

Les parlements nationaux et le pouvoir préservateur de Benjamin Constant

Aucun lien ne paraît de prime abord unir Benjamin Constant, cet « infatigable fabricant de Constitutions »¹, et l'article 12 du TUE qui constitue un « apport majeur »² du traité succédant au projet défunt de Constitution européenne. Cette disposition est indéniablement une innovation du Traité de Lisbonne. Premièrement, les parlements nationaux sont -sans pour autant être élevés au rang d'institutions de l'Union- citées pour la première fois dans le corps même d'un Traité, dans un article qui leur est exclusivement consacré, situé au « cœur »³ des principes démocratiques de l'Union. Deuxièmement, cette disposition conclut un processus qui -à la suite des élections du Parlement européen au suffrage universel direct en 1979- n'a eu de cesse d'appeler à la revalorisation de leur rôle dans les activités des institutions européennes depuis les déclarations n°13 et 14 du Traité de Maastricht. Troisièmement, elle poursuit un double objectif : d'une part, remédier au prétendu déficit démocratique de l'Union que la légitimité des institutions européennes ne semble pas parvenir à résorber, et d'autre part, enrayer la perte de pouvoirs des parlements étatiques ressortant des transferts continus de compétences nationales au bénéfice de l'Union⁴. Il s'ensuit que -fondé sur la démocratie représentative- le fonctionnement de l'Union ne peut s'en trouver que plus légitimé en associant davantage au processus décisionnel européen les parlements nationaux désignés par chacun des peuples des Etats membres et devant lesquels chacun des gouvernements est responsable. En outre, « des incidences bénéfiques sur la démocratisation de l'Union »⁵ résultent nécessairement de la charge leur incombant de veiller désormais au respect du principe de subsidiarité, à savoir s'assurer d'une décision prise le plus près possible des citoyens. Quatrièmement, cette stipulation confère aux parlements nationaux des « pouvoirs sans précédent »⁶ dont la liste dressée par cet article pour l'exercice de leur rôle n'est pas exempt de critiques tant elle demeure incomplète et inadaptée. En effet, d'une part, n'y figurent pas toutes les prérogatives relevant du droit national dont la mise en œuvre a des incidences sur le fonctionnement de l'Union, comme le contrôle de l'action gouvernementale ou la transposition du droit de l'Union ; d'autre part, y figurent des prérogatives qui ne réclament pas une contribution active des parlements nationaux comme le droit à l'information qui conditionne leur action et non la commande.

Mais cette innovation du Traité de Lisbonne⁷ sur le rôle des parlements nationaux dans le système de l'Union européenne peine à se traduire en terme constitutionnel, à être appréhendé par le prisme des concepts du droit constitutionnel, tant le dispositif instauré revêt un caractère, sinon révolutionnaire⁸, au moins original

¹ GRANGE H., « Genèse du texte », in CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Aubier, 1991, p. 11.

² DE PONCINS E., *Le traité de Lisbonne en 27 clés*, Lignes de repères, 2011, p. 241.

³ SAURON J.-L., « Le nouveau rôle des Parlements nationaux après le Traité de Lisbonne », *Gaz. Pal.*, n°170, 18-19 juin 2008, p. 59.

⁴ ROUX J., *Droit général de l'Union Européenne*, 4^e éd., Lexis Nexis, p. 87.

⁵ BLUMANN C., « Démocratie et subsidiarité », in *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, COHEN-JONATHAN G. et DUTHEIL DE LA ROCHERE J., (dir.), Bruylant, 2003, p. 135.

⁶ ROUX J., *Droit général de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 88.

⁷ DE PONCINS E., *Le traité de Lisbonne en 27 clés*, *op. cit.*, p. 59.

⁸ GENNART M., « Les parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne : évolution ou révolution ? », *Cahiers de droit européen*, 2010, n°1-2, p. 18 ; TURK P., « Le Parlement français et l'Union Européenne : la révolution aura-t-elle lieu ? », *Politeia*, 2008, n°13, p. 97 ; DUPRAT J.-P.,

ou novateur au regard de celui dévolu aux parlements dans leur système national. Pour autant, l'affirmation selon laquelle « les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union européenne » ne paraît pas si novatrice. Une telle mention fait nécessairement écho au pouvoir préservateur inventé par Benjamin Constant. Théorisé dans deux ouvrages⁹, ce pouvoir, dénommé aussi pouvoir neutre ou intermédiaire, a été conceptualisé au début du XIX^e siècle dans le but d'assurer le respect de la Constitution ainsi que le maintien, au sein d'un gouvernement entendu dans un sens large, de l'équilibre et de la concorde entre l'Exécutif et le Législatif. En somme, son rôle consiste à garantir le bon fonctionnement des institutions¹⁰. Selon Benjamin Constant, « le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général : mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l'un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile »¹¹. Ainsi, « le but du pouvoir préservateur est de défendre le gouvernement de la division des gouvernants, et de défendre les gouvernés de l'oppression du gouvernement »¹² si les institutions « se permettent des entreprises hostiles, ou inconstitutionnelles »¹³. Ce « troisième pouvoir »¹⁴ peut s'incarner, soit dans le roi¹⁵ en monarchie constitutionnelle, soit dans un corps élu en république¹⁶.

Il ne s'agit pas de prétendre ici que les rédacteurs du Traité de Lisbonne se sont référés à l'œuvre de Benjamin Constant lors de l'écriture de l'article 12 du TUE. Par une telle mention, les rédacteurs ont sûrement poursuivi un double objectif : l'adjectif « bon » participe à convaincre de l'appréciation positive du rôle des parlements nationaux dans l'Union, de telle sorte qu'est exclue toute approche tendant à croire qu'ils pourraient nuire à son fonctionnement ; l'adverbe « activement » tend à parer les

« Le renforcement d'un constitutionnalisme réticulaire : l'association des parlements nationaux au fonctionnement de l'Union européenne », *Politeia*, 2008, n°13, p. 253 ; LAGELLE A., « Le rôle des parlements nationaux dans le processus législatif européen à l'aune du Traité de Lisbonne », *RFDC*, 2011, n°87, p. 25.

⁹ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, 1991, voir Livre VIII ; CONSTANT B., *Principes de Politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, in *Ecrits politiques*, Gallimard, 1997, voir Chap. II.

¹⁰ FELDMAN J.-Ph., « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *RFDC*, 2008, n°76, p. 693 ; GRANGE H., « Genèse du texte », *op. cit.*, p. 51.

¹¹ CONSTANT B., *Ecrits politiques*, *op. cit.*, p. 324.

¹² CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 387.

¹³ *Ibid.*, p. 362.

¹⁴ On devrait plutôt dire ce quatrième pouvoir dès lors que le Législatif, l'Exécutif et le Judiciaire sont considérés comme des pouvoirs, *ibid.*, p. 373.

¹⁵ « Cette réalité se trouve dans la monarchie anglaise. Elle crée ce pouvoir neutre et intermédiaire : c'est le pouvoir royal séparé du pouvoir exécutif », *citée in* CONSTANT B., *Ecrits politiques*, *op. cit.*, p. 329.

¹⁶ « Le pouvoir préservateur est élu par le peuple, ses fonction sont à vie », *in* CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 448.

critiques qui ont pu jadis leur être adressées en raison de la passivité de leur rôle¹⁷. L'entreprise consiste à vérifier si le concept de « pouvoir préservateur » tel que Benjamin Constant l'a inventé peut s'avérer adéquat pour appréhender le rôle dévolu aux parlements nationaux par le Traité de Lisbonne, ce qui aurait le cas échéant pour effet, sinon d'écarter le caractère novateur du rôle qui leur est reconnu, au moins de le relativiser en ce qu'il correspond, se rattache à un concept déjà connu en droit constitutionnel. Une telle démarche intellectuelle suppose d'adopter une conception fonctionnelle de la notion de « pouvoir ». En effet, retenir un critère organique¹⁸ constituerait un obstacle dirimant, cette fonction n'étant pas exercée par une seule institution mais par plusieurs : les parlements de chaque Etat membre de l'Union. Toute unité d'un « pouvoir » n'est pas pour autant compromise dès lors que s'en constate un « émiettement »¹⁹. Cette démarche intellectuelle n'est pas non plus entravée par le volontarisme juridique de l'article 12 du TUE destiné à appeler les parlements à prendre leur responsabilité dans leur fonction nouvellement définie. De même, la culture et le contexte dans lesquels ce concept a été développé ne sont pas nécessairement un obstacle à son importation dans le droit transnational²⁰. Ainsi, au regard de la conception prônée par Benjamin Constant, l'idée d'assimiler les parlements nationaux au pouvoir préservateur est loin d'être insensée quand bien même les rédacteurs n'ont pas eu l'intention de s'y référer et que le concept a été créé dans un cadre et un contexte différents, à savoir le XIX^e siècle et en droit constitutionnel. Si l'idée est concevable (I), les modalités par lesquelles l'article 12 du TUE prévoit leur action sont insuffisantes, ce qui ne permet pas aux parlements nationaux d'exercer aujourd'hui pleinement ce rôle (II).

I- L'assimilation des parlements nationaux à un pouvoir préservateur : une idée concevable

Ce pouvoir préservateur ne saurait être confondu avec un autre organe imaginé à la même période par Emmanuel Sieyès : le jury constitutionnaire²¹. L'invention de Benjamin Constant n'est ni une juridiction rendant des arrêts, ni n'a pour seule finalité de se prononcer sur les violations de la Constitution. De plus, le roi en monarchie constitutionnelle ou un corps élu en république peut l'incarner. Dès lors, ni son rôle, ni son statut ne paraissent s'opposer à l'assimilation des parlements nationaux à un pouvoir préservateur. Au contraire, leur mode d'action analogue (A) et leurs domaines communs d'action (B) invitent à les voir comme tels.

A- Un mode d'action analogue

¹⁷ SAULNIER E., *La participation des parlements français et britannique aux Communautés et à l'Union européennes*, LGDJ, 2002, 920 p.

¹⁸ Sur les critères de définition d'un « pouvoir », voir HOURQUEBIE F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République*, Bruylant, 2004, 21-30.

¹⁹ TROPER M. « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 1981, n°16, p. 15.

²⁰ WALKER N., « Le constitutionnalisme multiniveaux », in *Traité international de droit constitutionnel*, TROPER M. et CHAGNOLLAUD D. (dir.), t. 1, Paris, Dalloz, p. 441 et s.

²¹ Voir le texte de la proposition présentée par Sieyès à la Convention le 18 thermidor an III, « Du jury constitutionnaire (an III) », in PASQUINO P., *Sieyès et l'invention de la Constitution*, Odile Jacob, 1998, p. 193-197.

Il résulte de l'article 12 du TUE un mode d'action des parlements nationaux analogue à celui du pouvoir préservateur.

Premièrement, pour Benjamin Constant, la création d'un « pouvoir (...) neutre entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif » est une exigence qui se fonde sur le constat suivant : « tout autre moyen, toute garantie, tout accroissement de force donnée à l'un des deux, a des résultats très différents de ceux qu'on se propose d'atteindre. Le vice de la plupart des constitutions a été de ne pas créer un pouvoir neutre, mais de placer la somme d'autorité dont il doit être investi, tantôt dans les mêmes mains que le pouvoir exécutif, tantôt dans les mêmes mains que le pouvoir législatif »²². Or, confier un rôle aux parlements nationaux dans le fonctionnement de l'Union ressort de la même logique. Il s'agit d'attribuer des prérogatives à un « organe tiers »²³ qui n'est reconnu formellement par le Traité de Lisbonne, ni comme une institution de l'Union selon la liste dressée par l'article 13 §1 du TUE, ni comme une institution représentant les Etats membres selon l'article 10§2 du TUE. Dès lors, les rédacteurs de l'article 12 du TUE ont fait le choix délibéré de ne pas conférer des pouvoirs supplémentaires à des institutions européennes déjà existantes de telle sorte que les parlements nationaux apparaissent comme extérieures au système institutionnel de l'Union afin d'en corriger les dysfonctionnements dont ils ne sont pas à l'origine. Une telle logique correspond à celle du pouvoir neutre de Benjamin Constant dont l'action est « préservatrice, réparatrice, sans être hostile »²⁴ lorsque les ressorts dérangés à remettre en place « se croisent, s'entrechoquent et s'entravent »²⁵.

Deuxièmement, si le pouvoir préservateur offre « dans ses attributions une garantie suffisante contre les autres autorités »²⁶, Benjamin Constant se soucie d'apporter, « dans son intérêt, une garantie rassurante contre lui-même »²⁷, ce qui explique les raisons pour lesquelles « il n'hérite point de la puissance »²⁸. Ainsi, son action « doit porter sur les pouvoirs »²⁹ uniquement et non sur les individus. Plus précisément concernant leurs attributions, le pouvoir neutre « les retire, ou les suspend dans les mains dans lesquelles elles ne peuvent rester sans danger »³⁰. Le mode d'action de cette « autorité discrétionnaire (...) purement préservatrice »³¹ se distingue donc des « pouvoirs actifs »³², tels que le Législatif ou l'Exécutif, en ce que son rôle est essentiellement négatif et non positif³³. Or, le rôle accordé par l'article 12 du TUE aux

²² CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, op. cit., p. 373.

²³ BEAUDOUIN Ch., *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne*, LGDJ-Lextenso éditions, t. 278, coll. « Bibliothèque de droit public », 2014, p. 354.

²⁴ CONSTANT B., *Ecrits politiques*, op. cit., p. 374.

²⁵ *Ibid.*, p. 374

²⁶ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, op. cit., p. 441.

²⁷ *Ibid.*, p. 441.

²⁸ *Ibid.*, p. 442.

²⁹ *Ibid.*, p. 451.

³⁰ *Ibid.*, p. 451.

³¹ *Ibid.*, p. 451.

³² CONSTANT B., *Ecrits politiques*, op. cit., p. 326.

³³ « Il y a, dans le pouvoir monarchique, deux pouvoirs : le pouvoir exécutif investi de prérogatives positives, et le pouvoir royal », in *ibid.*, p. 398 ; aussi « Il faut un pouvoir constitutionnel qui ait toujours ce que la Ballia avait d'utile, et qui n'ait jamais ce qu'elle avait de dangereux ; c'est à dire qui ne puisse ni condamner, ni incarcérer, ni dépouiller, ni proscrire,

parlements nationaux dans le fonctionnement de l'Union consiste, lorsqu'il n'est pas consultatif, en la faculté de s'opposer à l'adoption d'un acte qui peut s'apparenter, selon les cas, à un véritable pouvoir de blocage, à un droit de *veto*³⁴. Ce rôle d'opposition se manifeste dans l'article 12 du TUE et dans les textes auxquels il renvoie par l'institution de cinq mécanismes : les deux premiers ont pour objet de compenser la perte d'influence des Parlements nationaux tenant à ce qu'habituellement leur consentement à une révision des traités est exigé par l'exercice de leur pouvoir de ratification³⁵. Ils concernent tantôt la clause passerelle générales de l'article 48§7 du TUE ; tantôt, à propos des mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontalière, la clause passerelle spéciale de l'article 81§3 du TFUE. Le troisième mécanisme consiste à associer les parlements nationaux au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust. Les deux derniers portent sur le principe de subsidiarité dont les Parlements nationaux veillent désormais directement à son respect au même titre que toutes les institutions de l'Union³⁶.

Même lorsque les parlements nationaux n'exercent pas leur rôle négatif, ils ne s'écartent point du concept élaboré au XIX^e siècle en ce qu'ils ne disposent jamais de la « puissance »³⁷. En effet, ceux-ci ne sont cantonnés qu'à un rôle consultatif par le biais de la convention chargée d'examiner les projets de révision à laquelle certains membres des parlements nationaux participent ou de la coopération interparlementaire entre parlements nationaux et Parlement européen. D'ailleurs Benjamin Constant n'avait pas exclu un tel mode d'action puisqu'il appelait de ses vœux que le pouvoir préservateur puisse porter à l'attention du pouvoir exécutif les réclamations des individus³⁸ sans aller jusqu'à statuer à sa place.

Pensés comme extérieurs aux pouvoirs actifs de l'Union et comme un pouvoir de blocage, leur mode d'action rend concevable l'assimilation des parlements nationaux à un pouvoir préservateur. Cette idée est renforcée par leurs domaines communs d'action.

B- Des domaines d'action communs

Benjamin Constant établit cinq prérogatives détenues par le pouvoir neutre : « il peut dissoudre la représentation nationale ; il peut destituer le pouvoir exécutif ; il a le droit de faire grâce ; il a le droit d'appeler l'attention du pouvoir exécutif sur les réclamations des individus. Il sanctionne, enfin, les modifications à la constitution, mais il ne peut les sanctionner que sur la proposition et avec le concours des autres autorités »³⁹. A l'aune de cette énumération, le pouvoir préservateur a vocation soit à n'entretenir que des relations interinstitutionnelles -les pouvoirs de destitution et de dissolution-, soit à intervenir en matière de révision constitutionnelle -le pouvoir de sanction constitutionnelle- ou en matière pénale, voire plus largement en matière de droits et de libertés -le droit de faire grâce et le « droit d'accueillir les pétitions des

mais qui se borne à ôter le pouvoir aux hommes ou aux assemblées qui ne sauraient plus longtemps le posséder sans péril », *in ibid.*, p. 329.

³⁴ TURK P., *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ-Lextenso éditions, 2011, p. 227-228.

³⁵ SAULNIER-CASSIA E., « Article 88-7 », *in La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, LUCHAIRE F., CONAC G. et PRETOT X. (dir.), 3^e éd., Economica, 2009, p. 1984.

³⁶ Art. 1^{er} du protocole n°2.

³⁷ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 442.

³⁸ *Ibid.*, p. 441.

³⁹ *Ibid.*, p. 441.

citoyens contre les actes de l'autorité »⁴⁰-. A cette liste, se surajoute le devoir de veiller à ce que « l'autorité nationale, l'autorité d'arrondissement, l'autorité communale doivent s'exercer, chacune dans leur sphère »⁴¹ et d'en annuler les actes lorsque « le pouvoir administratif excède ses bornes »⁴².

Ces domaines rejoignent ceux dans lesquels les parlements nationaux contribuent au bon fonctionnement de l'Union.

En premier lieu, l'action des parlements nationaux n'a pas vocation à intéresser directement les individus. L'article 12 du TUE prévoit que les parlements nationaux n'entretiennent de relations qu'avec d'autres institutions. Certes, ils ne disposent ni de la faculté de destituer la Commission qui appartient au Parlement européen⁴³, ni celle de dissoudre ce dernier qui n'est nullement prévue par les traités. Néanmoins, les parlements nationaux se présentent comme un « intermédiaire »⁴⁴ entre les institutions comme Benjamin Constant le conçoit. Ainsi, d'une part, par la « procédure d'alerte renforcée » fixée dans le cadre de la procédure législative ordinaire, ils se présentent comme un intermédiaire entre, d'un côté, la Commission dont le projet de loi a fait l'objet d'avis négatifs des parlements nationaux atteignant une majorité simple des voix, et de l'autre, le Législateur de l'Union qui peut interrompre la procédure si une majorité de 55% des membres du Conseil ou si une majorité des suffrages exprimés au Parlement européen estime qu'elle est incompatible avec le principe de subsidiarité. D'autre part, l'activité parlementaire, tendant à adresser des résolutions à leur gouvernement respectif -initiative incitée par l'élargissement et le renforcement du droit à l'information- ou tendant à leur transmettre des recours contre un acte législatif pour violation du principe de subsidiarité pour lesquels la Cour de justice est compétente, peut s'analyser comme un relai exercé auprès des autorités gouvernementales nationales des aspirations des citoyens que chacun des parlements représente. En d'autres termes, ces moyens permettent d'attirer l'attention du pouvoir Exécutif dans le but de déclencher une action qui aurait une incidence sur le fonctionnement de l'Union, ce qui rejoint l'une des cinq prérogatives listées. Ne commandant ainsi aucun rapport direct avec les individus, le rôle des parlements nationaux n'implique pas d'aller au-delà de la « sphère »⁴⁵ impartie par Benjamin Constant au pouvoir préservateur, à savoir les rapports entre les institutions.

En deuxième lieu, l'article 12 prévoit que les parlements nationaux prennent part aux procédures de révision des traités et sont informés des demandes d'adhésion à l'Union, conformément aux articles 48 et 49 du TUE. Ce domaine est ce qui se rapproche le plus de la matière constitutionnelle décrite par Benjamin Constant. Certes, la contribution des parlements nationaux diffère en ce domaine de celle du pouvoir préservateur, son action se résumant juste à sanctionner l'amélioration constitutionnelle proposée. En effet, premièrement, les parlements nationaux ne disposent que d'une seule facette du pouvoir de décision reconnu au pouvoir neutre⁴⁶, à

⁴⁰ *Ibid.*, p. 436.

⁴¹ *Ibid.*, p. 409.

⁴² *Ibid.*, p. 413.

⁴³ Art. 234 du TFUE.

⁴⁴ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 375.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 451.

⁴⁶ « Je voudrais que dans ce cas, comme dans les autres, l'initiative appartînt au pouvoir législatif et exécutif, concurremment ; mais que, lorsque ces autorités seraient d'accord, la sanction fût réservée au pouvoir préservateur », *in ibid.*, p. 420.

savoir celui non d'avaliser mais de s'opposer à la révision empruntant la voie de la clause passerelle générale de l'article 48§7 du TUE ou de la clause passerelle spéciale de l'article 81§3 du TFUE. Deuxièmement, l'action des parlements nationaux sort du cadre fixé par Benjamin Constant avec la méthode de la Convention qui leur accorde -ou plutôt à leurs représentants- un rôle autre que de sanction dans la procédure de révision des traités. Néanmoins, cette faculté de proposition des parlements nationaux est à relativiser. Leurs représentants sont limités en nombre, ne reflètent pas nécessairement la composition politique de l'institution dont ils émanent et ne constituent pas les seuls membres de cette Convention. Surtout, si celle-ci a une influence sur la teneur des modifications, elle ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel, lequel appartient à la Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres⁴⁷ et, en dernier lieu, aux Etats membres qui les ratifient. En tout état de cause, cette faculté de proposition n'a nullement pour effet de remettre en cause leur intervention en ce domaine.

En troisième lieu, par leur participation aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que par leur association au contrôle politique d'Europol et des activités d'Eurojust, l'action des parlements nationaux a vocation à intéresser la matière pénale et plus largement la matière des droits et libertés. Ce dernier aspect est aussi concerné lors de la mise en œuvre du contrôle du respect du principe de subsidiarité par les parlements nationaux. D'ailleurs, contrairement aux deux autres matières dans lesquelles le pouvoir préservateur joue un rôle, la subsidiarité n'est pas un champ expressément évoqué par Benjamin Constant. Pour autant, l'absence du « mot » ne devrait pas faire douter de la présence de la « chose » lorsqu'il évoque, outre le fédéralisme⁴⁸, que « la direction des affaires de tous appartient à tous. Ce qui n'intéresse qu'une fraction doit être décidé par cette fraction. Ce qui n'a de rapport qu'avec l'individu, ne doit être soumis qu'à l'individu »⁴⁹. Il revient ainsi au pouvoir préservateur d'annuler les actes du pouvoir administratif qui en excèderaient les bornes, qui « empiètent sur les droits de la fraction au nom de laquelle il administre »⁵⁰. Or, l'article 12 du TUE renvoie justement à deux mécanismes prévus par le *protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* qui constituent « des apports majeurs »⁵¹ du Traité de Lisbonne. Sont ainsi institués un contrôle *a priori* -dit « politique »- et un contrôle *a posteriori* -dit « juridique »- destinés à assurer le respect du principe de subsidiarité des atteintes commises, dans le premier cas, par la Commission, et, dans le second cas, par les institutions de l'Union. Par les avis motivés qu'ils portent sur les projets législatifs ou par les recours devant la CJUE qu'ils sollicitent de son gouvernement contre les actes législatifs, les parlements nationaux peuvent aboutir, soit à l'interruption de la procédure législative si la Commission elle-même, le

⁴⁷ GENNART M., « Les parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne : évolution ou révolution ? », *art. cit.*, p. 34.

⁴⁸ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 409.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 408 ; aussi, « dans chaque commune, chaque individu aura des intérêts qui ne regarderont que lui, et qui par conséquent ne devront pas être soumis à la juridiction commune. Il en aura d'autres qui intéresseront les autres habitants de la commune, et ces intérêts seront de la compétence communale. Ces communes à leur tour auront des intérêts qui ne regarderont que leur intérieur, et d'autres qui s'étendront à un arrondissement », *in ibid.*, p. 409.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 448.

⁵¹ DE PONCINS E., *Le traité de Lisbonne en 27 clés*, *op. cit.*, p. 241.

Parlement européen ou le Conseil sont convaincus du fondement de leur action, soit l'annulation de l'acte législatif prononcée par la CJUE. Ils se sont ainsi vus confier le « principal rôle »⁵² dans le contrôle du respect du principe de subsidiarité, ce qui rejoint la conception de Benjamin Constant selon laquelle le pouvoir préservateur est « seul compétent pour décider cette question »⁵³.

L'assimilation des parlements nationaux à un pouvoir neutre est concevable au regard de leur sphère d'action commune. Il ne faut pas croire pour autant que les parlements nationaux correspondent en tout point au concept inventé par Benjamin Constant.

II- L'assimilation des parlements nationaux à un pouvoir préservateur : des modalités insuffisantes

Certaines modalités manquent aux parlements nationaux pour que ces derniers exercent pleinement le rôle préservateur, réparateur que Benjamin Constant entendait faire jouer à l'institution qu'il avait imaginée. Pour y parvenir, il réclamait la création d'« une autorité indépendante du peuple, comme du pouvoir exécutif »⁵⁴ afin de garantir sa neutralité et qu'elle dispose de plus de « force »⁵⁵ possible. Le but consiste à s'assurer que le pouvoir préservateur poursuive le seul intérêt pour lequel il a été créé -le bon fonctionnement des institutions- et qu'il dispose des moyens de le sauvegarder. Or, les parlements nationaux font défaut sur ces deux aspects. Leur neutralité est à clarifier (A) et leurs prérogatives à renforcer (B).

A- Une neutralité à clarifier

Devant le constat selon lequel « le vice de presque toutes les constitutions a été de ne pas »⁵⁶ l'avoir créé, Benjamin Constant insiste sur « la nécessité d'un pouvoir neutre, intermédiaire entre les pouvoirs actifs »⁵⁷. Pour s'assurer de la neutralité de cet organe et la conserver, il prévoit des garanties statutaires et veille à ce qu'il ne puisse poursuivre que l'intérêt pour lequel il a été institué afin d'éviter toute tentative d'usurpation. Or, toutes les précautions qui entourent le pouvoir préservateur ne se vérifient pas à l'égard des parlements nationaux.

En ce qui concerne les garanties statutaires, il est prévu, en république, que le pouvoir préservateur soit élu par le peuple⁵⁸ sans que l'Exécutif et le Législatif prennent part à sa désignation. Sont ainsi fixés « des conditions d'âge et de gradualité, et des avantages de fortune »⁵⁹. De telles exigences se retrouvent auprès des parlements

⁵² ISAAC G. et BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey, 2012, p. 187.

⁵³ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 413 ; « C'est au pouvoir préservateur qu'il appartient de prononcer sur les réclamations des associations partielles et sur la compétence des autorités générales », *in ibid.*, p. 448.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 377.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 394.

⁵⁶ CONSTANT B., *Ecrits politiques*, *op. cit.*, p. 326.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 326.

⁵⁸ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 448.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 437.

nationaux. Même la volonté d'un pouvoir neutre « nombreux »⁶⁰ est actuellement satisfaite eu égard au nombre de parlementaires des 28 Etats membres. Toutefois, Benjamin Constant impose que « nul ne devrait être membre du pouvoir préservateur, s'il n'avait occupé des fonctions législatives et exécutives »⁶¹, qu'une fois élu, il est inéligible et surtout que ses fonctions sont à vie⁶². Or, aucune disposition nationale n'instaure de telles limites. La neutralité des parlements nationaux, condition de l'accomplissement de sa fonction, est alors mise en doute faute de correspondre aux impératifs fixés par Benjamin Constant.

En ce qui concerne l'intérêt qui anime le pouvoir préservateur, il faut veiller à limiter ses prérogatives et à distinguer son intérêt des autres. En premier lieu, Benjamin Constant prévient qu'« il suffirait d'une seule attribution pour dénaturer entièrement le pouvoir préservateur, en changeant l'intérêt neutre qui doit l'animer »⁶³. A cet égard, il met en garde contre deux prérogatives : « Si le corps préservateur est chargé d'élire, il aura un intérêt à déposséder. (...) Une autre attribution qui dénaturerait le pouvoir préservateur, serait le droit de concourir comme seconde chambre, à la confection des lois »⁶⁴. Sur ces deux aspects, l'action des parlements nationaux est conforme aux exigences fixées. D'une part, l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct à partir de 1979 a mis un terme à sa désignation par les parlements nationaux ; d'autre part, leur participation dans le processus législatif reste limitée au regard de celle des institutions de l'Union. De plus, l'ampleur des pouvoirs qu'ils détiennent dans cette procédure législative est loin d'atteindre ceux du roi qui incarnait le pouvoir neutre en monarchie constitutionnelle⁶⁵.

En second lieu, Benjamin Constant avertit du risque que le pouvoir préservateur soit « de fait homogène avec l'un des deux autres pouvoirs »⁶⁶, à savoir l'Exécutif et le Législatif. Pour garantir sa neutralité, il doit avoir « un intérêt distinct de celui du peuple »⁶⁷ et « de l'intérêt du gouvernement »⁶⁸ mais aussi être intéressé « à la liberté du peuple »⁶⁹ et « au maintien du gouvernement »⁷⁰. Le dispositif consiste en ce que le pouvoir préservateur ait un intérêt à déclencher les prérogatives qu'il détient pour départager le pouvoir populaire et le pouvoir exécutif sans pour autant favoriser l'un des deux dans le but d'asseoir son autorité sur les deux autres. Autrement dit, il s'agit de penser les conditions d'une action mue par le seul intérêt de garantir le bon

⁶⁰ *Ibid.*, p. 438.

⁶¹ *Ibid.*, p. 438.

⁶² *Ibid.*, p. 448.

⁶³ *Ibid.*, p. 385.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 385.

⁶⁵ « Voyez comme la constitution anglaise emploie le pouvoir royal à mettre fin à toute lutte dangereuse, et à rétablir l'harmonie entre les autres pouvoirs. L'action du pouvoir exécutif est-elle dangereuse, le roi destitue les ministres. L'action de la chambre héréditaire devient-elle funeste, le roi lui donne une tendance nouvelle, en créant de nouveaux pairs. L'action de la chambre élective s'annonce-t-elle comme menaçante, le roi fait sage de son veto, ou il dissout la chambre élective. Enfin l'action même du pouvoir judiciaire est-elle fâcheuse, en tant qu'elle applique à des actions individuelles des peines générales trop sévères, le roi tempère cette action par son droit de faire grâce », in CONSTANT B., *Ecrits politiques, op. cit.*, p. 325.

⁶⁶ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays, op. cit.*, p. 383.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 384.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 384.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 383.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 383.

fonctionnement des institutions indépendamment des bénéfices à en tirer pour son propre compte. Or la position des parlements nationaux est ici ambiguë. Certes, ces organes représentants respectivement leur peuple ne sont pas reconnus formellement par le Traité de Lisbonne, ni comme une institution de l'Union, ni comme une institution représentant les Etats membres. Pour autant, leur extériorité⁷¹, garantie de leur neutralité, est discutable. Les parlements nationaux ne sont pas désintéressés de la mise en œuvre des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 12 du TUE. C'est le cas du *veto* compensant la perte du pouvoir de ratification à l'encontre de toute activation d'une clause passerelle. C'est le cas aussi du contrôle du respect de principe de subsidiarité. Certes, son exercice n'a pour seul but de défendre les compétences législatives des parlements nationaux. Pour autant, « le non-respect du principe de subsidiarité leur porte directement préjudice puisque ce qui, à tort, est évoqué au niveau européen ne l'est plus au niveau national et leur échappe donc. Si la législation européenne empiète sur la législation nationale, c'est leur capacité à légiférer qui en est réduite d'autant »⁷². Ainsi, la mise en œuvre de leurs prérogatives leur permet de protéger leurs compétences. Dès lors, la neutralité des parlements nationaux est discutable du fait qu'ils peuvent tirer un bénéfice de leur action, à moins que cet aspect corresponde, selon Benjamin Constant, à la liberté du peuple dont le pouvoir neutre à un intérêt à la préserver.

B- Des prérogatives à renforcer

Si doter le pouvoir préservateur de certaines prérogatives peut affecter sa neutralité, ne pas lui en accorder certaines rendrait impossible l'exercice de son rôle. Benjamin Constant parvient à cette conclusion : « sans la possibilité de destituer le pouvoir exécutif et de dissoudre le pouvoir législatif, le pouvoir préservateur ne pourrait avoir aucune existence constitutionnelle »⁷³. Certes, de tels pouvoirs s'expliquent par la situation institutionnelle qu'occupe le pouvoir neutre au sein du gouvernement : il est l'intermédiaire entre le Législatif et l'Exécutif. Surtout, destituer discrétionnairement et instantanément l'Exécutif est envisagé comme une nécessité, comme « le seul remède »⁷⁴, pour se prémunir contre sa puissance⁷⁵. Or, les parlements nationaux ne disposent pas de pouvoirs à l'intensité équivalente. Ils ne disposent même pas d'un pouvoir d'annulation⁷⁶. En effet, dans le cadre du contrôle parlementaire du principe de subsidiarité, ils peuvent « au final non pas poser un *veto* au projet législatif européen, mais seulement « demander une seconde délibération » »⁷⁷. Dans le mécanisme d'alerte

⁷¹ « Cette force ne peut pas être dans l'un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile », in CONSTANT B., *Ecrits politiques, op. cit.*, p. 324.

⁷² DE PONCINS E., *Le traité de Lisbonne en 27 clés, op. cit.*, p. 241.

⁷³ CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays, op. cit.*, p. 384.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 388.

⁷⁵ « Le pouvoir exécutif peut usurper ; car il dispose plus ou moins de la force armée, quelques précautions que vous preniez. Mais il peut être en un instant destitué par le pouvoir préservateur. C'est le seul moyen d'arrêter l'usurpation. Si vous avertissiez le pouvoir exécutif, vous le désarmeriez jamais », in *ibid.*, p. 452.

⁷⁶ « Le pouvoir préservateur annule les actes », in *ibid.*, p. 450.

⁷⁷ BEAUDOUIN Ch., *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne, op. cit.*, p. 357.

précoce, le *carton jaune* -c'est-à-dire lorsque le nombre de voix représentés par les avis motivés atteint le seuil d'un tiers de l'ensemble des voix attribuées aux parlements nationaux⁷⁸- adressé à l'auteur du projet de loi ne l'oblige pas à le retirer. Il peut ainsi le rejeter ou le modifier mais aussi le maintenir. Or, si le premier *carton jaune* brandi en 2012 sur la proposition *Monti II* réunissant 12 avis motivés, soit 19 voix, a conduit la Commission à abandonner le projet de loi européenne⁷⁹, en revanche le second en 2013 porté à l'encontre d'un règlement portant création du Parquet européen n'a eu aucun effet malgré l'opposition de 14 parlements nationaux représentant 18 voix : la Commission a maintenu sa proposition le 27 novembre 2013, les parlements n'ayant pas démontré, selon elle, la violation du principe de subsidiarité⁸⁰. Davantage d'effets peuvent ressortir du *carton orange* dès lors que, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, le nombre d'avis motivés représente plus de la moitié des voix. Les Conseil et Parlement européen, soit le Législateur européen, sont saisis afin de se prononcer sur le litige né entre des parlements nationaux récalcitrants et une Commission obstinée. La procédure est alors interrompue seulement si une majorité de 55% des membres du Conseil ou si une majorité des suffrages exprimés au Parlement européen soutient l'initiative parlementaire. Certes, l'opposition parlementaire emporte des effets sur l'action de la Commission. Elle doit motiver son choix et surtout, craignant un désaveu, tient compte de l'éventuelle entente avec le Législateur européen comme en témoigne les motifs du retrait⁸¹ de la proposition *Monti II* le 26 septembre 2012. Pour autant, les parlements nationaux n'ont jamais le dernier mot qui appartient toujours à une institution de l'Union, qu'il s'agisse de la Commission, ou du Législateur européen.

La situation est comparable dans le cadre du contrôle juridictionnel *a posteriori*. Les innovations introduites par le Traité de Lisbonne -une nouvelle modalité de recours en annulation réservé à la seule violation du principe de subsidiarité et un prétoire de la CJUE ouvert aux parlements nationaux même si son accès est formellement indirect- n'y ont rien changé : le *carton rouge*, c'est-à-dire l'annulation de l'acte législatif pour violation du principe de subsidiarité, reste en dernier lieu une décision d'une institution de l'Union, la Cour de justice. Dès lors, l'opposition parlementaire est vaine tant qu'elle demeure isolée, ce qui explique la formulation de l'article 12 du TUE qui ne prévoit qu'une contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union. Or, l'insuffisance de ses prérogatives va à l'encontre des prétentions de Benjamin Constant selon lesquelles « plus (...) le pouvoir préservateur aura de force, moins il en abusera, pouvant plus, il en fera moins »⁸².

Pourtant, l'utilisation de leurs pouvoirs traduise leur volonté d'acquérir plus de « force ». Si aucune annulation n'a encore été prononcée par la CJUE ni aucun recours n'a été formé par les Etats membres, les avis transmis à la Commission et les textes concernés sont en constante augmentation⁸³. Cette surveillance accrue et continue est le

⁷⁸ Le seuil est abaissé à un quart lorsque ledit projet concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

⁷⁹ Commission européenne, *Rapport annuel 2012 sur la subsidiarité et la proportionnalité*, 30 juill. 2013, COM (2013) 566 final, p. 8-10.

⁸⁰ Commission européenne, *Rapport général sur l'activité de l'Union européenne*, 2013, 21 janv. 2014, COM (2014) 12, p. 225.

⁸¹ *Ibid.*, p. 10.

⁸² CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, *op. cit.*, p. 395.

⁸³ Commission européenne, *Rapport annuel 2013 sur la subsidiarité et la proportionnalité*, 5 août 2014, COM (2014) 506 final, p. 4 et 14.

fruit du développement de la coopération interparlementaire⁸⁴. Mais ce sont surtout les dérives de ce contrôle⁸⁵ qui manifestent cette ambition de puissance. Premièrement, certaines assemblées s'aventurent dans le contrôle du respect du principe de proportionnalité, c'est-à-dire au delà du simple examen du principe de subsidiarité dans lequel le Traité de Lisbonne les a cantonnés ; d'autres, deuxièmement, vérifient la compatibilité des projets d'actes législatifs avec les dispositions de leur droit interne, ce qui ne correspond pas à l'objet du contrôle instauré ; enfin, les avis sont l'occasion, troisièmement, pour les assemblées parlementaires d'adresser des demandes ou des recommandations sans lien avec le principe de subsidiarité à l'auteur du projet. Ces dérives manifestent la volonté des parlements nationaux de contribuer davantage au bon fonctionnement de l'Union quitte à sortir du cadre des procédures résultant de l'article 12 du TUE. Renforcer leurs prérogatives leur donnerait la faculté de garantir le bon fonctionnement de l'Union et non plus seulement d'y contribuer. Les parlements nationaux pourraient alors exercer pleinement leur rôle de pouvoir préservateur comme Benjamin Constant l'ambitionner au XIX^e siècle dans un système constitutionnel.

Florian Savonitto
Maître de conférences
Université de Bordeaux – CERCOP/CERCCLÉ
1^{er} juin 2015

⁸⁴ KORNOBIS-ROMANOWSKA D., « La coopération interparlementaire », in *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, Larcier, 2013, p. 228 et s. ; LE BOT O., « L'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans les relations entre le Parlement européen et le Parlement français », in *ibid.*, p. 239 et s.

⁸⁵ Pour plus de détails, DELPEREE Fr. et DOPAGNE Fr., *Le dialogue parlementaire Belgique-Europe*, Bruylant, 2010, p. 20-22.