

La normalité de la politique constitutionnelle

Analyse de la rédaction de la Charte européenne des droits fondamentaux *

Richard BELLAMY

Professeur à l'University College London (UCL)

Justus SCHÖNLAU

Chercheur associé au Centre for European Policy Studies, Bruxelles

RÉSUMÉ. — On oppose souvent politique constitutionnelle et politique normale, parce que la première implique des délibérations en matière de principes et débouche sur un consensus normatif, tandis que la seconde se caractérise par un marchandage intéressé et aboutit à un compromis. Nous critiquons cette position pour deux raisons. Nous soutenons d'abord que ce que Rawls a appelé les « fardeaux du jugement » signifie que, même sur les questions de principe, il peut exister quantité de points de vue raisonnables, tous n'étant pas totalement compatibles avec les autres. Nous considérons ensuite que le marchandage et les compromis propres à la politique normale subissent bien des attractions normatives et sont souvent fort bien adaptés pour résoudre des désaccords de principe. Nous illustrons notre position par un examen détaillé de la Convention qui a élaboré la Charte européenne des droits fondamentaux.

On considère souvent politique « constitutionnelle » et politique « normale » comme deux espèces d'un même genre ¹. Tandis que la seconde est censée se concentrer sur des considérations stratégiques, et sur la promotion, l'équilibre et le regroupement d'intérêts catégoriels, on tient la première pour plus noble. Elle consiste à délibérer au sujet du bien commun afin de parvenir à un *consensus* sur les principes nécessaires au témoignage d'un respect et d'une attention égaux pour tous ² et flirte donc avec le projet politique idéal d'un contrat originel entre citoyens libres et égaux. Pour les tenants de cette interprétation, si chacun est tenu de raisonner ouvertement et équitablement, sans être influencé par un intérêt purement privé, des préjugés ou tout autre motif de partialité injustifiable, les contractants convergeront vers une conception de la justice à la fois

* Traduit par Florence Barberousse et corrigé par Olivier Ruchet.

¹ Par ex. B. Ackerman, *We the People : Foundations*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1991, p. 3-33.

² Par ex. J. Elster, *Argomentare e negoziare*, Milan, Anabasi, 1996 ; J. Cohen, « Procedure and Substance in Deliberative Democracy, » in S. Benhabib, dir., *Democracy and Difference*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1996, p. 95-119.

juste et conforme à l'intérêt commun. À l'inverse, on accuse la politique normale de grenouiller dans les eaux de compromis mesquins, où des parties égoïstes négocient des gains personnels ou sectoriels et ne se montrent prêts à faire des concessions que lorsqu'elles sont à leur avantage³. Par conséquent, la politique constitutionnelle — et plus particulièrement son dérivé les droits constitutionnels — fournit les conditions préalables à la politique normale et peut légitimement en limiter l'expression⁴.

Nous contestons cette opposition et la relation qu'elle induit entre ces deux situations. Les politiques constitutionnelles sont habituellement liées à des « moments » dramatiques : guerre civile, révolution, défaite militaire ou autre désastre national ou événement important⁵. Il faut alors rebâtir les structures de la politique normale et normaliser les antagonismes des opposants. Des cas moins dramatiques, comme les trois réformes successives de la politique constitutionnelle au Canada depuis le milieu des années soixante, ont engendré des aspirations similaires — en clair, contribuer à déplacer l'antipathie envers le régime en place dans le pli de la politique normale. Nous soutenons que ce processus de normalisation se produit non pas parce que la politique constitutionnelle est en dehors de la politique normale et en diffère, mais au contraire parce qu'elle révèle que les conflits de principe s'inscrivent dans le processus politique normal. Les désaccords sur les principes constitutionnels sont en général fondés et raisonnables, ils sont partie prenante des divisions politiques normales, qu'ils reflètent. Par conséquent, il n'existe aucun *consensus* au-delà de ces discussions politiques. Il faut plutôt découvrir des mécanismes permettant aux gens de vivre avec leurs divergences. La politique constitutionnelle n'aboutit de la sorte pas à un accord par la conversion de quelques-uns ou de tous à un certain point de vue, mais plutôt par le biais d'un processus politique normal de concessions mutuelles permettant aux partis d'accepter des compromis où chacun admet le point de vue des autres sans nécessairement être d'accord avec eux. Comme c'est le cas pour la législation normale, ces accords ne sont pas nécessairement honteux⁶. Ils sont faits d'un mélange complexe de marchandages et d'arguments principiels rendant caduque toute tentative de distinguer entre politique normale et politique constitutionnelle associant la première exclusivement aux marchandages et la seconde aux principes. La politique *tout court* fait nécessairement appel aux deux, les combinant de diverses manières selon la nature du problème à traiter, et ce afin de parvenir à une solution acceptable par tous.

³ Par ex. J. Habermas, *Between Facts and Norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Polity, 1996, p. 127, 165-167, 181-183 (*Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, Nrf essais, 1997).

⁴ Par ex. R. Dworkin, *Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, Introduction.

⁵ Ackerman, *We the People*, p. 266-294.

⁶ Même si dans cet article nous pouvons seulement examiner la normalité de la politique constitutionnelle, nous aimerions aussi insister sur le fait que la politique législative normale possède beaucoup des qualités que certains réservent aux délibérations législatives anormales, voir J. Waldron sur *The Dignity of Legislation* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999). Nous aimerions néanmoins également souligner que, même en matière de principes, la politique ne peut être trop ambitieuse. Pour résoudre des désaccords sur les principes rétifs à tout consensus, il faut souvent utiliser toute une gamme de techniques de marchandage et de procédure.

Nous illustrerons cette thèse en procédant à une analyse détaillée des débats de la Convention qui a rédigé la Charte européenne des droits fondamentaux. La première partie étudie la nature des droits constitutionnels. Selon nous, puisque les droits font l'objet de désaccords raisonnables sur leur substance, leur portée et leur sphère, ainsi que sur les sujets auxquels ils s'appliquent et les façons dont ils sont spécifiés et garantis, la condition de raison publique censée caractériser la politique « constitutionnelle » n'est pas suffisante pour parvenir à un consensus. La seconde partie cherche à comprendre comment ces différences peuvent néanmoins être surmontées grâce à divers types de compromis politiques normaux. La troisième partie illustre ces différents éléments par le biais d'une analyse de la Convention. Nous concluons en suggérant que le succès de cette Convention, et d'autres avant elle, ne repose pas tant sur son caractère extraordinaire que sur sa normalité. En conséquence, il convient peut-être de traiter ses conclusions comme participant elles aussi de la politique normale, et de ce fait comme réformables par celle-ci, au lieu de leur conférer un statut supérieur comme en reçoivent habituellement les chartes et les autres accords résultant de ce type d'assemblées.

I. — DROITS ET CIRCONSTANCES DE LA POLITIQUE

Même s'il est généralement admis que les droits sont rendus nécessaires par les quantités limitées d'altruisme et de ressources que Rawls a décrits (après Hume) comme les « circonstances de la justice »⁷, les avis divergent souvent sur l'identité de ces droits, leur nature, leur étendue et leurs rapports entre eux. Le droit à la vie exclut-il l'avortement ; jusqu'à quel point le droit de propriété restreint-il les transferts sociaux ; quand, si cela doit être, la liberté de parole doit-elle céder au respect de la vie privée ? La liste des divisions potentielles sur le sens et l'application des droits paraît interminable. Cette situation difficile complique la mise en œuvre des droits constitutionnels. Si l'on a besoin des droits à cause des « circonstances de la justice », il semble qu'il faille les identifier et les interpréter selon ce que Jeremy Waldron, entre autres, a appelé les « circonstances de la politique » : c'est-à-dire dans une situation où l'on considère collectivement qu'un accord contraignant est indispensable, car on pâtirait de son absence, mais où opinions et intérêts divergent quant à son caractère, et où aucune solution ne peut être démontrée comme étant « la meilleure »⁸. De nombreux partisans des droits constitutionnels cherchent des réponses claires et stables, non sujettes à la discussion car fondées sur un *consensus* sur la justice. En tant que tels, ces réponses sont censées se situer au-delà de la politique et encadrer celle-ci de manière légitime. Néanmoins, si des désaccords raisonnables existent au sujet de la vérité et de la justice, ils rendent nécessaire une solution politique. Les droits constitutionnels ne sont pas

⁷ J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971), p. 126-130 (*Théorie de la justice*, Points Seuil, 1997).

⁸ J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 107-118 ; A. Weale, *Democracy*, Basingstoke, Macmillan, 1999, p. 8-13.

extérieurs à la politique, ni même prépolitiques, même si cela peut être en partie vrai ⁹. Ils sont le produit même du marchandage politique qu'ils sont censés encadrer.

On objecte parfois que de tels désaccords sur les droits ne naissent que de l'égoïsme, de l'ignorance ou de préjugés qui poussent les gens à tenter de perpétuer diverses sources d'injustice. C'est souvent le cas, qu'ils le fassent de manière consciente ou non. Pourtant, comme l'observe John Rawls, ces désaccords découlent aussi de ce qu'il nomme « le fardeau du jugement, ... les nombreux risques encourus par l'exercice correct (et consciencieux) de nos pouvoirs de raison et de jugement dans le cours ordinaire de la vie politique » ¹⁰. Rawls énumère les six facteurs « les plus évidents » (et dans son esprit les moins discutables) de désaccords de jugement entre personnes raisonnables : 1) la difficulté à identifier et à évaluer des données empiriques souvent complexes ; 2) un désaccord sur le poids respectif de plusieurs considérations, même s'il y a assentiment pour désigner celles qui sont pertinentes ; 3) l'imprécision et l'indétermination de nos concepts, qui les rendent sujets à arguties ; 4) la conséquence de la grande diversité d'expériences de vie, qui varient énormément dans les sociétés complexes, ce qui influe sur la manière dont les individus mesurent les données empiriques et sur le degré de leur adhésion à certaines valeurs morales et politiques ; 5) les différentes sortes de considérations normatives, chacune de force différente, pesant sur les deux versants d'une même question, ce qui rend problématique toute approche générale ; et 6) l'impossibilité pour n'importe quel système social et politique d'accommoder toutes les valeurs ¹¹.

Rawls indique que ces six facteurs rendent impossible l'organisation d'un règlement politique stable sur la base d'un *consensus* autour d'une conception globale du bien. Pourtant, comme l'ont noté nombre de commentateurs¹², ces facteurs rendent également improbable un *consensus* sur le droit. Prenons l'exemple des débats sur l'atteinte à la vie privée. Il est souvent difficile d'identifier ces atteintes, non seulement parce que les détails empiriques ne sont pas clairs, mais aussi (et surtout) parce que les gens n'ont pas la même opinion des limites du concept, identifient différemment l'intérêt commun et les situations dans lesquelles il prévaut sur le droit au respect de la vie privée, ont des conceptions différentes de la responsabilité personnelle, etc. Par conséquent, ils peuvent même ne pas s'accorder sur l'existence même d'un droit susceptible d'être enfreint. Les lois de nombreux pays diffèrent en effet sur ce point. Par exemple, la France et

⁹ *Entre faits et droits* de Habermas représente sans doute la tentative la plus sophistiquée de faire dériver le droit à partir de procédures démocratiques. Néanmoins, bien que l'on puisse considérer certains droits comme inhérents à la politique, comme le droit de vote, même ceux-là peuvent faire l'objet de désaccords raisonnables quant à leurs sujets et à la manière de les institutionnaliser ; pour une critique détaillée de cette thèse, cf. R. Bellamy *Liberalism and Pluralism : Towards a Politics of Compromise*, Londres, Routledge, 1999, ch. 7 ; Waldron, *Law and Disagreement*, ch. 13. Comme on va le voir, ces questions se sont posées à propos de la Convention. Cependant, tous les droits ne sont pas liés à des procédures politiques, même au sens large.

¹⁰ J. Rawls, *Political Liberalism*, Chicago, Chicago University Press, 1993, p. 55-56 (*Libéralisme politique*, trad. de l'américain par Catherine Audard, PUF Quadrige, 2001).

¹¹ *Ibid.*, p. 56-57.

¹² Par ex. B. Bower, « The Limits of Public Reason », *Journal of Philosophy* 91, 1994, p. 21.

l'Allemagne protègent davantage la vie privée des personnes publiques que la Grande-Bretagne ou les USA.

Ainsi, les droits semblent soumis à un grand nombre des divisions qui animent le débat politique plus général. Ces désaccords vont jusqu'au concept même de droit. Par exemple, les approches en termes de « choix » ou de « bénéfiques » produisent des versions très différentes de la nature des droits et ce débat théorique reflète bien des discussions politiques au sein de la population, telles celles qui existent entre les libertariens et ceux qui défendent le principe de l'État providence. De manière générale, on peut dire que des désaccords peuvent naître sur :

- la *substance* des droits : de quels droits nous disposons et pourquoi ;
- les *sujets* des droits : qui peut en bénéficier ;
- la *sphère* des droits : dans quel cadre ils s'appliquent — seulement à la sphère publique ou également aux associations privées ;
- l'*étendue* des droits : comment ils s'articulent avec les autres droits et valeurs ;
- l'*ancrage* et la *spécification* des droits : le type d'intervention politique ou judiciaire et l'ensemble précis de prérogatives nécessaires à leur protection, dans les cas généraux comme particuliers.

Bien qu'analytiquement distinctes, ces dimensions sont liées, de sorte que l'interprétation que l'on donne de l'une se répercutera sur la façon dont on conçoit toutes les autres¹³.

Dans une certaine mesure, on peut dire que ces six dimensions du droit dessinent les contours du politique. Une conception donnée des droits identifiera, explicitement ou implicitement, certains types d'agents et de groupes d'individus comme citoyens et décrira la sphère publique d'une manière particulière. Ainsi, les libertariens moraux et économiques auront probablement une vision plus étroite de l'étendue légitime de l'activité politique que les sociaux-démocrates, même si, à d'autres égards ils peuvent accepter d'étendre la citoyenneté à l'intérieur de ce cadre fortement circonscrit à un groupe plus large d'individus. Les débats à propos des droits, dans la mesure où ils portent sur la constitution même du politique, pourraient alors être décrits comme une forme de politique « constitutionnelle ». Pourtant, comme le montre l'exemple ci-dessus, ces débats sont également étroitement liés aux questions pertinentes dans le cadre de la politique « normale », quotidienne. À un degré plus ou moins grand, la plupart des politiques mises en œuvre impliquent la prise en compte d'une ou plusieurs dimensions des droits, et cette posture reflétera la position idéologique, les intérêts et les expériences des individus concernés. En d'autres termes, les divisions courantes au sein de la politique « normale », qui font que conservateurs et sociaux-démocrates s'affrontent sur l'éducation, la santé, l'immigration etc., reflètent un certain nombre des désaccords raisonnables que l'on peut identifier à propos des droits. En effet, ces désaccords informent les débats sur les politiques à mener. Par conséquent, les formes de politique

¹³ Pour une analyse complète des discussions sur ces dimensions des droits, voir R. Bellamy, « Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights : Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act, » in T. Campbell, K.D. Ewing, and A. Tomkins, eds., *Sceptical Essays on Human Rights* (Oxford : Oxford University Press, 2001), sp. p. 17-21.

« normale » et « constitutionnelle » sont étroitement liées. Un accord constitutionnel aura tendance à refléter ce qui pouvait « normalement » être accepté au moment où il a été élaboré. En tant que tel, il sera probablement remis en question et réinterprété ultérieurement avec l'évolution de la politique normale. Il ne faut ainsi pas s'étonner du fait que les stratégies et les divisions normales pénètrent la politique constitutionnelle, ou que la politique normale se révèle plus utile que beaucoup l'auraient cru pour résoudre les questions constitutionnelles. En effet la raison d'être de la politique constitutionnelle pourrait bien être d'apprécier la normalité de ces divisions et la nécessité de vivre avec.

II. LA POLITIQUE DU COMPROMIS

En cas de désaccord raisonnable, la délibération n'aboutira pas au *consensus*. L'argument le meilleur, celui que personne ne peut raisonnablement rejeter, n'existe pas, pas plus qu'une raison obligeant quiconque à changer de position pour adopter celle d'un autre. Nous suggérons que, pour sortir de cette impasse, il faut oublier le *consensus* au profit de l'acceptabilité mutuelle et déployer l'art du compromis pour arriver à un accord¹⁴. Un compromis est généralement défini comme le produit de marchandages peu glorieux fondés sur l'intérêt. Au contraire, nous soutenons que le compromis reflète la volonté d'« écouter les autres points de vue » en reconnaissant leur caractère raisonnable, sans nécessairement remettre en cause sa propre position, et d'engager un dialogue sur les revendications des autres, qui souvent sont contradictoires avec les nôtres.

On peut schématiquement distinguer trois types de compromis, la version adoptée dépendant des propriétés des partis en présence et des différences qui les opposent. Le premier type recherche un compromis direct entre les divers points de vue. Le *marchandage* constitue ici l'une des méthodes les plus courantes ; il apparaît avec ce qu'Albert Hirschman a nommé les conflits de type « plus ou moins »¹⁵. Ici, soit les protagonistes débattent d'un même bien sur le sens duquel ils s'accordent, soit ils parviennent à traduire leurs diverses revendications sous la forme d'un étalon commun — habituellement l'argent. Ainsi, lorsque des travailleurs émettent des revendications salariales ou que des acheteurs potentiels débattent du prix de leurs futures maisons, ils peuvent certes avoir à l'esprit autre chose que l'argent — comme la nécessité de travailler tard ou la proximité d'une voie de chemin de fer dans ces deux exemples —, mais ils peuvent néanmoins mettre un prix sur leurs préoccupations, ce qui permet aux partis d'arriver à un accord acceptable par tous. Tous les conflits ne peuvent néanmoins pas être résolus aussi facilement, car les différentes positions sont souvent incompatibles les unes avec les autres ou incommensurables. Il faut alors concevoir des compromis plus complexes. Un style de marchandage plus sophistiqué implique un *marchandage* (trading) à avantage mutuel, où chacun obtient une partie, sinon la totalité, ce qu'il réclame. Par exemple, la plupart des partis politiques doivent pratiquer une

¹⁴ Cette partie résume Bellamy, *Liberalism and Pluralism*, ch. 4. Voir aussi M. Benjamin, *Splitting the Difference : Compromise and Integrity in Ethics and Politics*, Lawrence, University Press of Kansas, 1990.

¹⁵ Albert Hirschman, « Social Conflict as Pillars of Democratic Market Society, » *Political Theory* 22, 1994, p. 203-218.

certaine mesure de « renvoi d'ascenseur » pour gagner les élections. Ce procédé rassemble en un parti unique des groupes différents qui peuvent être en désaccord sur un certain nombre de points, sans pour autant défendre les mêmes priorités. Si par exemple trois groupes sont divisés au sujet de l'arme nucléaire, de l'aide au développement et de l'impôt proportionnel, et si chacun estime que l'un des trois thèmes est plus important que les deux autres, ils pourront éventuellement parvenir à un accord d'ensemble, chacun obtenant satisfaction sur le point qu'il privilégie et acceptant des solutions qui ne lui conviennent pas dans les domaines qui sont moins importants pour lui. Évidemment, on aboutit parfois à un programme trop contradictoire pour être défendable ou attrayant. Il vaut alors mieux que les groupes se replient sur un *second best*. Certains conflits semblent insolubles au niveau des principes abstraits mais peuvent être résolus en *négociant* sur les détails — ce qui passe parfois pour une impasse entre positions incompatibles peut s'avérer n'être que le produit d'un manque de clarification des différents points de vue. Une description en profondeur peut aider à éclairer l'importance relative de chaque revendication. Chaque parti peut admettre que la situation implique des arguments de force différente ou procédant de considérations différentes. On peut aussi tenter de raisonner de manière casuistique et par analogie avec des cas où un accord a été trouvé dans les situations où l'on semble être dans l'impasse. Les juges en appellent souvent de la sorte aux précédents¹⁶.

Le second type de compromis consiste à contourner le point d'achoppement. Les gens ont ainsi souvent recours à l'élagage (*trimming*) pour éviter les questions qui fâchent et cherchent soit à construire un accord sur d'autres bases, soit à évacuer ces questions purement et simplement. Cette technique rappelle celle des voisins de confessions différentes qui évitent de discuter religion afin de rester suffisamment amis pour s'entendre pour déposer leurs enfants à l'école. C'est celle qu'utilise partiellement Rawls lorsqu'il estime préférable d'éviter les théories morales « globalisantes » en politique¹⁷, et que l'on retrouve dans les constitutions avec les « *gag-rules* » (contraintes du baillon)¹⁸. Dans cette perspective, on peut considérer la décision même d'avoir une Déclaration des droits comme un compromis visant à retirer de l'agenda politique certaines questions qui sèment la discorde. La *ségrégation* constitue une variante de cette technique. Il s'agit là de tenter de contenir les questions épineuses ou les oppositions entre groupes en les plaçant dans des sphères différentes. L'octroi aux minorités ethniques ou nationales de formes limitées d'auto-gouvernement et de démocratie consociationale, fournit un exemple d'une telle approche.

La troisième forme de compromis a recours à un mécanisme procédural pour faire sauter le verrou du désaccord. L'arbitrage par un tiers est ici un instrument courant : faire confiance à un arbitre pour peser le pour et le contre de façon impartiale suivant un ensemble de règles établies. Le vote à la majorité en est un autre exemple. Dans ce cas,

¹⁶ C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford university Press, 1996.

¹⁷ Rawls, *Political Liberalism*, xvii, p. 141-4.

¹⁸ S. Holmes, « Gag Rules or the Politics of Omission, » in J. Elster and R. Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 19-58 ; Rawls, *Political Liberalism*, 151 n. 16.

les adversaires s'accordent sur une procédure qu'ils acceptent comme juste, même s'ils continuent à réfuter les mérites de la décision qui est prise. De telles méthodes semblent justifiées dès qu'un accord sur la substance paraît improbable en raison de contraintes de temps ou du caractère des divergences entre les parties.

Ces trois sortes de compromis, avec leurs variantes, sont des techniques politiques courantes et fréquemment combinées les unes avec les autres. Chacune a ses propres mérites et ses limites, qui varient selon le problème et les perspectives des individus concernés. Prenons l'éducation religieuse dans une société multiculturelle. Le marchandage peut aboutir à des solutions œcuméniques ou à des concessions dans d'autres domaines que certains groupes religieux considèrent importants, tels que des droits spéciaux comme l'exemption dont bénéficient les Sikhs en Grande-Bretagne de porter un casque en moto. Il peut autrement être préférable d'élaguer ou de s'entendre sur une solution de second rang selon laquelle l'école sera strictement laïque. Les sociétés profondément divisées selon des frontières religieuses ont souvent adopté diverses formes de ségrégation, comme le consociationalisme¹⁹. Un groupe minoritaire engage parfois une négociation afin d'être accepté. Ainsi les musulmans anglais ont-ils souligné les analogies entre leurs pratiques et celles admises chez les chrétiens ou les libéraux, afin de faire reconnaître comme légitimes et de faire mieux comprendre certaines de leurs revendications²⁰.

Si l'idéal du *consensus* est que la politique constitutionnelle agisse comme un entonnoir pour conduire à un accord sur un arrangement idéalement juste, le besoin de compromis agit simplement comme un filtre, rejetant les positions les plus ouvertement injustes et intéressées qui traitent autrui sans respect ni prévenance. De plus, tandis que le *consensus* aspire à dépasser les divisions politiques normales, les compromis reflètent nécessairement ces dernières. Ils changent suivant le contexte et évoluent au gré des circonstances et des opinions. Ainsi, si c'est le compromis plutôt que le *consensus* qui doit constituer le but de la politique constitutionnelle, il tiendra de la politique normale non seulement dans ses procédures mais aussi dans ses décisions. En effet, celles-ci refléteront les différences en vigueur.

On pourra objecter qu'un compromis n'est équitable que si le pouvoir relatif des parties est réparti de façon à ce que chacun puisse être entendu et qu'aucun n'ait la possibilité d'obtenir par la force des concessions visant à satisfaire des revendications perverses ou injustes. En fait, le compromis partage la préoccupation pour l'égalité politique qui anime la démocratie. En d'autres termes, il « impose l'idée que l'on doit reconnaître chaque personne avec laquelle on communique comme susceptible de produire des arguments et de fournir des informations raisonnables »²¹. Il est de ce fait vital que les différents points de vue soient équitablement représentés dans le processus de prise de décision. L'un des avantages de la politique constitutionnelle sur la politique normale est que c'est peut-être pour elle plus facilement le cas. Comme nous le verrons avec l'exemple de la Convention, divers points de vue tendent à être représentés de sorte que même ceux qui sont minoritaires peuvent être entendus, tandis que le caractère public

¹⁹ A. Lijphard, *The Politics of Accommodation : Pluralism and Democracy in the Netherlands*, Berkeley, University of California Press, 1968.

²⁰ T. Modood, « Kymlicka on British Muslims », *Analyse und Kritik* 15, 1993, p. 87-91.

²¹ Weale, *Democracy*, p. 57.

des débats et la nécessité de converger vers une quasi unanimité encouragent les participants, pour plaider leur cause, à faire appel à des arguments partagés plutôt qu'à d'autres relevant de préjugés ou d'intérêts particuliers. Néanmoins, ici encore la différence entre politique constitutionnelle et normale est en grande partie affaire de degré plutôt que de genre. La plupart des systèmes politiques cherchent à permettre une prise de décision équitable et raisonnable en adoptant un système électoral proportionnel adéquat, en découpant les circonscriptions de certaines manières, en divisant le pouvoir législatif, etc.²².

À ce propos, la critique du majoritarisme, l'objection la plus répandue faite à la politique normale, doit elle-même être qualifiée. Insister sur l'unanimité peut donner à de petits groupes un droit de *veto* effectif sur des décisions, aboutissant à une tyrannie de la minorité — crainte que certains, nous le verrons, ont soulevée lors de la Convention. Au contraire, le vote majoritaire peut être la procédure décisionnaire la plus équitable, comme May l'a montré²³, et, comme l'a dit Condorcet²⁴, elle a plus de chances d'être correcte que le jugement individuel. Évidemment il faut, pour parvenir à ces deux résultats, des conditions idéales que l'on rencontre rarement en pratique²⁵. Cependant, pour cette raison, le majoritarisme strict est rare dans les systèmes politiques existants. La plupart des législatures sont élues par des systèmes aboutissant à la création de partis multiples et d'un degré de représentativité qui rend nécessaire la formation de coalitions²⁶. Comme les pluralistes l'ont souligné depuis longtemps, même à l'intérieur des partis dominants, les majorités se construisent à partir de minorités. Les majorités législatives représentent souvent en réalité des super-majorités de la population dans son ensemble, et reflètent un large spectre de l'opinion publique. Les structures de la politique constitutionnelle sont ainsi plus proches de celles de la politique normale que l'on ne l'admet parfois.

III. — COMPROMIS SUR LES DROITS : ANALYSE DE LA CONVENTION

Nous avons soutenu que la politique constitutionnelle soulève des désaccords politiques normaux et doit donc, pour les dépasser, adopter les procédures de la politique normale, en affinant toutefois certaines de ses structures pour y parvenir. Cette partie consiste en une étude de cas ; elle montre comment la Convention qui a rédigé la Charte

²² Sur les diverses formes de représentation permettant aux minorités d'atteindre un seuil suffisant pour faire entendre leur voix, voir A. Phillips, *The Politics of Presence*, Oxford : Oxford University Press, 1995.

²³ K. May, « A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision », *Econometrica* 10, 1952, p. 680-684.

²⁴ Marquis de Condorcet, « Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making » in K.M. Baker, dir., *Condorcet : Selected Writings*, Indianapolis : Bobbs Merrill, 1976 [*Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix* (1785)].

²⁵ R.A. Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 144-150, 160-162.

²⁶ L'analyse par Lijphart de 21 démocraties stables a révélé que seulement 6 sont conformes à ce schéma ; voir A. Lijphart, *Democracies*, New Haven, Yale University Press, 1984 et la remarque de Dahl dans *Democracy and its Critics*, p. 156-160.

des droits fondamentaux a eu recours à la politique de compromis. La décision de rédiger la Charte a été prise pendant la présidence allemande de l'Union européenne, en 1999, et a reflété une sensibilité accrue aux problèmes de droits dans l'Union²⁷. Cette préoccupation avait de nombreuses sources — les vieilles querelles entre la Cour Européenne de Justice (CJCE) et les cours constitutionnelles des États membres²⁸, la volonté de faire respecter les standards des droits de l'homme face à la montée des partis d'extrême droite et au futur élargissement de l'Union européenne aux nouvelles démocraties de l'Europe du Centre et de l'Est²⁹, et l'idée que la promotion des droits démontrerait l'engagement européen en faveur des principes essentiels de bonne gouvernance³⁰.

Quand bien même ces différents éléments ne constituaient pas le cadre d'un moment constitutionnel d'une envergure exceptionnelle, ils participaient néanmoins d'un sentiment largement répandu selon lequel l'Union Européenne était confrontée à une crise de légitimité entravant sa capacité à répondre aux défis posés par l'approfondissement et la solidification de l'Union Européenne à la suite du passage à l'Euro et de l'élargissement. Néanmoins, comme d'autres tentatives de l'UE de renforcer sa légitimité, la Charte a à l'origine été conçue pour répondre à de prétendues faiblesses au niveau de la perception populaire plutôt que de la politique suivie³¹. Comme l'ont clairement indiqué les conclusions du sommet du Conseil européen de Cologne de juin 1999 à l'origine de l'initiative, la Charte s'adressait aux citoyens européens plutôt qu'au personnel et aux institutions de l'Union. Son but était d'ancrer l'« obligation... de respecter les droits fondamentaux », telle que « confirmée et définie par la jurisprudence de la Cour de Justice », « de manière visible pour les citoyens de l'Union »³². En conséquence, les rédacteurs ont été orientés vers les sources que la CJCE utilisait alors pour se prononcer sur les droits, en particulier les soi-disant « traditions constitutionnelles communes » des États membres, la Convention européenne, la Charte sociale européenne et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Le caractère légalement contraignant (ou non) de la Charte devenait une question ouverte³³.

²⁷ G. de Búrca, « The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights », *European Law Review* 26 (2001), p. 128-131.

²⁸ Voir J.H.H. Weiler, « The Reform of European Constitutionalism », *Journal of Common Market Studies* 35 (1997), p. 97-131.

²⁹ Michael Merlingen, Cas Mudde et Ulrich Sedelmeier, « The Right and the Righteous ? European Norms, Domestic Politics and the Sanctions against Austria », *Journal of Common Market Studies* 39 (2001), p. 59-77.

³⁰ Commission européenne, « White Paper on Good Governance », COM (2001) 428, Bruxelles 2001.

³¹ En 1998 et 1999, des rapports ont proposé d'améliorer l'attention portée aux droits en créant une direction spécifique pour les droits de l'homme et en adhérant formellement à la Convention européenne sur les droits de l'homme (CEDH) ; Parlement européen « Leading by Example – A Human Rights Agenda for the European Union in the Year 2000 », (Rapport Lalumière), Bruxelles, 1998 ; Philip Alston et J.H.H. Weiler, eds., *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Aucune des propositions n'a cependant reçu de soutien politique.

³² Conclusions du sommet du Conseil européen de Cologne, 3- 4.06.1999, Annexe IV.

³³ Conclusions du sommet du Conseil européen de Cologne, 3-4.06.1999.

Tenter ainsi de limiter les corps constituants est assez courant³⁴. Les autorités établies voient rarement d'un bon œil la possible remise en cause de leurs pouvoirs. Néanmoins, comme la plupart des assemblées constituantes précédentes, la Convention a refusé de se laisser lier par des autorités supérieures³⁵. L'adoption même du terme de Convention pour se décrire, alors que les documents officiels ne mentionnaient qu'un simple « corps », était une déclaration d'intention, celle de rédiger un document fondateur plutôt que de reprendre et d'enjoliver des prérogatives existantes, même si sa portée demeura un point de discorde tout au long des débats. Entre-temps, le statut du document fut joliment enterré par la décision du Président de la Convention de rédiger la Charte « comme si » elle devait devenir légalement contraignante³⁶. Même si cette option fut elle aussi contestée, elle amena néanmoins les participants à prendre la chose suffisamment au sérieux pour éviter qu'elle ne devienne la simple liste des revendications des différents groupes en présence, sort qui menace les déclarations internationales en l'absence de soutien ou d'engagement des gouvernements.

La Convention était aussi conforme que possible aux conditions idéales de délibération démocratique³⁷. Sa taille était optimale : avec 62 membres, elle n'était pas assez grande pour favoriser les talents oratoires au détriment de l'argumentation, ou permettre aux intervenants les plus doués en rhétorique de prendre le dessus. Tous les membres pouvaient au contraire prendre part à la discussion. Même si l'électorat fut peu consulté directement lors des délibérations ou de la rédaction des conclusions, la Convention était plus représentative qu'à l'accoutumée de l'opinion publique européenne quant au spectre des idéologies et des intérêts qu'elle incluait et qu'elle consultait. Comme la prise de décision au niveau européen plus généralement, la Convention comptait en son sein des représentants nationaux, transnationaux et supranationaux, et consulta parallèlement des groupes sous-nationaux, de manière formelle et informelle³⁸. Par contre, les parlementaires des assemblées nationales et européennes se trouvaient représentés d'une manière inhabituellement élevée, avec respectivement 30 représentants (deux par État, en général un pour le parti majoritaire et un pour l'opposition) et 16, sur les 62 que comportait la Convention, tandis que les gouvernements des États membres et la Commission n'avaient chacun qu'un seul représentant, soit 16 en tout. Il n'y avait néanmoins que 16 % de femmes parmi les représentants, et tous étaient blancs. Deux représentants du Conseil de l'Europe et deux de la CJCE avaient le statut d'observateurs et le Conseil européen avait indiqué que d'autres organes européens, comme le

³⁴ J. Elster, « Deliberation and Constitution Making, » in J. Elster, dir., *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 99.

³⁵ *Ibid.*, p. 105-107.

³⁶ Roman Herzog a proposé cette idée dans le document de la Convention « Body 3 » du 20 janvier 2000.

³⁷ La discussion qui suit utilise les critères élaborés par Elster à partir de son analyse des conventions de Philadelphie, Paris et Francfort dans « Deliberation and Constitution Making » p. 107, 117. Pour une évaluation similaire, voir de Búrca, « The Drafting of the European Union Charter, » p. 131-134.

³⁸ Les régions jouissant parfois d'une certaine indépendance constitutionnelle, elles furent peu impliquées — la seule exigence formelle étant de consulter le Comité des Régions (Conclusions du Conseil Tampere 15-16 octobre 1999, Annexe A iv). Cependant, là où, comme en Allemagne, la seconde chambre est fédérale, les délégations parlementaires nationales comprenaient un représentant régional.

Médiateur, le Comité des Régions et le Comité économique et social seraient invités à présenter leurs points de vue et qu'« un échange approprié » serait recherché avec les pays candidats à l'adhésion³⁹. De plus, la Convention était encouragée, mais non obligée, à inviter d'« autres corps, groupes sociaux, ou experts » à donner leur opinion⁴⁰. Même si la plupart des membres de la Convention appartenaient à des organes potentiellement affectés par la Charte, ils n'ont en général pas conçu un intérêt particulier à la défense de ces organes : il s'agissait en général soit de personnages hauts placés proches de la retraite, soit de politiciens de second rang ayant peu de chances d'obtenir un poste important soit, dans le cas de certains représentants gouvernementaux, d'universitaires ou de juristes relativement indépendants.

Le Conseil européen avait précisé que les débats et les audiences ainsi que les documents soumis devaient être publics, et un site internet spécifique facilita le suivi du déroulement des opérations et permit à tout individu ou groupe intéressé de faire des propositions. La plupart des débats eurent lieu en séances plénières, ouvertes au public. Le déroulement fut donc suffisamment ouvert pour assurer la transparence et contraindre les participants, quand bien même de façon hypocrite, à employer le langage de la raison impartiale plutôt que celui des intérêts particuliers. Les réunions ne furent pas l'objet d'une trop importante publicité, afin d'éviter effets de manche et surenchères destinés à séduire ou amadouer des groupes extérieurs à la Convention. De plus, si un secret complet encourage les marchandages, un secret partiel peut permettre une discussion franche et libre. Le Praesidium a sur ce point joué un rôle déterminant, en se réunissant à huis clos et en déposant auprès de la Convention des avant-projets à amender ou à accepter. Il était composé d'un président, Roman Herzog — ancien président de la République fédérale d'Allemagne et de sa Cour constitutionnelle fédérale, choisi par la Convention — et de trois vice-présidents désignés respectivement par les parlementaires nationaux, les parlementaires européens et les représentants des gouvernements (qui étaient représentés par le délégué de l'État occupant à ce moment-là la présidence tournante de l'Union). Le Praesidium a agi comme un arbitre extérieur, et a rendu possibles des compromis que les positions antagoniques publiquement soutenues par les participants empêchaient de voir le jour directement.

Enfin, la Convention avait tout intérêt à parvenir à un résultat mutuellement acceptable. Le Conseil avait ordonné que le texte du projet de Charte soit soumis à approbation « lorsque le président [...] estimera que le texte du projet de Charte est susceptible de recevoir l'approbation de toutes les parties »⁴¹. Le président de la Convention, Roman Herzog, interpréta cette instruction comme signifiant qu'il fallait éviter les votes sur des propositions individuelles et que la prise de décision devait être aussi consensuelle que possible. Cette interprétation fut assez controversée, certains l'interprétant comme dissimulant de véritables divisions alors que d'autres pensèrent

³⁹ Conclusions du Conseil européen de Cologne 3-4 juin 1999, Annexe IV.

⁴⁰ *Ibid.*, élaboré plus avant in Conclusions du Conseil européen de Tampere 15-16 octobre 1999, Annexe.

⁴¹ Conclusions du Conseil européen de Tampere 15-16 octobre 1999, Annexe.

qu'elle concédait trop de pouvoir aux opinions minoritaires⁴². Finalement, le projet définitif fut adopté par un « *consensus* moins deux voix » à l'assemblée plénière⁴³.

Pourtant, en dépit de ces conditions discursives quasi optimales, ce *consensus* constitutionnel apparent n'était en fait qu'une série de compromis normaux, relevant moins d'un accord normatif que d'une acceptation mutuelle. Les débats de la Convention révèlent des clivages dans les six dimensions du droit identifiées plus haut. Un désaccord profond existait quant à la définition de la sphère légitime de l'activité de l'Union. Certains, comme le représentant du gouvernement britannique Lord Peter Goldsmith, soutenaient que « la tâche de cette Convention est de rendre plus visibles les droits existant au niveau de l'Union européenne »⁴⁴. Ils souhaitaient restreindre la Charte aux droits dérivant des sources auxquelles le Conseil avait explicitement fait référence. D'autres, comme le délégué du gouvernement italien, Stefano Rodotà, pensaient que la Charte devrait dépasser la CEDH et donner « de la substance à la citoyenneté européenne »⁴⁵. Ils désiraient rédiger un document neuf et à la portée plus vaste, s'étendant à des sujets laissés de côté par les instruments précédents, comme la biotechnologie – un document qui pourrait éventuellement poser les premières pierres d'un futur État fédéral européen. Par conséquent, le débat sur la portée de l'Union recoupait partiellement les différences philosophiques et idéologiques habituelles concernant la substance du droit. Certains voulaient y inclure les droits sociaux, alors que d'autres considéraient ces derniers comme des choix politiques dépendant d'un cadre défini par des droits civils et politiques, avec lesquels ils doivent demeurer compatibles. Ce débat donna aussi lieu à des querelles pour savoir si tous les droits, seulement certains, ou aucun d'entre eux, devraient être étendus à des sujets autres que les citoyens de l'Union (un statut actuellement limité aux nationaux des États membres). Certains considéraient que les droits fondamentaux concernaient logiquement tous les êtres humains, alors que pour d'autres ils relevaient des attributs de la citoyenneté. Certaines définitions de la nature du droit tendirent aussi à créer une divergence sur la portée des différentes catégories. Comme de bien entendu, les partis conservateurs eurent tendance à favoriser les droits basés sur le marché et sur l'encadrement de la procédure pénale afin de garantir une égalité formelle, tandis que les sociaux-démocrates souhaitaient placer les

⁴² Pour une critique, voir Johannes Voggenhuber « Die Wahrheit ist bloß eine Behauptung, » in Sylvia Kaufmann, dir., *Die Grundrechtecharta der Europäischen Union*, Bonn, Europa-Union Verlag, 2001. Une tentative du président Méndez de Vigo de mettre une proposition du Praesidium aux voix faillit provoquer la sortie d'un grand nombre de membres de la Convention qui protestèrent que les votes n'étaient pas autorisés selon les mandats de Cologne/Tampere (débats sur le document Conv 36/00 du 6 juin 2000, tels que résumés in Deutscher Bundestag, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Berlin, 2001, p. 285).

⁴³ La dernière assemblée plénière de la Convention eut lieu le 2 octobre 2000, et le président de la Convention déclara atteint le « *consensus* de la convention sur l'avant-projet de Charte des droits fondamentaux » sous les applaudissements de tous les délégués sauf deux.

⁴⁴ Lord Peter Goldsmith dans un interview du 17 juillet 2000 et sa « Consolidation of Fundamental Rights at EU-level – the British Perspective, » in K. Feus, dir., *The EU Charter of Fundamental Rights*, London Federal Trust, 2000. Les citations de l'interview sont tirées de Justus Schönlaue, « The EU Charter of Fundamental Rights : Legitimation through Deliberation », PhD-thesis, University of Reading, 2001.

⁴⁵ Stefano Rodotà, interview du 4 avril 2000.

droits sociaux à hauteur des droits civils et politiques traditionnels, de manière à garantir à tous le même accès à ces derniers. Ces différences informaient aussi les grandes divisions sur le statut de la Charte et sur la nécessité, ou non, d'en garantir la portée. Certains insistaient pour que la Charte soit légalement contraignante, et d'autres avançaient que les conclusions de Cologne avaient clairement établi qu'elle ne devait être que déclaratoire. Naturellement, tous ces éléments ont eu un impact sur la manière dont les différents droits ont été définis.

Fait révélateur, la Convention ne s'est pas scindée en deux groupes distincts, minimalistes contre maximalistes, avec des débats si polarisés entre eux qu'un compromis serait devenu difficile. Dans la mesure où un maximaliste en matière de substance peut avoir une conception minimaliste des sujets ou des domaines à inclure, il y eut des divisions transversales. Les groupes en accord en en désaccord sur un point différaient de ceux qui s'accordaient ou s'opposaient sur un autre. La position maximaliste n'était pas non plus toujours la plus juste, les dénigrements à son encontre étant motivés par des intérêts nationaux ou sectoriels plutôt que par des questions de principe. Dans une large mesure, les désaccords se situaient dans le contexte d'un accord général sur l'importance des droits. Tous les États membres sont signataires de la CEDH, et de bien d'autres instruments internationaux, et possèdent tous une déclaration de droits d'une forme ou d'une autre au niveau national. Même si des intérêts particuliers ont pu être à l'origine de certaines discussions, ceci valait aussi bien pour les positions maximalistes que minimalistes. Pourtant, la plupart des divisions reflétaient, à un degré certes moins élaboré, les débats du monde universitaire entre cosmopolites et communautariens libéral-nationalistes, entre kantien et utilitaristes, entre théoriciens des choix et des bénéfiques, etc. En d'autres termes, il s'agissait de distinctions fondées sur la nature des droits plutôt qu'entre partisans et opposants aux droits.

La solution à ces querelles repose sur les types de compromis décrits ci-dessus. Les formes de marchandage se limitant à couper la poire en deux se sont révélées remarquablement efficaces. Par exemple, un compromis a été trouvé dans le débat entre partisans et opposants aux droits des travailleurs, par lequel la proposition d'un « droit au travail », au sens d'un droit à obtenir un emploi, s'est trouvée modifiée en une « liberté de chercher un emploi, de travailler » (art. 15) de consonance beaucoup plus libérale. Dans ce domaine, d'autres compromis ont fait intervenir le troc, chacun obtenant dans l'accord final une partie de ce qu'il voulait. Ainsi, un accord a été trouvé par lequel l'article 29 prévoit l'établissement d'un droit d'accès gratuit aux services de placement, en échange d'un droit relativement ouvert pour toute personne « de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer » et de la reconnaissance de la « liberté d'entreprise » (respectivement art. 17 et 16)⁴⁶. Une part de la polémique autour des droits sociaux était liée aux nombreux aspects de politique sociale qui ne relevaient pas de la compétence de l'Union⁴⁷. Par conséquent,

⁴⁶ Ce « troc », expliqué ci-dessous, a été mené à bien par Iñigo Méndez de Vigo dans la délégation du Parlement européen entre socialistes and sociaux-démocrates, d'une part et conservateurs et démocrates chrétiens, de l'autre.

⁴⁷ Voir les débats de la Convention du 3 avril 2000 tels que résumés in *Deutscher Bundestag, Die Charta*, p. 253-254. Le mandat de Cologne avait établi que les droits sociaux figurant dans des documents tels que la Charte sociale européenne ne devaient être inclus que « dans

même parmi ceux qui défendaient l'idée de droits sociaux, certains ne réclamaient pas leur inclusion dans la Charte, car ils ne souhaitaient pas élargir la sphère de compétence de l'Union. Ici encore le troc a permis de sortir de l'impasse, les articles 51 et 52 représentant un compromis du même type, offrant sur cette question quelque chose à la fois aux minimalistes et aux maximalistes. Les premiers ont gagné sur le premier article, qui limite l'application de la Charte aux institutions européennes et la mise en œuvre de la loi européenne par les États membres (51.1) tout en excluant explicitement la création de toute nouvelle compétence (51.2). En revanche, les seconds l'ont emporté avec le second article qui indique que l'encadrement de l'exercice de ces droits n'est pas justifié par le principe de subsidiarité (52.1) et que, lorsqu'ils coïncident avec des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention, à laquelle ont adhéré tous les États membres (52.3) tout en précisant que cette disposition ne fait pas obstacle à ce que la Charte et le droit de l'Union accordent une protection plus étendue. Cette concession au monde minimaliste a en fait permis à un point de vue assez maximaliste dans le domaine des droits sociaux de faire son entrée dans la Charte, même si l'on peut se demander si ces droits étaient vraiment du ressort de l'Union Européenne, comme c'était le cas pour la sécurité sociale (art 34) et la protection de la santé (art. 35) (ceux-ci n'étant néanmoins accordés que « selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales »).

Lorsque l'on en vint au problème délicat visant à déterminer qui étaient les sujets auxquels devait s'appliquer la Charte, c'est la ségrégation qui a apporté la solution. Le mandat de Cologne était resté ambigu sur ce point, en énumérant non seulement les droits dits universaux contenus dans la CEDH, mais également « les droits fondamentaux qui ne se rapportent qu'aux citoyens de l'Union »⁴⁸, impliquant par là que tous les droits inclus dans la Charte ne seraient pas automatiquement les droits de « toute personne ». Plusieurs membres de la Convention ne désiraient pas limiter les droits aux citoyens de l'Union, restriction que certains considéraient comme incompatible avec l'approche des droits de l'homme comme prérogatives universelles⁴⁹. Cependant l'extension à tous des droits défendus par l'UE risquait d'aboutir à une position minimaliste à la fois pour leur portée et leur domaine d'influence. Pour sortir de cette polémique difficile, un compromis à plusieurs niveaux a été trouvé, avec une distinction entre cinq catégories de droits selon leur sujet. Ainsi les droits et libertés fondamentaux « classiques » (c'est-à-dire essentiellement ceux tirés de la CEDH) s'appliquent à

la mesure où ils ne se contentent pas d'établir des objectifs pour l'Union », un point de vue soutenu par le chef du secrétariat de la Convention, J.-P. Jacqué, qui considérait que la Communauté ne pouvait pas promouvoir les droits de l'homme mais seulement faire respecter un ensemble minimum de standards judiciairement exécutoires ; de Burca, « The Drafting, » p. 134-135. Comme nous le verrons, la Convention s'est en partie détachée de cette opinion restrictive.

⁴⁸ Conclusions du Sommet du Conseil européen de Cologne.

⁴⁹ Johannes Voggenhuber était fermement opposé à toute restriction (interview du 10 octobre 2000). La plupart des autres membres de la Convention acceptèrent que, pour des raisons pratiques et en accord avec le mandat de Cologne, la Charte inclût différentes catégories de titulaires de droits.

« toute personne », ceux issus des clauses du traité CE/UE sur la citoyenneté à « tout citoyen de l'Union européenne », tandis que certains autres droits, comme ceux aux prestations de « Sécurité sociale et aide sociale » (art 34) concernent « toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union », et d'autres encore (par exemple art. 27, 28, 30 et 31) s'adressent à « tout travailleur » ou « tout enfant » (art. 24.3). Enfin, la Charte introduit une nouvelle catégorie de droits destinés à « tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre » (art 42, 43 et 44). En distinguant de la sorte diverses catégories de droits et en précisant soigneusement qui en bénéficie, on a pu étendre les catégories de personnes assujetties aux droits de l'Union.

Néanmoins, cette méthode n'a pas permis de résoudre tous les problèmes liés à l'identité des sujets de droit. Le droit de fonder un parti politique au niveau européen ou d'y adhérer montre cela de manière emblématique. Il a fallu faire appel à une forme d'élagage et passer de la mesure particulière à un degré d'abstraction plus élevé. Au départ, le Praesidium avait proposé un article séparé précisant que « tout citoyen » avait le droit d'adhérer à et de créer un parti⁵⁰. Cette proposition a attisé une controverse pour savoir si un droit politique aussi important pouvait ou devait être restreint aux citoyens européens et quelles précautions devaient être prises pour les immigrants. Le Praesidium répondit par une seconde version de cet article, séparant le droit d'adhérer à un parti, donné à « toute personne » et le droit de fonder un parti, qui devait être limité à « tout citoyen »⁵¹. Après un autre débat et nombre de contre-propositions écrites, le Praesidium abandonna cette idée et décida de retirer l'article entier du chapitre sur la citoyenneté. À la place ne subsiste qu'une mention abstraite des partis dans le second paragraphe de l'article 12 qui traite du droit universel bien moins contesté de « liberté de réunion et d'association ».

Comme le démontrent les exemples ci-dessus, les compromis sur une dimension du droit ont tendance à agir sur les compromis dans d'autres dimensions, et, souvent, à les rendre moins prégnants. Grâce à ce processus, on est graduellement parvenu à un accord sur la Charte dans son ensemble. Néanmoins, le danger menace toujours de voir les divers compromis s'effondrer dès que l'on se met à examiner de près la façon dont chacun s'articule dans cet ensemble composite. En effet, des désaccords raisonnables demeurent, en particulier sur la substance de plusieurs droits et sur le statut de la Charte. Ces différences ont principalement été dépassées en se concentrant sur des points précis et en traitant les décisions comme le produit d'une attitude pragmatique de compromis des deux côtés plutôt que comme un consensus sur les droits. Le langage juridique a même pu être parfois purement et simplement écarté⁵². Par exemple, pour la protection des consommateurs et de l'environnement, il s'est avéré impossible de parvenir à une formule dérivant des droits individuels. On s'est donc rabattu sur une visée politique générale, ou « principe », pour reprendre le terme. L'article 37 n'accorde ainsi pas le droit à un environnement propre mais déclare simplement : « un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans

⁵⁰ Convention 17 du 20 mars 2000.

⁵¹ Convention 28 du 5 mai 2000.

⁵² Voir les débats du 5 juin 2000 pour savoir si la Charte pouvait distinguer entre « droits authentiques » et « purs principes », Deutscher Bundestag, *Die Charta*, p. 279-284.

les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ». De même, l'article 39 stipule : « un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union. ⁵³ »

Le débat sur le préambule de la Charte illustre bien les obstacles rencontrés par la Convention et les mécanismes politiques employés pour les aplanir. Lors des premiers temps de la Convention, une discussion générale eut lieu pour savoir si la Charte avait vraiment besoin de son propre préambule, dans la mesure où elle serait soit partie des Traités (auquel cas elle serait précédée par leurs préambules), soit pure déclaration politique à laquelle il serait toujours possible par la suite d'adjoindre un prologue, sans que la Convention se charge nécessairement de sa rédaction. Pourtant, dans l'esprit de l'idée d'Herzog que la Charte devait être un document autonome laissant toutes les options ouvertes, plusieurs membres de la Convention proposèrent des textes pour le préambule, tout comme le fit le Praesidium ⁵⁴. Les échanges qui s'ensuivirent firent une fois encore ressortir la diversité des conceptions des membres de la Convention à la fois de l'intégration européenne et du rôle et des bases de la Charte, menaçant de bloquer l'approbation finale des articles même sur lesquels on était tombé d'accord.

Lors du débat sur le préambule, on avait admis que la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) devrait définir les standards *minima* d'un certain nombre de droits politiques et civils. Néanmoins, des désaccords subsistaient sur le rôle, la portée, l'étendue et la fonction juridique des droits sociaux de la Charte et, plus généralement, sur la source et la substance des droits. Sur le premier point, on fit un grand pas en avant avec l'introduction dans la première version du texte du Praesidium de la « solidarité » comme un des « principes indivisibles, universels » sur lequel est fondée l'Union. Pourtant, même si l'expression reflétait les discussions précédentes, elle restait controversée ⁵⁵. De plus, elle se trouva mêlée à un débat sur le second point quand fut soulevée, le 19 juillet 2000, une nouvelle polémique suggérant que le préambule devrait citer l'héritage culturel européen et, en particulier, son héritage religieux, comme la source des droits fondamentaux ⁵⁶. En réponse aux contributions écrites et orales qui suivirent, le troisième projet du Praesidium s'ouvrait sur la phrase « s'inspirant du patrimoine culturel, humaniste et religieux de l'Europe, l'Union se fonde sur les principes de... » ⁵⁷. Mais cette proposition souleva une telle effervescence politique qu'on crut le compromis impossible. D'un côté, le représentant du gouvernement français, Guy Braibant, affirma, semble-t-il, au sein du Praesidium que toute mention de religion serait inacceptable pour la France et la conduirait à opposer son *veto* à la Charte entière lors de la Conférence intergouvernementale suivant la Convention. D'un autre

⁵³ Dans les débats du 5 juin (note précédente), Herzog s'est servi de la protection de l'environnement comme exemple de « principe » qui n'est pas un droit individuel mais devrait toutefois lier les États membres ; résumé in *ibid.*, p. 279-280.

⁵⁴ Par exemple avant-projet de préambule par Manzella, Paciotti et Rodotà, Contrib. 175 (17 mai 2000).

⁵⁵ Avant-projet du préambule du Praesidium in Document Convent 43 (14 juillet 2000).

⁵⁶ Certains membres démocrates chrétiens de la Convention, en particulier Ingo Friedrich et Peter Mombaur, se prononçant pour, certains socialistes/démocrates sociaux, dont Elena Paciotti et Ieke van den Burg, contre. Voir Deutscher Bundestag, *Die Charta*.

⁵⁷ Troisième avant-projet du préambule par le praesidium, in Document Convent 47 (14 septembre 2000).

côté, les tenants de la référence religieuse (essentiellement les chrétiens démocrates allemands de la délégation du PE) étaient tout aussi déterminés. Le temps pressant (l'impasse devint évidente le 14 septembre et la Convention devait présenter un projet définitif au sommet du Conseil européen de Biarritz le 11 octobre) et un grand nombre de points restant à résoudre, deux dynamiques évoluèrent parallèlement : d'un côté, le Praesidium tenta de construire un compromis basé sur le texte qu'il avait proposé mais en procédant un certain élagage et à une certaine ségrégation linguistique ; de l'autre, la délégation du PE, où le désaccord était le plus flagrant, parvint à un compromis en procédant à un échange.

Ces deux stratégies sont en partie apparues parce que le Praesidium avait décidé que, pour exprimer un *consensus* sur la Charte, chacun de ses quatre composants – les délégués des 15 parlements nationaux, le Parlement européen, les 15 gouvernements nationaux et la Commission européenne – devait l'accepter séparément. En conséquence, les trois premiers organisèrent des réunions de groupe pour discuter d'un projet sur toute la charte les 25 et 26 septembre. Les types de compromis choisis pour résoudre les derniers désaccords reflètent d'importantes différences dans la composition, le but et le style politique de chacun des groupes. L'échange vint naturellement aux délégués du PE des deux principaux partis, le Parti socialiste européen (PSE) et le Parti populaire européen (PPE), fort habitués à conclure ensemble des marchés pour résoudre leurs conflits idéologiques, d'autant que, pour être valides, beaucoup de décisions au PE doivent atteindre une majorité d'environ 70 % des votants. De plus, la nécessité de recourir au compromis était inévitable puisque le président de la délégation du PE, Iñigo Méndez de Vigo (démocrate chrétien espagnol), avait décidé de suivre la méthode de la Convention : arriver à un accord sans recourir au vote. Confronté aux divisions entre les blocs socialiste (PSE) et conservateur (PPE), Méndez de Vigo décida de lier la question du préambule à plusieurs autres points controversés en souffrance afin d'obtenir un accord global. La référence aux racines religieuses de l'Europe, telle que demandée par la droite, se trouva ainsi liée aux demandes de la gauche d'inclure le droit de grève dans la Charte et à leur désir d'imposer des limites au droit de propriété. Bien que les motivations des divers acteurs doivent être en partie déduites des documents disponibles, il semblerait que cette offre se soit révélée acceptable parce que chacun tenait davantage à obtenir satisfaction sur les points qu'il trouvait importants qu'à empêcher les autres d'atteindre leur but. Par conséquent, chacun put obtenir des concessions pour son domaine de prédilection en accédant en échange aux demandes de ses adversaires. La délégation du PE « accepta » donc l'offre globale Méndez de Vigo, même si deux membres (Kaufmann et Voggenhuber, ni l'un ni l'autre membre d'une des deux grandes familles politiques) exprimèrent leur dissentiment. Iñigo Méndez de Vigo pris donc ceci comme un mandat pour « négociateur » une solution au sein du Praesidium.

Pendant ce temps, ce dernier cherchait à élaguer la question religieuse en remplaçant le terme controversé « religieuse » (dans le texte original en français) par « spirituelle », contournant ainsi le problème⁵⁸. Même si certains membres de la Convention, surtout la délégation du PE, n'étaient toujours pas satisfaits par cette formule (trop faible pour certains et trop forte pour d'autres), le sentiment dominant fut le

⁵⁸ Document Convent 48 du 26 septembre 2000.

soulagement d'avoir trouvé une solution à un problème qui avait, selon beaucoup, pris une importance démesurée. Lors d'un autre rebondissement, qui témoigne de la complexité de la décision, deux Chrétiens démocrates allemands et un néerlandais de la délégation du PE (Friedrich, Mombauer et van Damme) soulignèrent, lors d'une consultation directe avec le Praesidium, que le mot « spirituel » une fois traduit dans leurs langues respectives, serait trop ambigu et devrait donc être remplacé par « spirituel-religieux » dans les versions allemande et néerlandaise. Les délégués allemands trouvèrent apparemment un appui en la personne de Roman Herzog (lui-même chrétien démocrate) et la version allemande du préambule de la Charte réintroduisit la notion de « religieux », tandis que la version néerlandaise suit les neuf autres langues officielles et ne la mentionne pas. Ainsi une forme de « ségrégation » s'est produite entre les diverses communautés linguistiques. Plusieurs autres membres germanophones de la Convention objectèrent à ce traitement spécial mais, à ce stade, la question n'était plus suffisamment importante pour susciter des débats d'une quelconque ampleur.

Comme le montre la figure 1, la Charte a impliqué de nombreux compromis sur chaque dimension des droits. Il fut impossible de parvenir à un *consensus* « constitutionnel » impliquant une convergence vers une position raisonnable unique. Il fallut donc chercher et trouver des concessions mutuelles acceptables entre points de vue raisonnables mais parfois incompatibles. Ces compromis firent intervenir le marchandage tout autant que l'argumentation – même si cette dernière a plus souvent qu'à son tour guidé le premier – et étaient fondés autant sur des conflits de principe que sur des intérêts rivaux. Bien souvent, ce n'était pas tant le droit lui-même qui était en cause que les implications politiques pouvant découler d'une interprétation donnée. Parfois, comme pour le débat sur le droit d'adhérer à et de fonder un parti, la question fut résolue en élaguant pour arriver à un niveau d'abstraction laissant le droit suffisamment dans le flou pour permettre une grande variété d'interprétations. Néanmoins, dans la plupart des cas, la volonté alla dans le sens d'une réduction de la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire, soit en restreignant le droit afin de protéger les juridictions nationales, soit en précisant une interprétation, auquel cas un troc était généralement nécessaire autour d'un autre droit dans un autre domaine. Par conséquent, la Charte finit par ressembler à un texte législatif ordinaire, non seulement dans sa formulation, mais aussi dans sa substance.

Le besoin de compromis peut être attribué à l'absence de vote, entraînant la recherche de décisions pratiquement unanimes. Comme nous l'avons cependant indiqué, dans le contexte de la politique normale de l'Union Européenne, les super-majorités ne sont pas rares. Qui plus est, le recours à un vote majoritaire peut lui-même être considéré comme une forme de compromis – l'acceptation d'une astuce procédurale quand il se révèle impossible de faire autre chose que s'accorder sur le désaccord tout en acceptant la nécessité d'arriver à une décision par des moyens justes. En une occasion au moins au cours des débats sur les droits sociaux, certains membres ont ainsi pensé qu'il aurait mieux valu voter plutôt que céder du terrain sur ce qui, pour beaucoup, était une vue minoritaire déraisonnable. Plusieurs ont également soutenu que des votes indicatifs organisés à divers moments auraient fourni une image plus nette de l'état des débats pendant la

Convention et accéléré le processus⁵⁹. Finalement, la quête de l'unanimité était elle-même une position de compromis qui fut ressentie comme nécessaire pour parvenir à un accord sur la Charte et la faire accepter à long terme.

Figure 1 : Compromis sur les droits dans la Convention sur la Charte européenne

⁵⁹ Par ex. Voggenhuber « Die Wahrheit ».

CONCLUSION

Beaucoup ont vu dans la Convention qui a élaboré la Charte une méthode nouvelle pour légitimer l'intégration européenne — une méthode s'écartant de la politique de compromis normale considérée comme caractéristique des conférences intergouvernementales où le principe était censé être subordonné aux intérêts nationaux⁶⁰. La décision de recourir à une Convention pour discuter du Futur de l'Europe et élaborer une nouvelle constitution européenne fut en partie motivée par cette différence supposée entre politiques normale et constitutionnelle⁶¹. Nous avons montré que ce contraste est outré. Le cadre d'une convention peut aider à éliminer les arguments ouvertement intéressés mais il ne peut pas acheminer les débats vers un consensus s'abstrayant et s'élevant au-dessus de la politique normale. Dans une large mesure, c'est parce que ce qui relève des principes, comme les droits, donne lieu à des désaccords raisonnables qui animent le débat politique normal. De plus, étant donné que ces désaccords résultent de la complexité des expériences et des situations personnelles, non seulement les compromis sont atteints à l'aide des stratagèmes de la politique normale, mais ils reflètent également les divisions politiques normales existantes sur les questions du jour. La principale réussite de la politique constitutionnelle n'est pas de résoudre ou de dépasser ces divisions mais plutôt d'en faire prendre conscience aux gens et de les normaliser au sein d'accords mutuellement acceptables qui en tiennent compte. À cet égard, la représentativité comparative des deux conventions a été essentielle, tout comme l'a été leur relative ouverture à la société civile⁶². Cette ouverture augmente même les chances d'arriver à un compromis, en renforçant la diversité de vues et d'intérêts dont il faut tenir compte.

Les résultats de tels processus en sont-ils compromis ? Ceux qui sont déçus parce qu'ils considèrent comme les manœuvres politiciennes de la Convention sur la Charte et plus spécialement celle sur le Futur de l'Europe pourraient être tentés de faire valoir qu'on devrait confier la rédaction des textes constitutionnels à des universitaires, des bureaucrates, ou des juristes plutôt qu'à des politiciens. Ce serait cependant une mauvaise idée. D'abord, il n'y a aucune raison de croire qu'un groupe présentant la gamme habituelle des opinions serait moins susceptible de s'opposer sur les points qui ont divisé ces conventions (et d'autres). Après tout, les cours constitutionnelles sont souvent partagées et rendent leurs verdicts après un vote à la majorité, et leurs accords

⁶⁰ Par ex. Florence Deloche-Gaudez, « The Convention on a Charter of Fundamental Rights : A Method for the Future, » Notre Europe Policy Paper, 15 nov. 2001 <http://www.notre-europe.asso.fr/fichiers/Etud15-en.pdf>.

⁶¹ Jo Shaw, « Process, Responsibility and Inclusion in EU Constitutionalism », *European Law Journal* 9 (2003), p. 53-54.

⁶² Pour voir dans quelle mesure ces vertus se retrouvent dans la Convention sur le Futur de l'Union, *ibid.*, p. 53-67. Voir aussi R. Bellamy et J. Schönlau, « The Good, the Bad and the Ugly : The Need for Constitutional Compromise and the Drafting of the EU Constitution », in Lynn Dobson and Andreas Føllesdal, eds., *Political Theory and the European Constitution*, Londres, Routledge, 2004.

sont souvent « incomplètement théorisés », procédant soit par des élagages sur des désaccords de principe, soit des négociations à partir d'analogies avec d'autres cas ⁶³. Ensuite, on se plaint souvent à propos de l'UE que trop d'importantes décisions ont été prises par des experts et des technocrates. En tant que représentants élus des citoyens, les politiciens ont sans doute plus de légitimité pour faire des choix nécessairement politiques en leur nom. António Vitorino, le représentant de la Commission, est ainsi allé jusqu'à affirmer que « la sage combinaison des points de vue communautaires et nationaux et, surtout, la prédominance parlementaire aideront à renforcer la légitimité de l'avant-projet de Charte aux yeux d'un public souvent critique de la machinerie complexe de prise de décision au niveau européen » ⁶⁴. Un *consensus* normatif « idéal » aurait impliqué l'élimination d'un grand nombre de positions très répandues parmi les délégués, et ainsi délégitimé les conclusions de la Convention ⁶⁵. Enfin, cet argument se méprend sur le rôle d'une constitution. L'usage nécessaire de la politique normale pour élaborer une constitution reflète le but des constitutions elles-mêmes autant que le processus de leur rédaction. Plutôt que de traiter les constitutions comme quelque chose de supérieur à la politique normale et comme la « constituant » au sens littéral du terme, il faut les voir comme une forme de reconnaissance mutuelle qui normalise les divisions politiques ⁶⁶. Leur succès ne consiste pas à rester en dehors de la politique normale mais à la guider — et pas simplement par une obéissance aveugle aux normes constitutionnelles mais aussi avec l'action de défense et contestation critique émanant des citoyens. En d'autres termes, la vertu première de la normalité de la politique constitutionnelle réside peut-être dans le fait que la constitution obtenue devient un élément du vocabulaire de base du débat politique normal ⁶⁷. Elle n'y parvient pas en

⁶³ Sunstein, *Legal Reasoning*, ch. 3.

⁶⁴ Cité in de Búrca, « The Drafting, » 131 n. 17.

⁶⁵ On peut remarquer le nombre de fois où le terme compromis est utilisé positivement à propos de l'avant-projet de constitution européenne, paru juste au moment de la rédaction (la Convention pour le Futur de l'Union accepta l'avant-projet le 13 juin, la Partie III le 10 juillet et il fut soumis aux États membres le 18 juillet 2003). Par exemple *Le Monde* (pro-UE) du 15-16 juin 2003 a même titré son compte-rendu « Un texte de compromis pour une Union à 25 ».

⁶⁶ Shaw, « Process, Responsibility and Inclusion, » p. 47-52 et J. Tully, *Strange Multiplicity : Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 30.

⁶⁷ Les fondamentalistes du droit, qui plaident pour de forts pouvoirs de révision judiciaire, font souvent la même demande pour les Déclarations des droits. Par ex., R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 32. Cependant, si l'avantage de la politique constitutionnelle repose sur sa normalité, ce peut être un argument pour se débarrasser de telles déclarations. En fait, il est évident que ces déclarations ont souvent pour effet d'encourager les législateurs soit à laisser aux tribunaux les décisions de principe, soit à chercher à anticiper leurs jugements ; voir A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Dans tous les cas, les politiciens (et jusqu'à un certain degré l'électeur lambda aussi) auront cessé de réfléchir sur les droits et de les discuter par eux-mêmes. Si l'on aspire au véritable avantage de la normalité de la politique constitutionnelle, il convient de s'assurer que les droits dépendent des législateurs et non des tribunaux ; voir M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

court-circuitant les divisions politiques quotidiennes mais en s'y confrontant et en les représentant grâce aux ressources de la politique normale⁶⁸.

À bien des égards, le rejet par les Français et les Néerlandais de la constitution et le soutien plus que mesuré qu'elle a reçu ailleurs témoignent du caractère délégitimant et aliénant des tentatives de séparation de la politique normale et de la politique constitutionnelle. Il n'y a pas de meilleure preuve qu'une constitution ne peut ni se substituer à la politique normale ni l'animer, mais qu'elle doit y être enchâssée. Tant qu'il n'existera pas une politique paneuropéenne normale, ce qui semble bien lointain aujourd'hui, les conditions nécessaires à une constitution paneuropéennes ne seront pas remplies. Encore que la construction même et l'épanouissement d'une telle politique européenne normale rendraient sans doute cette constitution superflue. Car, comme nous l'avons suggéré, le processus serait en lui-même constitutionnel. Il faut donc plus généralement rapprocher la prise de décision de l'UE de celle de la convention plutôt que d'utiliser ce type de conventions comme les substituts idéaux de la politique réelle⁶⁹.

Richard BELLAMY
Department of Political Science
School of Public Policy
University College London
29/30 Tavistock Square
London WC1H 9QU
r.bellamy@ucl.ac.uk

Justus SCHÖNLAU
J.Schonlau@exeter.ac.uk

⁶⁸ La Charte a été adoptée pratiquement sans changement comme partie II de l'avant-projet de Constitution de l'UE. La différence principale est que les Anglais ont réussi à incorporer les notes explicatives du *praesidium* dans le corps de la Charte (Partie II, Titre VII, Arts II-51-54, CONV 850/03, 59-60), en grande partie parce qu'on considérait qu'elle limitait plus clairement sa portée aux institutions et politiques de l'UE ; voir le Livre blanc « A Constitutional Treaty for the EU : The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference 2003, » Cm5934, 39 § 102). Pendant la Commission intergouvernementale d'approbation du projet, une nouvelle référence à l'explication fut incluse dans le corps de la Constitution. (Art. II 52.7). Y figure aussi maintenant un engagement à adhérer à la CEDH (Partie I Titre II Art 7 § 2, CONV 850/03, 8).

⁶⁹ Pour une discussion plus approfondie, R. Bellamy, « The Value of Citizenship : Belonging, Rights and Participation » in M. Aziz and S. Millns (eds), *Values in the Constitution of Europe*, Aldershot, Dartmouth, 2005, p. 178-193 et *idem*, « Which Constitution for What Kind of Europe ? Three Models of European Constitutionalism », in F. Cheneval (dir.) *Legitimationsgrundlagen der Europäischen Union*, Münster, Hambourg et Londres, LIT, 2005, p. 97-112.