

De l'autre côté, la détermination substantiel du principe de régime ne peut être confiée à l'organe titulaire de la fonction de révision, parce que le principe constitue la limite de la révision. De ce constat dérive que la puissance de vérifier le principe de régime doit appartenir à la Cour constitutionnelle et à personne d'autre, opinion qu'en effet la déjà citée jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur ce point laisse clairement transparaître.

Les conséquences sont assez remarquables. L'attribution de cette puissance à la Cour constitutionnelle touche en profondeur les caractères généraux du système, spécialement du point de vue de la position du principe de représentation, sur lequel se fonde essentiellement le caractère démocratique du régime constitutionnel républicain.

La détermination des principes de régime procède à partir de l'interprétation de reconstruction des fondements du système constitutionnel. Il s'agit d'une opération techniquement difficile, comme démontre le fait que la doctrine parvient, dans leur vérification, à des résultats du tout univoques, et en large mesure diversifiés.

Il ne faut pas négliger une donnée qui est préliminaire: la définition du principe de régime, telle que est formulée, oscille entre deux dérives, et dans chacune d'eux se cache le danger de la dissolution de son contenu positif. D'un côté, les principes ont des racines communes avec celles propres de visions idéalistes, jusnaturalistes, qui n'ont rien à partager avec le système du 1948; de l'autre côté, dans leur approfondissement on effleure la pétition de principe, parce qu'ils sont considérés en même temps éléments du code génétique du régime et produit de l'abstraction des ses caractéristiques, qui par contre changent dans la course du temps.

5. Les principes de régime entre formulation définitoire et évolution du système juridique

Justement à propos des rapports entre système de l'Union et système intérieur, le droit vivant pourvoit à démentir la théorie de la séparation, et la conséquente théorisation des limites que les principes de régime opposeraient d'une manière insurmontable aux

sources de l'Union. Sur ce point, la position et les orientations de la Cour européenne gagnent une importance considérable.

La thèse de la séparation est mise en crise dans ses mêmes arguments, qui baissent du point de vue théorique et dans la projection pratique, contredite par l'évolution du droit vivant: la doctrine ressent de cette réalité, et s'oriente vers la direction contraire. La logique initiale se renverse: les principes de régime, au lieu de représenter une limite opposée à la puissance dérogatoire des sources de l'Union, finissent pour dériver (aussi) de celles mêmes sources qui auraient du « arrêter ».

Dans le développement le plus récent de l'évolution du système de l'Union se détachent des données non équivoques en ce sens. Il sera suffisant de prendre en considération l'innovation représentée par le principe de subsidiarité (Maastricht et après Amsterdam), considéré du point de vue des niveaux d'attribution des compétences et de celui concernant le discriminant entre public et privé dans la dévolution des activités d'intérêt général.

Il n'y a aucun doute que le principe de subsidiarité, au-delà des incertitudes interprétatives encore présents, touche le principe posé par l'article 5 de la Constitution, qui prescrit autonomie et décentralisation dans l'organisation des pouvoirs publiques, et ceux qui règlent le rapport public-privé, relatifs aux articles 35-47 pour les rapports économiques et aux articles 29-34 pour les rapports éthique-sociaux. Ils ne sont pas donc, l'un et les autres, des principes de régimes?

On doit croire qu'il s'agit seulement d'interrogations rhétoriques.

6. Le système des sources entre les deux Cours

Nous parvenons ainsi au thème du système des sources. Les sources de l'Union occupent une place d'importance croissante dans le système constitutionnel, soit parce que le matières pour lesquelles ils interviennent augmentent de plus en plus, et d'autres y renvoient implicitement pour l'inévitable interférence dans la régulation des rapports entre sujets et des fonctions publiques, soit en raison du différent traitement que la jurisprudence constitutionnelle même se trouve à réserver à ces source, par rapport aux orientations initialement manifestées.

L'auto-application des Règlements de l'Union est hors de discussion, et implique l'immédiate décision des situations

subjectives qui en découlent. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle se montre aussi de plus en plus sensible à renforcer l'immédiate efficacité des directives, bien que partielle, encore avant la disposition d'exécution, jusqu'au point qu'elles sont utilisées pour réduire le pouvoir discrétionnaire du législateur *medio tempore*.

La Cour européenne intervient sur ce point, parfois en désaccord avec les orientations de principe de la Cour constitutionnelle. La Cour européenne revendique la puissance d'appréciation définitive du contenu des normes des traités, et par conséquent affirme la prééminence de son interprétation aussi par rapport à la concordance, sur ce point, des sources de l'Union, qui, selon une récente interprétation, sont sources du système intérieur.

Les normes des traités ne peuvent pas être considérées séparées des principes du système constitutionnel, ni, pourtant, insignifiant par rapport aux buts de la détermination des principes de régime: on parvient à cette conclusion, à la fin du raisonnement développé. Mais y prend aussi part le rôle que la Cour européenne revendique et exerce, avec un succès que les désaccords toujours ouverts (non également radicaux, comme il est bien démontré par les orientations du *Bundesverfassungsgericht*) n'entament pas.

7. La Cour européenne et la sauvegarde des droits fondamentaux

Un ultérieur aspect de l'influence de la Cour de justice sur la formation du système de l'Union européenne, pas moins significatif de celui qui compète à la revendication de l'exclusive dans l'interprétation des normes des Traités, est représenté par les pouvoirs obtenus par rapport à la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

La jurisprudence de la Cour dans cette matière est l'expression tendancielle mais nette de la prétention à la juridiction complète, fondée sur les sources de l'Union, que la Cour identifie avec une interprétation extensive, si non créatrice. Comme nous avons souligné, il est raisonnable prévoir que le caractère juridique de la Charte de Nice soit destiné à résulter moins incertain et évanescent grâce à l'action jurisprudentielle que la Cour entreprendra sur elle.

Il est remarquable noter comme dans l'exercice de cette compétence par la Cour de justice se produit un raccord direct entre

citoyen et autorité de l'Union, une espèce assez rare dans le système normatif européen. Au cœur de tel raccord, se glissent des formes de limitation de la souveraineté des Etats membres de notable portée. Par rapport au cas italien, se pose en évidence la réalité désormais consolidée des différends sur la violation du juste procès: les parties privées obtiennent des condamnations toujours plus fréquentes de l'Italie, Etat membre de l'Union reconnu coupable de ces violations et frappé par les sanctions conséquentes.

Comme bien sent l'opinion publique italienne, et non seulement les savants et les spécialistes, un champs s'est ouvert dans lequel la compression de la souveraineté des Etats membres est manifeste, et il s'agit d'un champs où se trouve une traditionnelle et jalouse exclusivité de l'exercice des pouvoirs souverains des Etats. L'effet est expansif, parce que révèle, à travers la statistique des jugements de condamnation prononcés par la Cour, que l'inclination à transgresser les principes du juste procès est très prononcée en Italie, avec un conséquent discrédit qui en dérive dans les relations intérieures à l'Europe.

Pour revenir au thème de la sauvegarde des droits fondamentaux, l'importance institutionnelle de la jurisprudence de la Cour européenne augmente par rapport à la fixation des *standards* dans la vérification et définition du contenu de ces droits.

Il s'agit d'un aspect central du thème, avec des implications générales sur le droit de l'Union, et sur les éléments constitutionnels des Etats membres. Abstraitement, on peut poser le problème dans des différentes façons, qui vont de la revendication de *standards* rapportés aux formulations les plus avancées entre celles adoptées par le droit positif des Etats membres, jusqu'à la prétention de chaque Etat à la reconnaissance des propres *standards*.

La Cour adopte un critère intermédiaire, qu'apparemment s'inspire au choix de la modération: le *standard* est reconstruit selon une évaluation qui considère les différents régimes constitutionnels, en déduisant la version la plus convergente et équilibrée.

De cette façon, la Cour exerce avec une ampleur remarquable ses pouvoirs de réglementation de sa propre jurisprudence pour la sauvegarde des droits fondamentaux, parce qu'elle se réserve la détermination des *standards*, ce qui constitue une activité créatrice de normes. En force de cette réserve, la Cour participe à la formation d'un véritable espace juridique européen dans le délicat domaine des droits fondamentaux de l'individu.

8. La Constitution européenne: l'apparent et le substantiel d'une notion

Sur la base des prémisses sommaires que nous avons tracées, on peut maintenant aborder d'une façon plus précise l'objet de cette réflexion, le rôle de la Cour de justice dans la définition de la Constitution européenne.

Le thème suppose l'existence d'une Constitution européenne, bien que *in fieri*. Mais tout le monde sait que cette affirmation n'est pas pacifiquement admise: les doutes sont consistants et autorisés, et leurs racines sont plus solides que certains enthousiasmes. Et cependant, si les arguments qui soutiennent l'existence d'une Constitution ne sont pas définitifs, toutefois on ne peut pas accepter le parti contraire, fondé sur la conviction qu'il s'agit encore et seulement d'un ensemble de traités internationaux qui établissent des règles communes entre les Etats, toujours libres de rescinder les pactes et changer système de relations.

Comme souvent se passe, la raison ne se fait pas séduire facilement, ni par l'illusion de l'optimisme, ni par la myopie des apparences.

Le fait est que la situation n'est pas d'une façon, ni de l'autre. L'Union, comme nous avons souligné au commencement, est un *quid* atypique, qui se détache également de la configuration de entité entre états douée de personnalité de droit international et de celle de forme accomplie de confédération d'Etats.

La définition peut apparaître vague, si non défaitiste: mais le juriste est bien conscient que quand on force les termes de la réalité, surtout d'une réalité entièrement neuve, on ne parvient pas à la meilleure définition possible, mais à formules lointaines de la réalité qu'on voudrait définir, et donc à une non-définition.

D'ailleurs, l'histoire politique et l'histoire des institutions démontrent que les typologies des spécialistes s'occupent de systématiser ce que les données du devenir historique créent, et que la production d'institutions et régimes ne se réalise pas d'un coup, mais les formes se définissent pendant des temps parfois très étendus. Si nous voulons des exemples qui aient un rapport de similitude avec l'Union, non substantielle mais du point de vue du procès, nous pouvons penser au phénomène allemand, à partir de la stipulation du *Bundesakt* en 1815, jusqu'à la proclamation de l'Empire fédéral en 1871.

La réalité de l'Union avance dans l'acquisition de parties de souveraineté des Etats membres, et dans l'exercice des pouvoirs qu'en dérivent à travers ses organes et en tant que ses propres pouvoirs. Cela est incontestable par rapport à différents domaines, tous de prioritaire intérêt constitutionnel: de la production de normes primaires, de rang supérieur dans le système des sources des Etats membres, à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des Etats membres, à l'exercice des pouvoirs d'intervention dans la régulation de l'économie, de la production et de l'échange de biens et services, à l'unification des monnaies (dont le règlement est conféré à une autorité de l'Union), à la fixation des fondements des bilans intérieurs des Etats de l'Union. Et l'énumération pourrait continuer.

L'évocation de parties croissantes de souveraineté ne peut être niée, même quand, comme dans la Conférence de Nice, l'issue du sommet de l'Union et des ses Etats est très médiocre et décevante. Pour en douter, il faudrait accéder à des conceptions arriérées de la souveraineté des Etats, que personne aujourd'hui considère, même si la crise du concept de souveraineté est ouverte mais pas accomplie.

Il y a donc une partie de souveraineté de l'Union à laquelle ne peut que correspondre un régime certain et convenu dans le système des fonctions qu'y se fondent directement. A partir de cet élémentaire constat, peut-il dériver une réponse croyable à la question: existe une Constitution européenne?

9. Suite. Les caractères des éléments constitutionnels de l'Union

La réponse à la question concernant l'existence d'une Constitution de l'Union est négative, si on entend pour Constitution un document fondamental que réduit organiquement à système les principes normatifs du régime d'un Etat. Il n'y a pas un Etat de l'Union, il n'y a pas une Constitution, et il ne peut pas y être.

Toutefois, si on procède à partir de la définition de l'Union en tant qu'entité intermédiaire entre sujet entre états et Confédération d'Etats, qui participe de la nature de l'une et de l'autre dans ses facteurs constitutifs, et qui dispose d'un certain nombre de pouvoirs souverains, exercés à travers ses organes, alors non seulement on peut, mais on doit donner une réponse affirmative. Le document

n'existe pas, mais les éléments pour une effective Constitution sont posés, adressés à régler l'exercice de ces pouvoirs souverains.

Il est nécessaire en déterminer les caractères généraux, pour gagner quelques conclusions au sujet du rôle de la Cour de justice dans la formation des éléments pour une Constitution européenne.

Le premier caractère général réside dans l'inconsistance de la position du principe démocratique. On parle communément de «déficit» démocratique dans l'Union européenne, et c'est une affirmation à partager. Le seul organe de l'Union qui a fondement et principe constitutif est le Parlement européen, dont toutefois les pouvoirs ne sont pas décisifs: le Parlement est maintenant réduit à Chambre de réflexion, plutôt que de délibération politique et normative.

Le comité des ministres non plus peut combler ce déficit, parce que les représentants des Gouvernements des Etats membres agissent en qualité de composantes de l'organe collégial, qui est organe de l'Union, non en tant que représentation fiduciaire des Parlements nationaux (même en considérant que les Etats membres ne prévoient pas l'élection populaire des exécutifs).

Tous les autres organes dérivent de la nomination des Gouvernements des Etats membres, qui néanmoins ne disposent pas du pouvoir de révocation. Il en résulte qu'on ne peut pas parler, pour eux (de la Commission à la Banque Européenne), de responsabilité politique pour l'exercice des respectives fonctions.

Le *liberum vetum* qui règle toujours le processus d'adoption des délibérations les plus importantes de l'Union ne résout pas le nœud du déficit démocratique: plutôt, le serre encore plus, parce que exclut la représentation des intérêts de la base populaire de l'Union pour laisser place seulement aux intérêts des Gouvernements des Etats, c'est à dire aux intérêts nationaux proprement dits, et en plus ouvre un remarquable passage aux groupes de pression.

Le deuxième caractère général est l'inexistence de la moindre codification des éléments pour la Constitution européenne. Cette donnée se rapporte d'une façon structurale aux principes constructifs de ces éléments, et à la (lointaine) origine de l'Union dans des pactes, qu'on utilise encore, même à ce but (celui d'empêcher la codification). On peut prévoir que ce caractère sera durable, du moins jusqu'à l'événement d'une conclusion de type fédéral (s'elle sera telle) du processus évolutif de l'Union.

Il en résulte, en vertu d'une bizarre astuce de l'histoire, que le procédé envers une Constitution européenne prend les formes de

la tradition de la *common law* (tout à fait minoritaire dans le continent), et non l'autre de la codification, qui par contre appartient à tous les Etats membres, sauf le Royaume Uni.

Pour être exhaustifs, il faut souligner un autre caractère, qui ne concerne pas directement le thème de notre réflexion. Le déficit du point de vue démocratique dans les éléments constitutionnels de l'Union est tel qu'il produit un déficit du moins pareil dans le régime constitutionnel des différents Etats.

Nous avons déjà remarqué la fragilité du barrage opposé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne par rapport au soin de sauvegarde de l'immutabilité des principes de régime, en les mettant à l'abri de l'interférence des sources de l'Union: dans le domaine des rapports économiques et sociaux, cette fragilité est très prononcée. La figure de l'Etat interventionniste, par laquelle se produisent des importantes principes de régime, en premier lieu celui concernant l'égalité en sens matériel prévu par l'article 3, clef de voûte du système républicain, est mise à une dure épreuve par l'évolution du droit de l'Union.

Quel peuple, italien ou européen, a été appelé à se prononcer sur ça?

10. Réflexions conclusives. Les éléments pour la Constitution européenne et le rôle de la Cour de justice

Nous sommes maintenant dans la condition de fournir quelques contributions, tout à fait provisoires, à la spécification du rôle de la Cour de justice dans la formation des éléments pour une Constitution européenne, dont constituent une anticipation les réflexions formulées par rapport au pouvoir exclusif revendiqué pour l'interprétation authentique des normes des Traités, et celle relatives à la jurisprudence créatrice au sujet des *standards* dans la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

Une prémisse est due. Il y a une orientation qui ne reconnaît pas à la jurisprudence, en principe, la légitimation à créer droit dans des systèmes politiquement organisés: à cette opinion, on accède. Même quand il se réalise le gouvernement des juges, ou bien des formes moins extrêmes, la thèse n'est pas démentie.

En considérant avec soin les différentes espèces, on ne peut que reconnaître que soit il s'agit d'organes politiques qui attribuent ou permettent tacitement que soient attribués des pouvoirs politiques

et juridiques, soit on est en présence d'un agrandissement de l'*establishment* politique, dont une partie, légalement investie de la fonction juridictionnelle, détient la tâche d'exercer ses pouvoirs en vue des but communs de direction politique.

Cela dit, les caractères des éléments constitutionnels de l'Union, que nous avons rappelés, sont tel qu'ils autorisent des amples marges aux activités de la Cour européenne, organe de justice de l'Union, pour la formation des éléments constitutionnels de l'Union même.

La Cour peut contribuer concrètement à cette œuvre, parce qu'il n'y a pas un système organique, certain et écrit, définissable comme Charte constitutionnelle de l'Union, dans laquelle, en particulier, soit fixé le principe de la division des pouvoirs.

Le principes normatifs généraux, les éléments pour la Constitution européenne, dérivent de l'ensemble des sources que l'Union met à l'exécution à travers ses organes. Les principes se forment, et évoluent, avec l'accumulation de ces sources, alors que les Traités règlent essentiellement la discipline du déroulement pour la production des sources, la formation des organes de l'Union, et seulement dans un sens tout à fait général fixent le contenu des principes normatifs (même pas tous) que l'Union s'occupe de déterminer et définir concrètement.

Le déficit de démocratie de l'Union n'empêche pas le concours de la Cour européenne à la formation du droit. Comme démontre l'expérience, et elle ne craint pas les démentis des théoriciens, le pouvoir normatif de la juridiction rencontre sa principale limite, et son frein, dans les organes qui sont l'expression directe de la représentation politique, quand ils sont chargés d'une façon exclusive ou du moins principale du pouvoir normatif. A défaut de cela, limites et freins manquent et ne sont pas remplaçables.

Une apostille peut conclure ces sommaires considérations sur le rôle de la Cour dans la formation des éléments pour la Constitution européenne. Il peut apparaître une affirmation paradoxale, et contradictoire par rapport à ce qu'on a soutenu, mais c'est hors de doute: la Cour, dans la création de droit, déroule une fonction supplétoire et de corrective en sens proprement démocratique, vu que toute l'activité de direction de l'Union est confiée à des organes qui sont émanation d'exécutifs, gouvernements et majorités des Etats membres, et en même temps très perméables par rapport à la volonté des intérêts organisés.