

Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ?

Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne »*

Les cours constitutionnelles ne représentent-elles pas aujourd'hui l'obstacle le plus sérieux au développement de l'intégration européenne¹ ? Les inquiétudes qu'ont fait naître, pour le succès du processus nécessaire à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale allemande² et de la Cour constitutionnelle de la République tchèque³, contrairement d'ailleurs à la décision du Conseil constitutionnel français⁴, tendent à justifier l'interrogation. Alors que les référendums populaires sur les traités communautaires n'ont, en dernière analyse, qu'une portée relative⁵, que les ratifications parlementaires de ces mêmes traités et les révisions constitutionnelles qui leur sont nécessaires semblent toujours acquises, la jurisprudence des cours constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne pourrait potentiellement constituer le seul obstacle significatif, voire même décisif, à l'irréversibilité d'un processus visant à « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens* ».

L'auteur doit concéder l'extrême modestie de « la » lecture proposée alors que l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande commentée ne l'a été qu'à partir de sources de seconde main, à savoir la version anglaise disponible sur le site de la Cour et une version française provisoire qui nous a été fournie par le ministère chargé des relations avec le Parlement. Je tiens à cet égard à remercier le Professeur Didier RIBES, Conseiller auprès du ministre pour les questions juridiques et institutionnelles, pour son aide.

¹ Sur cette interrogation : N. LENOIR, « Traités européens : l'arbitrage des cours constitutionnelles », *La Tribune*, 9 juillet 2008.

² C.C.F.A., 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*. Pour la version anglaise, voir : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

Un rapport d'information sur cet arrêt a été présenté par Hubert HAENEL, au nom de la commission des affaires européennes, n° 119, 26 novembre 2009, session 2009-2010, 40 p.

Voir également pour des commentaires déjà parus : F. CHALTIET, « Le Traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne », *L.P.A.*, 23 juillet 2009, n° 146, pp. 4-9 ; C. MAURER, « L'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande », *Daloz*, 2009, p. 2912 ; TH. RAMBAUD, A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 1279-1282 ; D. SIMON, « La Cour de Karlsruhe et le traité de Lisbonne : oui mais... », *Europe*, n° 8, août 2009, Repère 8.

³ C.C.T., 26 novembre 2008, Pl. ÚS 19/08 et 3 novembre 2009, *Traité de Lisbonne*. Au moment où ces lignes sont écrites, seule la première décision est disponible en anglais sur le site de la Cour : http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-19-08.php.

⁴ C.C., n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, *JORF*, 29 décembre 2007, p. 21813.

⁵ L'éventuelle réponse négative à la ratification d'un traité peut être « contournée » par un aménagement du traité en question (Traité de Maastricht en 1992 au Danemark) ou par l'emprunt de la voie parlementaire pour l'adoption d'un nouveau traité (Traité de Lisbonne en France), voire du même traité.

L'équilibre du contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union européenne⁶ primaire mérite d'être explicité pour pleinement apprécier la nature et l'étendue de l'obstacle que sont en mesure de constituer les juridictions constitutionnelles. Ce contrôle s'inscrit dans une perspective originale par rapport au contrôle de constitutionnalité des lois. Dans ce dernier cas, et en raison d'une hiérarchisation de l'ordre juridique qui conduit à ce que les procédures de production des normes supérieures soient renforcées par rapport à celles des normes inférieures, la norme objet du contrôle, la loi, peut être plus facilement modifiée que la norme de référence, à savoir la Constitution. La procédure de production des lois de révision constitutionnelle est renforcée par rapport à celle des lois ordinaires. Face une déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi, une alternative s'offre aux pouvoirs publics : soit ils abandonnent la loi ou la modifie pour la mettre en conformité avec la Constitution, telle qu'elle a été interprétée par le juge constitutionnel ; soit ils modifient la Constitution pour pouvoir adopter la même loi. Le choix le plus souvent retenu, compte tenu de sa plus grande souplesse, consiste à abandonner la loi ou à la modifier.

L'équilibre existant dans le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux est différent. Les autorités politiques nationales ne sont en effet susceptibles de disposer librement que de la norme de référence du contrôle, la Constitution, et non de la norme contrôlée, le traité international. Plus précisément, en cas de contrôle *a priori* du juge constitutionnel, les autorités nationales peuvent éventuellement s'engager vers une renégociation du traité ou la formulation de réserves pour un traité international classique. En cas de contrôle *a posteriori*, les marges de manœuvre sont plus réduites encore, la renégociation apparaissant plutôt improbable, seul le couperet de la dénonciation du traité ou du retrait de l'organisation internationale sont envisageables, conformément aux règles du droit international public⁷. En outre, du point de vue du caractère renforcé des procédures de production, il est plus facile de modifier un texte constitutionnel que de modifier un traité qui, comme les traités sur l'Union, impose l'accord de vingt-sept Etats. Il est donc plus aisé de garantir la compatibilité entre la Constitution et le droit de l'Union en modifiant la norme de référence du contrôle, la Constitution, que la norme objet du contrôle, le traité. L'équilibre procédural norme de référence/objet du contrôle est inversé par rapport au contrôle de constitutionnalité des lois. La situation est quelque peu paradoxale et tend à faire peser sur les autorités nationales une responsabilité particulière dans le processus d'intégration européenne. Chaque Etat est en effet en mesure de faire échec à l'entrée en vigueur d'un traité sur l'Union et la marge de manœuvre réelle dont il dispose pour éviter un tel échec consiste, de fait, essentiellement à procéder à une modification de la Constitution.

⁶ L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne au 1^{er} décembre 2009 implique, pour qualifier le droit en vigueur, une modification importante du vocabulaire employé. Avec la disparition de la Communauté européenne, et même s'il existe encore une Communauté européenne de l'énergie atomique, il n'y a plus lieu de parler de droit « communautaire » mais de droit « de l'Union européenne » ou de droit « de l'Union ». En outre, nous appellerons « TUE » le traité sur l'Union européenne et « TFUE » le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁷ Formalisées dans les articles 54, 56 et 65 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 et de la Convention de Vienne du 26 mars 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales.

Dans un tel contexte, les cours constitutionnelles jouent pleinement leur rôle d'aiguilleur en précisant quelle est la voie normative régulière dans l'ordre juridique interne pour pouvoir valablement ratifier un traité international : la voie ordinaire ou la voie constitutionnelle. L'alternative est simple, soit une stipulation d'un traité est conforme à la Constitution et la ratification et, dans les Etats d'inspiration dualiste, la transformation ou la réception se feront par la voie ordinaire ; soit une stipulation est contraire à la Constitution et cette dernière devra être modifiée pour pouvoir permettre la ratification du traité. Les cours constitutionnelles ne représentent pas une menace. Elles ne font qu'accompagner le processus d'insertion ou de réception dans l'ordre juridique interne de normes internationales conventionnelles. Le droit interne est ainsi en mesure d'absorber les éventuelles incompatibilités entre le droit de l'Union et la Constitution en imposant, le cas échéant, la révision de cette dernière.

Face à ce schéma classique, une première réserve doit être formulée avec les « contrelimites », selon l'expression de la doctrine italienne⁸, qui regroupent, en substance, des principes ou des règles nationales insusceptibles d'être altérés par le droit de l'Union. Ces contrelimites sont reconnues par plusieurs cours constitutionnelles européennes et sont opposables, sous leur contrôle, au droit de l'Union en vigueur⁹. Sur le principe, elles sont problématiques vis-à-vis du respect du droit de l'Union, même si celui-ci semble, depuis le traité de Lisbonne¹⁰, l'admettre avec l'affirmation du respect de l'identité nationale des Etats « *inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* » (art. 4 § 2 TUE). Elles le sont également dans la mesure où elles correspondent parfois aussi à des limites au pouvoir de révision constitutionnelle, comme c'est le cas par exemple en Allemagne ou en Italie. Pour ne prendre que ce dernier exemple, les principes suprêmes de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne humaine sont non seulement des limites au droit de l'Union en vigueur¹¹, mais également des limites aux lois de révision constitutionnelle¹². Avec une conséquence problématique : si le droit de l'Union méconnaît de tels principes, le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas intervenir de manière valable pour assurer la compatibilité entre les deux ordres juridiques. Seule l'adoption d'une nouvelle Constitution ou la modification du traité serait en mesure de lever l'obstacle tiré de la non conformité du droit de l'Union à ces principes. Le risque est patent. En pratique, il semble ne devoir concerner que des situations marginales.

⁸ L'expression de « *controlimitazioni* » a été utilisée pour la première fois par P. BARILE (« *Il cammino comunitario della Corte* », *Giur. cost.*, 1973, p. 2416). En Italie, aux limitations de souveraineté impliquées par le droit de l'Union seraient opposables des « contrelimites » tirées du respect des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel et des droits inaliénables de la personne humaine.

⁹ Voir *infra*, § I, A.

¹⁰ Et avant lui, mais avec le succès que l'on sait, le traité établissant une Constitution pour l'Europe (art. I-5). A l'origine, en 1992, le traité sur l'Union européenne se référait à l'identité nationale mais de manière plus discrète sans qu'une portée normative véritable ne puisse lui être reconnue. L'article F 1 du traité stipulait : « *L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques* ».

¹¹ Voir *infra*, § I, A.

¹² C.C.I., n° 1146, 29 décembre 1988, R.U., Vol. LXXXIX, p. 627 et s., *in diritto* § 2.1.

Si le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle tchèque s'inscrivent globalement dans cette perspective classique à l'occasion de l'examen du traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle fédérale allemande emprunte en partie une voie plus originale qui justifie que notre propos se concentre sur son arrêt du 30 juin 2009¹³. Cette originalité se matérialise à deux points de vue. La Cour impose en premier lieu aux autorités nationales d'adopter un certain comportement afin de garantir la compatibilité du droit de l'Union avec la Loi fondamentale¹⁴. La technique contentieuse s'apparente aux décisions interprétatives ou, selon l'expression française, aux réserves d'interprétation. L'utilisation d'une telle technique pour le contrôle de constitutionnalité d'engagements internationaux n'est pas originale, le Conseil constitutionnel le fait¹⁵, et elle n'est pas forcément problématique vis-à-vis du droit conventionnel. Tant que les réserves s'inscrivent dans la marge de manœuvre offerte aux Etats, il n'y a pas de risque de conflit. Aussi longtemps que l'attitude dictée aux autorités nationales par le juge constitutionnel, pour assurer la compatibilité du droit international conventionnel avec la Constitution, sera permise par le premier, la technique des réserves pourra être utilisée sans heurt. Tel n'est cependant pas le chemin emprunté par la Cour de Karlsruhe. Celle-ci oblige les autorités nationales à adopter une attitude contraire au droit de l'Union précisément pour garantir le respect par celui-ci de la Loi fondamentale. Le droit de l'Union n'est pas directement affecté, seules les autorités nationales doivent intervenir ; mais l'intervention de ces dernières, telle qu'elle est dictée par la Cour, est contraire au droit de l'Union. La Cour utilise une technique neutre, du point de vue du droit de l'Union, qui est préservé de toute modification, emportant des conséquences qui ne le sont pas, le droit de l'Union étant méconnu.

L'appréciation de la conformité à la Constitution du « traité de Lisbonne » amène en second lieu la Cour à identifier un niveau minimum de compétences substantielles devant être préservé au profit de l'Etat face à l'intégration européenne. Cette exigence, déjà présente dans l'arrêt de la Cour sur le traité de Maastricht¹⁶, est pleinement exploitée dans l'arrêt de 2009. Alors que la limite au droit de l'Union issue des principes intangibles demeure relativement lointaine et incertaine, la mise en évidence d'un seuil minimum de compétences devant être garanties au profit l'Etat présente une acuité toute autre dans un processus d'intégration européenne visant à accroître soit les domaines de compétence transférés à l'Union, soit l'étendue des transferts réalisés. Les limites à l'intégration deviennent plus tangibles et, surtout, directement utilisables face aux modifications des traités institutifs. Elles dessinent indirectement les contours d'un Etat européen, seul un tel

¹³ Voir cependant pour un commentaire de la décision du Conseil constitutionnel sur le traité de Lisbonne et de la décision sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, compte tenu du lien entre ces deux décisions, cette *revue*, respectivement n° 74, 2008, pp. 310-336 et n° 62, 2005, pp. 330-357.

Certains points de l'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 26 novembre 2008 seront ponctuellement abordés dans le commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

¹⁴ Voir sur cette possibilité pour la Cour : M. FROMONT, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 172.

¹⁵ Voir *infra*, II B.

¹⁶ C.C.F.A., 12 octobre 1993, *Traité de Maastricht*, C. 2. 3, pour des extraits de cet arrêt traduits en français : R.U.D.H., 1993, pp. 286-292.

Etat étant en mesure de pouvoir dépasser ces limites, mais tout référentiel étatique (national) n'a alors plus, en principe, de raison d'être.

Ces deux tendances contribuent à renverser les rapports de force entre le droit communautaire et le droit constitutionnel précédemment décrits. La Cour constitutionnelle ne met pas tant l'accent sur les modifications constitutionnelles internes nécessaires au développement de l'intégration européenne que sur les obligations qui pèsent sur le droit de l'Union afin de préserver, dans un sens large, l'identité nationale. La logique d'irréversibilité d'un processus d'intégration européenne tendant systématiquement à se renforcer, déjà mis à mal en externe¹⁷ par l'échec du traité établissant une Constitution pour l'Europe, se voit nettement balisée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Dans l'arrêt du 30 juin, la Cour examine trois actes différents : la loi d'approbation du traité de Lisbonne, la loi de révision constitutionnelle consécutive à ce traité¹⁸ et la loi sur l'extension et le renforcement des droits du *Bundestag* et du *Bundesrat* dans les affaires touchant à l'Union européenne. Deux types de recours ont été exercés contre ces textes : le conflit de compétences et le recours individuel (direct)¹⁹. Le volume de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande est considérable. Il inspire le respect et même la crainte. Il comprend 421 considérants et débute par un cours de droit institutionnel de l'Union particulièrement pédagogique, mettant en avant les différentes étapes de la construction communautaire pour se focaliser sur les apports du traité de Lisbonne (§ 2 à 97). Cette solide systématisation doctrinale entreprise par la Cour apparaîtra étonnante au lecteur français, qui pourra même regretter le laconisme de ses juges. Ce même lecteur apprendra d'ailleurs, avec tout autant d'étonnement, dans un autre développement de théorie générale du droit constitutionnel cette fois, que la France s'inscrit, comme les Etats-Unis, dans un système présidentiel (§ 269). La lecture de cet ensemble demeure éprouvante, d'autant que l'examen au fond de la compatibilité entre « le traité » et la Constitution est divisé en

¹⁷ Nous n'envisagerons pas ici les raisons internes à l'Union tendant à un certain ralentissement du processus d'intégration et à une différenciation des niveaux d'intégration (euro, espace Schengen, coopérations renforcées), liées, plus ou moins directement, au nombre toujours plus important de ses Etats membres.

¹⁸ Voir sur les limites opposables aux lois de révision constitutionnelle en République fédérale d'Allemagne : M. FROMONT, « La révision de la constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *R.D.P.*, 2007, n° 1, pp. 1-22.

¹⁹ Pour le contrôle du traité de Lisbonne, les saisines du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle tchèque sont autrement plus simples. Le premier est saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution par le Chef de l'Etat de la conformité à la Constitution du traité de Lisbonne. La seconde est saisie par le Sénat sur le fondement de l'article 87 § 2 de la Constitution de la conformité de certaines stipulations du traité de Lisbonne au regard de certaines dispositions constitutionnelles. Contrairement au contrôle du Conseil constitutionnel, le contrôle exercé par la Cour tchèque n'est pas un contrôle intégral. Il se limite à la requête des auteurs de la saisine tant du côté des stipulations contestées que du côté des normes constitutionnelles invoquées. Un tel choix posé par la Cour dans ce qui constitue son premier examen de la constitutionnalité d'un engagement international ouvre une insécurité juridique certaine puisque d'autres recours sont en mesure d'être intentés contre le même traité, à condition qu'ils interviennent avant sa ratification. La Cour constitutionnelle allemande n'exerce pas non plus formellement, compte tenu des voies de droit utilisées, de contrôle intégral. Toutefois, en substance, et contrairement à la Cour tchèque, l'étendue de son contrôle tend à apprécier la conformité à la Constitution de l'ensemble du traité. En tout état de cause, les arrêts rendus par les trois juges constitutionnels sont tous intervenus *a priori*.

Voir d'une manière générale, sur les compétences de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : M. FROMONT, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *précit.*, pp. 166-171.

deux par la Cour, selon un schéma classique. Après avoir explicité de manière générale les contraintes pesant sur le droit de l'Union dans un sens large (§ 207 à 272), la Cour apprécie, dans des développements ultérieurs et séparés (§ 273 à 419), la conformité des stipulations du traité à ces contraintes, ce qui conduit à un certain nombre de répétitions, à des doubles emplois et parfois aussi à des adaptations ou des reformulations.

Sans entrer dans les détails de l'examen de la recevabilité des recours (§ 99 à 135), il y a lieu de remarquer que le recours individuel contre des lois, même si celles-ci ne sont pas en vigueur, est admis (§ 170). La Cour considère que le texte auquel elles font référence, le traité de Lisbonne, deviendra en tout état de cause obligatoire une fois que ces lois entreront en vigueur. Le recours individuel exercé par un membre du *Bundestag* est également reconnu valable car celui-ci l'exerce en tant que citoyen et non en tant que parlementaire (§ 169). Alors que les requérants doivent être touchés de manière individuelle, directe et actuelle, la Cour reconnaît, au regard de l'argumentation développée, l'atteinte à un droit fondamental tiré de l'article 38 § 1 de la Loi fondamentale selon lequel : « *les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret* »²⁰. A l'occasion de l'examen de la constitutionnalité du traité de Maastricht, c'était également la violation de ce droit fondamental qui était invoqué devant la Cour²¹.

Sur le fond, trois griefs essentiels seront opposés à la loi d'approbation du traité de Lisbonne : le droit à l'autodétermination démocratique, le droit à une participation libre et égale de la puissance étatique et le respect du principe de démocratie, tous tirés du droit de vote « *en tant que droit assimilé à un droit fondamental* » (§ 208). La Cour y intègre le respect des principes contenus dans l'article 79 § 3 de la Loi fondamentale²² qui caractérise l'identité de la Constitution. La violation de l'identité constitutionnelle porte en effet atteinte « *du point de vue du principe de démocratie, au pouvoir constituant du peuple* » (§ 218). La loi de révision constitutionnelle n'est appréciée, conformément aux prescriptions constitutionnelles sur ce point, qu'au regard de l'article 79 § 3 de la Constitution. Enfin, la loi sur l'extension et le renforcement des droits du *Bundestag* et du *Bundesrat* dans les affaires touchant à l'Union européenne est examinée au regard de l'article 38 § 1 et de l'article 23 (clause constitutionnelle générale d'ouverture à l'Union) § 1 de la Loi fondamentale, faute de prévoir une participation satisfaisante du *Bundestag* et du *Bundesrat*.

²⁰ Selon la traduction française de la Loi fondamentale disponible sur le site du gouvernement fédéral allemand : http://www.bundesregierung.de/Content/FR/_Anlagen/loi-fondamentale.property=publicationFile.pdf.

²¹ Voir pour une analyse de l'argumentation dans le même sens du requérant, fondée sur l'article 38 de la Loi fondamentale, à l'occasion de l'examen par la Cour constitutionnelle fédérale du traité de Maastricht : C. AUTEXIER, B. GENIUS-DEVIME, « Jurisprudence constitutionnelle étrangère. La Cour constitutionnelle fédérale, l'ordre constitutionnel allemand et le traité de Maastricht (à propos de la décision du 12 octobre 1993) », cette *revue*, n° 18, pp. 423 et s.

Voir également sous cette décision : C. GREWE, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht : l'Union européenne et les droits fondamentaux », *R.U.D.H.*, 1993, pp. 226-231 ; D. HANF, « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale sur la constitutionnalité du traité de Maastricht. Un nouveau chapitre des relations entre le droit communautaire et le droit national », *RTD eur.*, n° 30, 1994, pp. 391-499.

²² Selon lequel : « *Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite* ».

La Cour rejette au fond les griefs invoqués contre la loi d'approbation du traité et la loi de révision constitutionnelle. Cette décision de rejet n'est pas pour autant neutre pour le droit de l'Union. L'examen de la compatibilité du traité avec la Loi fondamentale conduit la Cour à poser un certain nombre de limites à la construction européenne. En outre, l'arrêt de la Cour ne constitue pas seulement une décision de rejet. Le juge constitutionnel constate également l'inconstitutionnalité de la loi sur l'extension et le renforcement des droits du Parlement dans les affaires européennes, tout en explicitant quels éléments la future législation devra intégrer. La Cour adresse ainsi des injonctions aux autorités nationales pour l'application du droit communautaire et, plus exactement, dans la manière de tirer les conséquences dans l'ordre interne de stipulations communautaires. Ces injonctions tendent cependant à placer la future législation allemande en contrariété avec le droit de l'Union. L'incompatibilité de ce dernier avec la Loi fondamentale est levée par la seule voie législative ordinaire, mais l'utilisation de cette voie génère une irrégularité du droit national par rapport au droit de l'Union.

L'arrêt de la Cour s'inscrit dans un double mouvement aux finalités différentes. *Omnia petita*, la Cour met en avant les éléments qui permettent de préserver le respect de la Loi fondamentale par le droit de l'Union. Il s'agit pour la Cour de dégager les garanties internes qui permettent de veiller à ce que la Loi fondamentale soit préservée face à la construction européenne (§ I). *Ultra petita*, elle fixe les éléments qui, dans la Loi fondamentale, constituent une limite à la construction européenne (§ II). Elle tend à dicter ce que la construction communautaire ne peut pas faire, jusqu'où elle ne peut pas aller « à organisation européenne constante »²³. La Cour dépasse la seule question qui lui est posée de compatibilité du traité avec la Loi fondamentale pour se saisir de l'avenir de la construction européenne en y posant des limites structurelles et substantielles.

§ I – *Omnia petita* : la préservation de la Loi fondamentale par la construction européenne

A partir des griefs invoqués contre la loi d'approbation, tirés de l'article 38 § 1 de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale allemande appréhende dans son ensemble les difficultés d'ordre constitutionnel soulevées par le traité de Lisbonne. De fait, il est possible de considérer que le contrôle de la Cour est un contrôle intégral sur l'ensemble du traité qui lui est déféré. En substance, la démarche suivie par la Cour présente une originalité pour le lecteur familier à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La perspective qu'elle adopte est significative. Il ne s'agit pas tant d'apprécier strictement la compatibilité du traité de Lisbonne avec la Loi fondamentale que d'établir par quels moyens le traité lui-même et, plus largement, le

²³ Voir également pour une lecture en substance identique sur ce point : TH. RAMBAUD, A. ROBLLOT-TROIZIER, « Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel », *précit.*, p. 1282.

droit de l'Union est en mesure d'être et de demeurer conforme à la Constitution. Le point de vue est national. Là où, conformément à l'énoncé de l'article 54, la Constitution française impose une révision préventive pour permettre la ratification d'un traité ayant été déclaré par le juge constitutionnel comme lui étant contraire, la Loi fondamentale allemande, telle qu'interprétée par la Cour, place au premier plan de la réflexion la Loi fondamentale qui ne doit pas être affectée par le droit de l'Union. C'est à celui-ci de céder face à celle-là et non l'inverse, comme en France.

Ainsi, dans l'immédiat, et pour ce qui concerne les seuls apports du traité de Lisbonne, la Cour adresse un certain nombre d'injonctions aux autorités nationales et, plus exactement, au Parlement afin de permettre une application du droit de l'Union conforme à la Loi fondamentale (B). De manière plus générale et plus classique, la Cour rappelle le contrôle résiduel qu'elle est susceptible d'exercer, au nom du respect des « contrelimites », sur l'ensemble du droit de l'Union afin de préserver, de manière continue, la compatibilité de celui-ci avec la Loi fondamentale (A).

A – Le contrôle résiduel du respect des contrelimites par la Cour

L'existence d'un noyau dur de principes constitutionnels insusceptibles d'être affectés par le droit de l'Union ne présente aujourd'hui aucune originalité au point qu'il est possible d'y reconnaître une tradition constitutionnelle commune aux Etats membres. Le droit de l'Union l'a même expressément admis, d'abord dans l'article 6-I du Traité établissant une Constitution pour l'Europe²⁴ et, depuis le traité de Lisbonne, dans l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne. Selon ce dernier, « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». De manière plutôt singulière, le droit de l'Union habilite les Etats à se préserver de son emprise lorsque leur identité constitutionnelle est affectée. La violation du droit de l'Union est autorisée au nom du respect de valeurs essentielles des Etats.

Le droit de l'Union valide ainsi les différentes jurisprudences des juridictions constitutionnelles qui entendent opposer au droit communautaire en vigueur, selon les Etats, les principes suprêmes de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne humaine en Italie²⁵, « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »²⁶, les « principes fondamentaux de l'Etat démocratique et social de droit institué par la Constitution nationale » en Espagne²⁷, les principes intangibles de l'ordre constitutionnel allemand²⁸, ou encore la base matérielle de l'ordre

²⁴ Voir *supra*, note n° 9 avec la référence à l'article F 1 originel du TUE.

²⁵ Arrêt de principe : C.C.I., n° 183, 27 décembre 1973, R.U., Vol. XXXIX, p. 503 et s., *in diritto* § 9.

²⁶ Décision de principe : C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88, cons. 19.

²⁷ Arrêt de principe : T.C.E., n° 1/2004 (déclaration), 13 décembre 2004, BOE, 4 janvier 2005, II - 2.

²⁸ Arrêt de principe : C.C.F.A., 29 mai 1974, R.T.D.E., 1974, p. 316, en droit, § I - 3.

constitutionnel tchèque²⁹. La jurisprudence de la Cour de justice elle-même s'inscrit d'ailleurs, la Cour de Karlsruhe le relève à juste titre (§ 340), dans une perspective équivalente vis-à-vis du droit international conventionnel classique. Dans l'arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi*, la Cour de Luxembourg a en effet jugé que « les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux »³⁰.

Dans l'ordre juridique allemand, les contrelimites ont été formellement constitutionnalisées par la révision constitutionnelle du 21 décembre 1992. L'article 23 de la Loi fondamentale dispose que « pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale ». Il subordonne la participation de la République à l'Union au respect par celle-ci des principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie, au principe de démocratie et des droits fondamentaux et formalise ainsi dans le texte constitutionnel des limites antérieurement d'origine jurisprudentielle³¹.

Autre originalité des contrelimites allemandes, elles sont plus larges que celles mentionnées et qui sont communes à plusieurs cours constitutionnelles. Dans l'arrêt du 30 juin 2009, la Cour ne reprend cependant que deux des trois catégories de contrelimites : le respect des principes intangibles de l'ordre constitutionnel allemand et l'*ultra vires*. La question du niveau de protection des droits fondamentaux³² dans l'Union n'est pas évoquée, même s'il est possible de considérer qu'elle est absorbée par le respect des principes intangibles au sein desquels les droits fondamentaux sont intégrés. La célèbre jurisprudence de la Cour, *so lange*, ne semble donc pas être abandonnée, d'autant plus qu'elle demeure formalisée dans l'article 23 § 1 de la Loi fondamentale. Il y a lieu de remarquer que la Cour constitutionnelle tchèque, dans l'arrêt sur le traité de Lisbonne, s'inscrit dans la droite ligne de la Cour de Karlsruhe, qu'elle cite en l'occurrence, tant sur l'*ultra vires* que sur le respect des droits fondamentaux³³.

Le respect des principes intangibles de l'ordre constitutionnel allemand, consacré par l'article 79 § 3 de la Loi fondamentale, qui, selon la Cour, « définissent l'identité de la Constitution » (§ 208) est directement relié à la violation du droit de vote telle qu'elle est soulevée par les

²⁹ Arrêt de principe : C.C.T., 26 novembre 2008, Pl. ÛS 19/08, *précit.*, § 86

³⁰ C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, § 285.

³¹ Voir la jurisprudence de la Cour : C.C.F., 29 mai 1974, *R.T.D.E.*, 1974, p. 316 ; 22 octobre 1986, *R.T.D.E.*, 1987, p. 537 ; 12 octobre 1993, *R.U.D.H.*, 1993, p. 286 ; 7 juin 2000, *R.T.D.E.*, 2001, p. 156.

³² Voir pour un dernier état de la question : C. GREWE, « Le « traité de paix » avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *R.T.D. eur.*, n° 37, 2001, pp. 1-17 ; I. PERNICE, « Les bananes et les droits fondamentaux : la Cour constitutionnelle fait le point », *C.D.E.*, 2001, n° 3-4, pp. 427-440

³³ C.C.T., 26 novembre 2008, *précit.*, § 110 et 139.

requérants. A cet égard, le principe démocratique, invoqué en l'espèce, est considéré comme intangible (§ 216). La Cour rappelle que ce principe, comme l'Etat de droit, l'Etat social, la Fédération et la substance des droits fondamentaux (§ 217), sont indisponibles au pouvoir de révision constitutionnelle et obligent *a fortiori* à tous les organes constitutionnels. Le principe démocratique ne s'impose toutefois pas au niveau de l'Union dans une proportion équivalente à ce qui est exigé au niveau national. Des dérogations à ce principe sont admissibles afin de garantir le respect des exigences issues du droit de l'Union conclu par voie de traités et reposant sur le principe d'égalité des Etats (§ 227). Tout sera ensuite question de savoir la mesure des dérogations constitutionnellement admissibles. S'inscrivant dans un mouvement déjà initié dans la décision du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht³⁴, le juge constitutionnel précise que « *les exigences concrètes concernant le respect des principes démocratiques dépendent de l'étendue des droits souverains transférés et du degré d'indépendance acquis par les procédures d'adoption des décisions européennes* » (§ 261). Il ajoute qu'il n'y pas d'exigence de « *congruence structurelle* » ni d'obligation de concordance, mais seulement « *un aménagement démocratique tenant compte du statut et de la fonction de l'Union* » (§ 266). L'appréciation s'inscrit dans une logique de proportionnalité. Le niveau de démocratie doit correspondre au statut et au fonctionnement de l'Union. Le satisfecit est donné à l'Union même s'il s'accompagne d'une mise en garde. Le juge prévient en effet, selon une formulation familière, *so lange* (encore), « *aussi longtemps que les compétences européennes seront distribuées suivant le principe d'attribution par des décisions prises sur le mode de la coopération, dans le respect de la responsabilité étatique en matière d'intégration, et tant que sera préservé l'équilibre entre les compétences de l'Union et celles de l'Etat, il ne sera ni possible ni nécessaire d'organiser la démocratie de l'Union européenne sur le modèle de celle d'un Etats* » (§ 277). La Cour rappelle enfin qu'elle demeure compétente pour apprécier le respect de ces principes vis-à-vis du droit de l'Union sur le fondement des articles 23 § 1 et 79 § 3 de la Loi fondamentale (§ 240).

Le contrôle par la Cour de l'*ultra vires* des institutions communautaires est ensuite réaffirmé avec force dans la décision du 30 juin 2009. Si la Cour admet l'existence et le développement d'une volonté autonome des institutions de l'Union (§ 237), elle ne fait pas pour autant preuve d'une confiance aveugle. Elle exige que le programme d'intégration soit suffisamment précis (§ 236)³⁵. Aussi se reconnaît-elle compétente pour contrôler les actes de l'Union lorsque les institutions excèdent les compétences qui leur ont été attribuées par les traités. L'Union ne dispose que d'une compétence d'attribution et tout excès de pouvoir communautaire sous cet angle est considéré comme une méconnaissance de ce principe. Deux voies de contrôle sont dissociées dans l'*ultra vires* : le contrôle du respect du principe de subsidiarité et le contrôle du respect des droits souverains en cas d'empiètement des compétences (§ 240). Ce contrôle n'est toutefois exercé que lorsqu'il n'existe aucun recours utilisable au niveau de l'Union. L'intervention de la Cour est donc subsidiaire, à défaut de voie de contestation ouverte par le droit de l'Union. Elle ne s'impose que

³⁴ C.C.F.A., 12 octobre 1993, C I 2 b 2) et D.

³⁵ Voir également sur la formulation d'une exigence équivalente l'arrêt de la Cour sur le traité de Maastricht *précité* (C I 3) et l'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque sur le traité de Lisbonne *précité* (§ 135).

parce qu'il n'existe pas « *d'autre moyen de préserver les structures fondamentales politiques constitutionnelles d'Etats membres souverains* » (§ 240). La Cour appelle également à la vigilance de l'ensemble des juridictions allemandes sur les risques d'excès de pouvoir manifeste des institutions de l'Union et semble préconiser, le cas échéant, que la question lui soit renvoyée par la voie préjudicielle (§ 240 et 241). Les effets de la sanction éventuelle du respect du noyau intangible ou de l'*ultra-vires* sont explicités : une déclaration d'inapplication. Dans les deux cas, toutes les voies de droit ouvertes devant la Cour constitutionnelle paraissent pouvoir être utilisées, la Cour envisageant même la création d'une voie spéciale devant elle pour le contrôle du droit de l'Union. Elle considère toutefois, pour ne pas altérer le fonctionnement de l'Union, qu'elle doit être la seule à pouvoir constater une violation de l'identité constitutionnelle ou le caractère *ultra-vires* d'un acte (§ 241). La sanction du respect des contrelimites s'insère dans un modèle de contrôle concentré.

B – Les injonctions adressées aux autorités nationales agissant en application du droit de l'Union

Dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des traités internationaux, la possibilité pour la Cour constitutionnelle fédérale d'adresser des injonctions aux autorités nationales pourrait apparaître surprenante selon une certaine lecture de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette technique se rapproche en effet des réserves d'interprétation, considérées comme inutilisables en cas de contrôle de constitutionnalité de traités internationaux selon l'interprétation dominante au sein du Conseil constitutionnel³⁶. Le juge constitutionnel ne pourrait proposer une interprétation conforme à la Constitution d'une stipulation d'un traité européen, par exemple, faute de pouvoir maîtriser la signification qui sera retenue de cette stipulation par les institutions de l'Union. Une telle analyse n'est toutefois que partiellement convaincante. Lorsque les réserves ne concernent que les autorités nationales, non pas les institutions de l'Union, à qui il s'agit d'indiquer la manière dont elles devront appliquer les stipulations de l'Union, elles ne sont pas *a priori* incompatibles avec le droit de l'Union. Il s'agit de subordonner la constitutionnalité de celui-ci à un comportement déterminé des autorités nationales. Cette technique a déjà été utilisée par le Conseil constitutionnel³⁷ et ne soulève, en principe, aucune difficulté. De telles réserves n'ont qu'une portée interne. Elles sont neutres si elles s'inscrivent dans un possible européen, c'est-à-dire si elles obligent à un comportement qui entre dans la marge de manœuvre laissée aux Etats par le droit de l'Union. Elles sont d'autant moins problématiques, qu'elles permettent de

³⁶ J.-E. SCHOETTL, Note sous C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *A.J.D.A.*, 1998, p. 136. Voir cependant de manière plus nuancée : B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », *R.F.D.A.*, 1992, p. 378.

Contra : « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, août-septembre 2004, p. 10.

³⁷ Voir par exemple, pour des commentaires en ce sens : « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel (A propos de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004) », cette *revue*, n° 62, 2005, pp. 340 et s. ; « Le traité de Lisbonne devant le Conseil constitutionnel : *non bis in idem* ? », cette *revue*, n° 74, 2008, pp. 324, 329 et 334 ; X. MAGNON, D. SIMON, « La jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel (juin 2004-Novembre 2004) », *C.D.E.*, n° 1-2, 2005, p. 255 et s.

garantir la compatibilité d'un traité de l'Union avec la Constitution en n'affectant pas le droit de l'Union, mais seulement le droit national.

Dans l'arrêt du 30 juin 2009, la Cour constitutionnelle s'inscrit de manière significative dans cette voie. Cette technique est ainsi utilisée à plusieurs reprises et à différents titres dans l'arrêt. Elle ne l'est toutefois pas de manière neutre par rapport au droit communautaire. Les injonctions adressées par la Cour aux autorités nationales, sans affecter formellement le droit de l'Union, qui n'a pas à être modifié pour être compatible avec la Loi fondamentale, impliquent une application interne de celui-ci parfois contraire aux prescriptions qu'il édicte.

Concernant l'éventuelle disproportion, déjà évoquée, entre le degré de légitimation démocratique garanti par l'Union et la nature et l'étendue des compétences qui lui sont transférées, la Cour précise par exemple qu'il incombe à l'Etat, dans un tel cas, d'agir pour qu'il en aille autrement et, « *à l'extrême limite, de refuser de continuer à participer à l'Union européenne* » (§ 264). Il n'y a pas ici à proprement parler d'injonction, mais une invitation adressée à l'Etat à agir dans un certain sens afin de maintenir un équilibre démocratique au sein de l'Union. La sanction préconisée par la Cour est lourde puisqu'elle vise à obtenir de l'Etat qu'il cesse de participer à l'Union. Le rapport de force est inversé. Il n'est plus, en application du principe de primauté du droit de l'Union, vertical descendant, de l'Union vers l'Etat, mais vertical ascendant, de l'Etat vers l'Union, dans la même perspective que les contrelimites.

Le représentant de l'Etat allemand au Conseil est également visé par les réserves formulées par la Cour. Pour l'utilisation de forces armées par l'Union, la Cour veille à ce que le domaine de compétence réservé au Parlement soit préservé. Elle interprète le traité de Lisbonne comme ne permettant pas à l'Union d'utiliser les forces armées des Etats sans l'accord de ces derniers ou de leurs parlements (§ 381). Elle précise enfin que pour toutes les décisions au Conseil concernant l'engagement des forces armées, le représentant allemand est tenu, « *en vertu de la Constitution, de rejeter toute proposition de décision qui aboutirait à méconnaître ou à contourner le domaine réservé du Parlement en matière de défense* » (§ 388).

Le cœur des injonctions adressées par la Cour a trait à l'insuffisante légitimation démocratique du droit de l'Union, qui implique une action déterminée et compensatrice des autorités nationales. A cet égard, la Cour juge que « *le niveau de légitimation de l'Union est (...) conforme aux exigences constitutionnelles, à condition que le principe d'attribution soit sauvegardé dans une mesure allant au-delà de ce qui est prévu par les traités* » (§ 275). La garantie du respect de la Loi fondamentale exige de prévoir des modalités d'application qui dépassent ce qui est prévu par les traités. Ce dépassement n'est pas pour autant neutre. Il conduit à renforcer au niveau national l'exercice de procédures prévues par le droit de l'Union, alors même que celles-ci sont des procédures simplifiées n'impliquant aucune intervention nationale. La Cour fait ainsi intervenir les autorités nationales dans des procédures pour lesquelles leur intervention n'était pas requise par le droit de l'Union.

Un certain nombre d'exigences pesant sur le Parlement sont ainsi énoncées, d'abord de manière générale, puis, sont explicitées et concrétisées dans les motifs consacrés à l'examen de la loi sur l'extension et le renforcement des droits du *Bundestag* et du *Bundesrat* dans les affaires touchant à l'Union européenne (§ 406 et s.).

D'une manière générale, la Cour rattache l'intégration européenne au domaine réservé du législateur au sens de l'article 23 § 1 selon lequel : « *la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat* ». Cette compétence réservée doit être considérée comme englobant toute modification des textes institutifs de l'Union européenne. Les organes législatifs doivent donc pouvoir assurer leur responsabilité politique, en suivant une procédure de ratification dans plusieurs situations : en cas de procédure de modification simplifiée, de recours à la clause de flexibilité (art. 352 du TFUE)³⁸, de modifications de compétences déjà décidées dans les traités mais exigeant des actes complémentaires et pour toute modification de stipulations concernant des procédures de décision (§ 243). La compétence de la compétence de l'Etat doit se concrétiser par l'intervention des organes législatifs, dès que les traités originels sont modifiés. Ainsi, dans toutes ces situations, d'« *évolution dynamique des traités* » selon les termes de la Cour (§ 411), elle exige une intervention des organes législatifs selon des modalités différentes.

Pour ce qui concerne la *clause passerelle générale*³⁹ (art. 48 § 7 TUE), ainsi que pour les procédures de révision simplifiée intervenant dans des domaines spécifiques selon une procédure identique (art. 42 § 2 TUE, art. 25 alinéa 2 du TFUE, art. 218 § 8 TFUE, art. 223 § 1 TFUE, art. 262 TFUE, art. 311 § 3 TFUE), une procédure de ratification par une loi d'approbation selon l'article 23 § 1 deuxième et troisième phrase de la Loi fondamentale s'impose (§ 412). Le droit d'opposition reconnu aux parlements nationaux par la clause passerelle générale de l'article 48 § 7, ainsi que par la clause passerelle spécifique de l'article 81 § 3 alinéa 3 TFUE, n'est d'ailleurs pas considéré comme suffisant et équivalent à la réserve de ratification (§ 414). Dans le cadre de ces procédures, le *Bundestag* et le *Bundesrat* doivent donc autoriser le représentant allemand au sein du Conseil à donner son accord par une loi adoptée au titre de l'article 23 § 1 deuxième phrase de la Constitution.

La *clause de flexibilité* (art. 352 TFUE) et l'article 311 § 1 du TFUE⁴⁰ doivent être interprétés de telle sorte que « *le programme d'intégration* » qu'ils envisagent « *reste prévisible et déterminable par les*

³⁸ La clause de flexibilité permet au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, d'adopter des mesures dans un domaine dans lequel l'action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre l'un des objectifs des traités sans que ces derniers n'aient explicitement prévu de pouvoir d'action.

³⁹ Elle permet le passage d'un vote à l'unanimité à un vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil ou le passage d'une procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire par un vote du Conseil européen à l'unanimité après approbation du Parlement à la majorité des membres qui le composent.

⁴⁰ Selon cette stipulation, « *l'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques* ». Insérée dans l'article 6 § 4 du TUE avant le traité de Lisbonne, elle a pu être interprétée comme autorisant une extension des compétences de l'Union. Sans doute devait-elle toutefois être entendue comme une déclaration de politique générale. Le traité de Lisbonne contribue toutefois à apaiser le débat dans la mesure où cette formule se retrouve aujourd'hui en tête d'un chapitre du TFUE sur les ressources propres de l'Union et ne saurait donc avoir qu'une portée financière. Voir en particulier les § 323 et 324 de l'arrêt de la CCFA.

organes législatifs allemands » (§ 322). Si la Cour neutralise la portée de la seconde stipulation, qui ne saurait servir de fondement à une extension des domaines d'action de l'Union (§ 324), elle émet des réserves sur la clause de flexibilité. L'imprécision des cas d'application possibles exige une ratification par les deux chambres du Parlement sur le fondement de l'article 23 § 1 deuxième et troisième phrase de la Constitution (§ 328, voir également § 417).

Pour les *clauses passerelles spécifiques*⁴¹, la Cour exige également que la responsabilité en matière d'intégration soit assumée par les chambres du Parlement ; par le *Bundestag* tout d'abord, mais également par le *Bundesrat*, si les compétences législatives des Länder sont affectées. Elle précise ainsi que le passage du vote à l'unanimité au vote à la majorité qualifiée au Conseil, et donc l'abandon du droit de veto allemand, impose l'accord des organes législatifs, y compris dans des domaines déjà couverts par les traités. Dans l'utilisation des clauses passerelles spécifiques, le gouvernement allemand ne dispose pas d'un pouvoir de décision libre, il doit obtenir l'accord du *Bundestag* et éventuellement celui du *Bundesrat* (§ 320). Une telle exigence concerne un certain nombre de procédures énumérées par la Cour : l'art. 31 § 3 TUE, art. 153 § 2 TFUE, art. 192 § 2 TFUE, art. 312 § 2 TFUE, art. 333 § 1 et 2 TFUE (§ 321 et § 416).

Des réserves du même ordre sont également prononcées dans des domaines spécifiques. Dans le domaine du droit pénal en premier lieu et à propos des articles 82 § 3 et 83 § 3⁴² du TFUE et de ce qui peut être qualifiée de clause de sauvegarde ou de « freinage d'urgence ». La possibilité pour le représentant du gouvernement d'utiliser cette clause de sauvegarde est subordonnée à une instruction en ce sens du *Bundestag* et, si les règles en matière de compétence législative l'exigent, du *Bundesrat* (§ 365 voir également § 418). En outre, si la procédure passerelle générale de l'article 48 § 7 du TFUE devait être utilisée (passage de l'unanimité à la majorité qualifiée) pour étendre les domaines de compétence de l'Union au titre de l'article 82 § 2 alinéa 2 d)⁴³, les deux chambres du Parlement devront au préalable adopter une loi au titre de l'article 23 § 1 de la Loi fondamentale (§ 366). Dans les deux domaines d'application de la clause de sauvegarde, la Cour précise de manière synthétique que « le représentant du gouvernement allemand au Conseil ne pourra exercer ce droit que sur instruction du *Bundestag* et lorsque les règles en matière de compétence législative l'exigent, du *Bundesrat* » (§ 400).

Toujours dans le domaine de la coopération en matière pénale, l'extension de compétences prévue par l'article 83 § 1 alinéa 3 du TFUE exige également l'adoption d'une loi au sens de

⁴¹ Elles permettent dans des domaines particuliers mentionnés dans les traités soit un changement des modalités de vote au Conseil de l'unanimité à la majorité qualifiée soit le passage de la procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire par une décision du Conseil à l'unanimité.

⁴² Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, ces deux stipulations permettent à un membre du Conseil, en cas d'atteinte à un aspect fondamental du système de justice pénale de son Etat de demander, sous certaines conditions, pour un projet de directive visé à l'article 82 § 1 ou à l'article 83 § 1, que la procédure législative ordinaire soit suspendue.

⁴³ Cette stipulation permet d'étendre les compétences de l'Union en matière de coopération en matière pénale par un vote à l'unanimité du Conseil après approbation du Parlement.

l'article 23 § 1 deuxième phrase de la Loi fondamentale, de même que l'utilisation de la clause passerelle générale pour cette stipulation exigera l'accord des deux chambres (§ 419). Le même principe est enfin étendu pour les situations visées à l'article 86 § 4 TFUE (extension des compétences du Parquet européen) et à l'article 308 § 3 TFUE (modification des statuts de la banque de France).

Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile en second lieu, la Cour propose une interprétation particulière de l'article 81 § 3 du TFUE. Ce dernier, par dérogation au § 2 du même article, prévoit l'adoption des mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontalière selon une procédure législative spéciale, le Conseil statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen. Il est interprété comme renforçant le pouvoir des Etats et non comme permettant une extension des compétences du Conseil pour statuer en matière de droit de la famille. La Cour poursuit et précise que, si une autre interprétation était retenue, la compétence visée par l'article 81 § 3 du TFUE ne « *pourrait être exercée sans une intervention constitutive des organes législatifs allemands* » (§ 369).

Ces interprétations n'ont de conséquences directes que pour les autorités allemandes. Toutefois, de manière indirecte, tous les Etats membres seront affectés dans le processus décisionnel de l'Union. Toute procédure de modification simplifiée des traités, dans un sens large, c'est-à-dire sans qu'une procédure de ratification ne soit exigée, sera dépendante du choix du parlement allemand. Celui-ci est potentiellement en mesure de bloquer toute procédure de révision simplifiée, là où les autres Etats ne sont précisément pas en mesure de le faire. En substance, la Cour modifie les traités en empruntant la seule voie possible pour elle : l'application nationale des prescriptions de l'Union. La difficulté provient du fait que la maîtrise de l'Etat sur la modification des traités fait partie des principes intangibles de l'ordre juridique allemand. Une révision de la Constitution ne pourrait donc pas y faire échec, en permettant que le Parlement allemand soit écarté de toutes les procédures de « révision » simplifiées des traités institutifs. Si l'on exclut la renégociation des traités, le seul moyen d'assurer une compatibilité entre ce principe et le droit de l'Union consiste à demander aux autorités nationales, au nom du principe intangible, de méconnaître le droit communautaire. On touche ici le cœur de la difficulté d'un contrôle du droit de l'Union au regard des seuls principes intangibles. En France comme en République tchèque si les clauses de révision simplifiée ont fait également l'objet d'un examen spécifique de la part des juridictions constitutionnelles, la difficulté a été résolue par la voie de la révision constitutionnelle en France et par une interprétation conciliatrice de la Cour constitutionnelle tchèque⁴⁴. En République tchèque, la situation n'en est pas moins complexe car le droit de l'Union est apprécié par la Cour à la fois au regard des normes constitutionnelles « simples », la non-conformité du droit de l'Union avec celles-ci pouvant être contournée par une révision de la Constitution, et par rapport à la base matérielle de la Constitution tchèque, indisponible au pouvoir de révision constitutionnelle.

⁴⁴ C.C.T., 26 novembre 2008, *précit.*, § 147 et s. et § 165 et s.

La diffusion du comportement de la Cour constitutionnelle allemande auprès d'autres cours constitutionnelles est en mesure, potentiellement, d'annihiler les avancées du droit de l'Union en matière d'intégration, de bloquer les processus décisionnel et de conduire à un morcellement du droit de l'Union. Malgré ces risques, la jurisprudence de la Cour apparaît, non sans un certain paradoxe, comme permise par le droit de l'Union. Elle viole le droit de l'Union tout en étant habilitée par celui-ci à le faire. En effet, la jurisprudence de la Cour s'appuie sur le principe démocratique, en tant que principe intangible de l'ordre constitutionnel allemand, ce qui renvoie à l'évidence à l'identité nationale de la République fédérale allemande inhérente à sa structure fondamentale politique et institutionnelle, pour paraphraser les termes de l'article 4 § 2 du TUE. La violation du droit de l'Union est donc couverte par l'article 4 § 2 du TUE. Cette dernière stipulation introduite dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe est apparue comme la contrepartie politique de l'affirmation explicite de la primauté. Avec le traité de Lisbonne, celle-ci a disparu, pas celle-là. L'affirmation du respect de l'identité nationale est une source potentielle de difficulté. Toute violation du droit de l'Union est en mesure d'être justifiée par les Etats au nom de l'identité nationale. Il appartiendra à la Cour de justice de l'Union européenne de l'apprécier mais l'article 4 § 2 du TUE n'en apparaît pas moins comme un cheval de Troie au sein de l'ordre juridique communautaire.

Selon une lecture plus étatiste de la jurisprudence de la Cour, on doit relever que celle-ci pose en définitive une limite indépassable pour une organisation d'intégration : la libre disposition de ses textes institutifs. Une organisation internationale fondée sur des traités se doit de rester une organisation internationale. Ce n'est plus le cas, si elle dispose de ses textes institutifs, elle devient alors autre chose, un Etat *a priori*, qui n'est pas constitutionnellement admissible. La Cour contribue à limiter un mouvement de glissement des traités de l'Union, relativement masqué, vers un renforcement de la libre disposition des textes institutifs par les institutions de l'Union grâce à un nombre de plus en plus significatif de situations de révision simplifiée, clairsemées dans les traités de l'Union. La maîtrise par les Etats des traités est en conséquence mise à mal par le développement de telles procédures. La limite que la Cour y oppose n'est cependant pas la seule qui frappe le développement de la construction européenne. La doctrine de la Cour tend en effet à tracer de manière assez précise d'autres limites au nom du respect de la Loi fondamentale.

§ II – *Ultra petita* : la Loi fondamentale comme limite au développement de la construction européenne

L'étape décisive que constitue le traité de Lisbonne, reprise substantielle mais moins lumineuse à plus d'un titre du traité établissant une Constitution pour l'Europe, dans le processus d'intégration européenne, soulève inévitablement la question de la préservation de la nature de l'Etat. Face à un processus d'intégration toujours plus développé, sans véritables contrepoids démocratiques nationaux, la tentation de fixer une frontière au-delà de laquelle il ne sera pas

possible d'aller est grande. Elle a le mérite de responsabiliser les rédacteurs des traités institutifs européens sur leur champ des possibles et à les inciter, d'un point de vue qualitatif, à renforcer certaines carences substantielles, en comparaison avec les exigences étatiques, d'un système qui, d'un point de vue technique, tend de plus en plus à se rapprocher d'un ordre juridique étatique⁴⁵. L'arrêt de la Cour marque incontestablement un reflux de la logique étatique face à processus dynamique qui est apparu par certains côtés comme inexorable. Ce reflux se manifeste de deux manières. Face à la construction européenne, la Cour affirme d'une part le maintien de l'Etat national à partir d'un discours qui emporte comme corollaire la négation de la nature étatique de l'Union (A). Elle tend d'autre part à poser les limites de la construction européenne au regard de la Loi fondamentale en procédant à une cristallisation du processus d'intégration à Constitution nationale constante (B).

A – L'affirmation du maintien de l'Etat national comme négation de la nature étatique de l'Union

L'inexistence d'un Etat européen ne fait aucun doute. Ce sont les Etats qui restent maîtres des traités et qui disposent ainsi de la compétence de la compétence (§ 231 et § 298). C'est d'ailleurs au nom de ce principe que la Cour a strictement verrouillé toutes les possibilités de modification autonome des traités, c'est-à-dire en dehors de la participation de l'Etat et surtout du Parlement. La Cour va plus loin. Elle considère que « *le pouvoir de l'Union européenne ne peut avoir de sujet de légitimation propre, qui pourrait en quelque sorte se doter d'une Constitution à un échelon supérieur indépendamment de toute volonté étrangère et de par un droit qui lui serait intrinsèque* » (§ 232). Non seulement l'Union n'est pas un Etat mais elle ne pourrait le devenir de manière autonome, c'est-à-dire sans l'aval des Etats, à partir d'un processus de légitimation qui lui serait propre. Dans le prolongement, la primauté de la Constitution sur le droit de l'Union est affirmée : « *le pouvoir de l'Union trouve son fondement dans les droits constitutionnels nationaux* » (§ 234). D'un point de vue symbolique également, le juge constate qu'avec le traité de Lisbonne tout concept constitutionnel est abandonné comme toute terminologie renvoyant à des concepts étatiques (§ 33) : tant les termes de « Constitution », de « ministre des affaires étrangères de l'Union », de « loi », de « loi-cadre » que les symboles de l'Union (drapeau, hymne, devise, monnaie et journée de l'Europe) sont absents des traités sur l'Union⁴⁶. Le maintien de l'Etat national comme limite au développement de l'intégration se concrétise de deux manières pour la Cour. Il convient d'abord de constater, d'un point de vue structurel, que l'Etat allemand n'est pas affecté, en tant que tel, par l'Union. Ensuite, d'un point de vue substantiel, l'existence de l'Etat allemand suppose que celui-ci dispose de compétences et surtout d'une marge d'action substantielle.

⁴⁵ Doit-on d'ailleurs s'attendre à un nouvel intitulé de l'ouvrage de référence de D. SIMON, *Le système juridique communautaire* (3^{ème} édition, 2001, PUF, 779 p.) : *L'ordre juridique communautaire* ?

⁴⁶ Même si, dans la déclaration n° 52 aux traités, seize des vingt sept Etats membres reconnaissent les symboles contenus dans l'article I-8 du traité établissant une Constitution pour l'Europe comme étant les symboles de l'Union. L'Allemagne fait partie de ces Etats, pas la France ni la République tchèque.

D'un point de vue structurel, la Cour vérifie à trois points de vue le maintien d'un Etat allemand face au processus d'intégration européenne tel qu'il résulte en dernier lieu du traité de Lisbonne. Elle reprend les trois éléments de définition sociologique d'un Etat, consacrés par le droit international public pour reconnaître l'existence d'un Etat : un pouvoir souverain, un territoire et un peuple. L'argumentation de la Cour a toutefois une double dimension plus ou moins explicite. Il s'agit autant de marquer la préservation de la qualité d'Etat de la République fédérale allemande, ce qui répond à la question de la compatibilité du traité avec l'ordre juridique allemand, que de démontrer, les questions étant de toute façon indissolublement liées, que l'Union n'est pas, voire ne pourrait être, un Etat.

La Cour constate en premier lieu qu'avec le traité de Lisbonne le pouvoir souverain de l'Etat est préservé à plusieurs égards : par les principes d'attribution des compétences, au regard des nouvelles procédures de modification des traités⁴⁷, par l'existence d'un droit de retrait et par une neutralisation du principe de primauté du droit de l'Union (§ 299). Sur ce dernier point en effet, la Cour renvoie à la déclaration n° 17, annexée aux traités de Lisbonne, qui gèle le droit en vigueur en matière de primauté du droit de l'Union à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice. Pour la juridiction constitutionnelle, cette primauté ne peut permettre d'écarter des dispositions de rang constitutionnel (§ 331) ; elle « *a toujours sa source dans la Constitution* » nationale (§ 332). D'un point de vue technique, la primauté dérive de la Constitution et plus précisément, de « *l'ordre d'application donné par la loi d'approbation* » (§ 339 et § 343), autrement dit, selon une approche dualiste, par l'acte de réception du traité européen dans l'ordre interne. La primauté constitutionnelle sur le droit de l'Union demeure le principe. La Cour poursuit l'analyse du principe dans les effets qu'il produit sur le droit interne – non constitutionnel – contraire. Il ne s'agit que d'une primauté d'application, la contrariété impliquant une application préférentielle du droit de l'Union, sans que la validité du droit national ne soit affectée (§ 335). La primauté n'empêche pas non plus l'exercice des compétences de la Cour constitutionnelle fédérale sur les actes de l'Union qui dépasseraient le cadre des compétences régulièrement transférées (§ 338). Afin de limiter encore la portée du principe de primauté, la Cour subordonne sa pleine efficacité à l'applicabilité directe de l'acte européen, ce qui permet d'écarter du domaine de la primauté notamment les décisions prises dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (§ 342).

Dans sa lecture étatique du traité de l'Union, la Cour constate en deuxième lieu que le traité de Lisbonne n'affecte pas le territoire de l'Allemagne. Quelles que soient les atténuations qu'a pu subir le principe de maîtrise exclusive par l'Etat de ses frontières (marché intérieur, espace Schengen), il n'en demeure pas moins que c'est toujours l'Etat qui a admis de telles atténuations. La puissance de l'Etat s'exerce donc toujours sur son territoire (§ 344). De plus, il n'existe pas de

⁴⁷ Sous réserve des obligations pesant sur les autorités nationales pour tous les cas de modifications simplifiées des traités n'exigeant pas de procédure de ratification des Etats, voir *supra* § I B.

territoire de l'Union autonome et distinct des territoires des Etats (§ 345). Le territoire de l'Union est dérivé de celui des Etats.

En troisième lieu enfin, le peuple « étatique » allemand n'est pas altéré par le traité de Lisbonne. La citoyenneté européenne demeure dérivée de la volonté des Etats, selon la Cour, et elle repose d'ailleurs sur les nationalités des Etats membres sans s'y substituer. Le juge constitutionnel ajoute encore que cette citoyenneté « ne saurait donner lieu à l'apparition d'un peuple de l'Union, qui serait appeler à s'autodéterminer, en qualité de sujet de droit autoconstituant » (§ 346)⁴⁸. La formule est significative. Elle semble exclure toute possibilité de processus constituant spontané et autonome qui verrait le jour grâce à la création d'un peuple européen sous l'influence des traités. Si un processus constituant visant à l'adoption d'une Constitution européenne ne saurait être totalement exclu, ce que la Cour reconnaît par ailleurs (§ 263)⁴⁹, il ne pourrait avoir comme centre d'impulsion que les Etats ou les peuples des Etats et pas un peuple européen qui, s'il existait ou était en voie de constitution, tendrait à faire perdre leur caractère étatique aux Etats (nationaux). C'est cette idée que l'on croit percevoir derrière l'affirmation de la Cour. Il ne saurait y avoir dans les traités institutifs de l'Union aucun élément susceptible de faire perdre aux Etats leur maîtrise sur ces traités que ce soit par des procédures de révisions spéciales ou par la création d'une entité, un peuple européen, à même de relayer au second plan les peuples nationaux. La Cour poursuit en ce sens en ajoutant que « l'instauration de la citoyenneté de l'Union n'emporte pas création d'un Etat fédéral » (§ 347) ou encore que « la citoyenneté de l'Union n'est pas un facteur qui culturellement ou normativement précède les traités en vigueur et qui à partir duquel pourrait émerger un processus constituant » (§ 348) ou enfin que le traité n'entend « nullement créer un sujet personnel indépendant de légitimation à l'échelon européen » (§ 349).

D'un point de vue substantiel, le maintien de l'Etat allemand se traduit également par d'autres exigences. Le principe de démocratie impose, au niveau national, que le *Bundestag*, élu au suffrage universel direct, dispose de droits suffisants et qu'il bénéficie d'une marge de manœuvre suffisante (§ 211)⁵⁰. Cette exigence générale est confirmée à diverses reprises dans l'arrêt de la Cour. Au nom du même principe de démocratie, et face à l'intégration européenne, le *Bundestag* doit garder « une influence déterminante sur l'évolution politique en Allemagne », soit en gardant « des missions et des compétences d'un poids politique substantiel », soit « si le gouvernement fédéral politiquement responsable devant lui est en mesure d'exercer une influence déterminante sur les processus de décision européens » (§ 246). La souveraineté de l'Etat n'est pas seulement garantie de manière formelle par la maîtrise sur les textes institutifs de l'Union, maîtrise qui est en l'occurrence partagée avec d'autres Etats, mais d'un point de vue substantiel par le maintien d'un pouvoir véritable au niveau national au profit du Parlement ou d'une influence déterminante du gouvernement fédéral dans le processus de décision européen. La Cour fixe ici clairement une limite à l'évolution de l'intégration dans le sens d'une extension continue et constante des compétences ou de l'étendue des compétences

⁴⁸ Selon la version anglaise : « which would be competent to exercise self-determination as a legal entity giving itself a constitution ».

⁴⁹ Voir *infra*, B.

⁵⁰ Voir sur ce point également l'arrêt de la Cour sur le traité de Maastricht précité (C 1. 2. b 2 et C 2. 3).

transférées. Il est un seuil minimum de compétences pour lesquels une maîtrise nationale doit être maintenue. Selon la Cour, l'intégration européenne « *ne doit pas priver les Etats membres de la marge de manœuvre politique nécessaire pour déterminer les conditions de vie économiques, culturelles et sociales* » (§ 249). Le juge constitutionnel dresse même la liste des domaines de compétences particulièrement concernés par cette réserve étatique incompressible. Tel est le cas « *des domaines ayant un fort impact sur les conditions de vie des citoyens* » et des « *domaines essentiels d'action démocratique* ». La liste n'est ensuite pas exhaustive, tout en étant pourtant large : espace privé de responsabilité et de sécurité personnelle et sociale des citoyens, décisions politiques particulièrement tributaires de préconceptions culturelles historiques et linguistiques, la citoyenneté, le monopole de la force civile et militaire, les atteintes aux droits fondamentaux et notamment la privation de liberté, les questions culturelles comme l'utilisation de la langue, le régime de la famille et de la formation, les libertés d'opinion, de la presse et d'association et le régime juridique de la liberté religieuse et de la liberté de conscience.

Cinq domaines sont plus précisément identifiés par la Cour comme étant des « *domaines particulièrement sensibles pour la capacité d'autodétermination démocratique d'un Etat démocratique* » : « *le droit pénal matériel et formel, le monopole de la force, policière à l'intérieur et militaire vers l'extérieur, les recettes fiscales et les dépenses publiques (...), l'aménagement des conditions de vie conformément au principe de l'Etat social ainsi que les décisions particulièrement importantes sur le plan culturel (...) en matière de droit de la famille, de système scolaire et de formation et de régime applicable aux confessions religieuses* » (§ 252). Dans chacun de ces cinq domaines, la Cour explicite les limites aux transferts de compétences susceptibles d'être régulièrement consentis au regard de la Loi fondamentale. Liées au respect du principe démocratique en tant que principe intangible, de telles limites semblent devoir s'imposer également au pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi, si ces limites étaient dépassées, aucune modification de la Loi fondamentale ne pourrait être entreprise pour le permettre ; seule une modification du droit de l'Union originaire serait en mesure de lever un tel obstacle en renonçant au transfert jugé problématique. En l'absence de renoncement de « l'Union » à un tel transfert, seul le passage à un Etat européen et donc la disparition corrélative de l'Etat allemand permettrait de dépasser ces limites. Cette analyse, plutôt radicale, ressort de manière implicite mais significative de l'arrêt de la Cour.

En matière pénale par exemple, la Cour juge qu'un « *transfert de droits souverains allant au-delà d'une coopération intergouvernementale ne peut conduire à l'harmonisation que de certaines situations transfrontalières, et ce à des conditions restrictives ; étant entendu que les Etats membres doivent garder des marges de manœuvre substantielles* » (§ 253). Les limites sont claires quant à tout éventuel développement de l'étendue des transferts de compétence en matière pénale au niveau de l'Union. L'engagement des forces armées est également analysé comme un domaine réservé du Parlement échappant à toute possibilité d'intégration, du moins pour ce qui relève de l'usage concret de forces armées. La Cour reconnaît toutefois qu'une intégration technique pour un déploiement européen de forces armées par l'intermédiaire d'un état major commun, pour la formation de dispositifs de forces armées communs ou pour la concertation et la coordination des achats en communs d'armes

européennes ne serait pas forcément irrégulière d'un point de vue constitutionnel (§ 255). En matière budgétaire, « *la fixation de la nature et du montant des impositions pesant sur le citoyen* » ne saurait être décidée au niveau de l'Union « *dans une mesure notable* » (§ 255). Le Bundestag doit pouvoir disposer « *d'une marge d'action politique suffisante, tant pour les recettes que pour les dépenses* » (§ 256). Les exigences de l'Etat social imposent une intervention décisive de l'Etat : « *les principales décisions en matière de politique sociale doivent être formulées par les organes législatifs allemands sous leur propre responsabilité* ». Pour la Cour, « *l'obligation de garantir les conditions d'existence des individus (...) doit rester une mission première des Etats membres* ». Elle tempère néanmoins cette affirmation en admettant que, sur ce point, « *une coordination allant progressivement jusqu'à l'harmonisation complète n'est pas exclue* » (§ 259). Enfin, en matière culturelle, dans un sens large, « *la communauté politique reliée par de telles traditions et convictions demeure le sujet de légitimation démocratique* ». L'exigence est ici plus elliptique même si elle peut apparaître en définitive encore plus restrictive que les autres. En effet, en l'absence de communauté politique européenne véritable, seule la communauté politique nationale est en mesure de légitimer les choix en matière culturelle, ce qui exclut que ceux-ci soient transférées à l'Union.

Ces différentes exigences sont encore développées *in concreto* au regard des compétences nouvelles attribuées à l'Union par le traité de Lisbonne. Le principe général posé par la Cour est sévère : « *les compétences nouvelles dans les domaines de la coopération judiciaire en matière civile et pénale, des relations économiques extérieures, de la défense commune et des questions sociales peuvent et doivent être exercées par les organes de l'Union européenne de manière à ce que les Etats membres gardent, tant en volume qu'en substance, des champs d'activité d'un poids suffisant, sans lesquels il n'y a juridiquement et pratiquement pas de démocratie vivante* » (§ 351). L'injonction ne concerne plus, du moins directement et en tant que telles, les autorités nationales mais bien les autorités de l'Union. La mise en garde est d'autant plus crédible que toute violation de ces exigences est susceptible de conduire à l'exercice d'un contrôle de la Cour constitutionnelle au titre de *ultra vires*. La Cour exclut toute approche quantitative des transferts de compétences. Du point de vue du respect de la souveraineté de l'Etat, il est seulement décisif que la République « *garde des marges de manœuvre internes substantielles dans les domaines centraux de réglementation et dans les domaines de vie* » (§ 351). Ces exigences emportent des conséquences dans cinq secteurs différents : la coopération judiciaire en matière civile et pénale, les relations économiques extérieures, la défense commune et les questions sociales.

Sans entrer dans le détail de l'examen mené par la Cour, qui renvoie aux considérations générales précédemment développées, on se contentera de mentionner les éléments saillants. En matière pénale, la Cour précise que les stipulations conventionnelles en ce domaine « *sont d'interprétation stricte* » et que « *leur utilisation requiert une justification spécifique* ». En particulier, l'habilitation de l'article 83 § 1 TFUE, qui permet à l'Union d'« *établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* », fait l'objet d'une interprétation restrictive de la Cour. Les règles minimales devront ainsi laisser « *des marges de manœuvre substantielles aux Etats* ». Toute extension des domaines

de compétences, prévue par l'alinéa 3 de l'article 83 § 1 du TFUE, impose ensuite une intervention de la loi au sens l'article 23 § 1 de la Loi fondamentale. Ce n'est qu'en cas de dimension transfrontière que les dispositions cadres européennes peuvent être adoptées. Enfin, parce que le domaine pénal échappe en principe à l'intégration, les règles minimales ne sauraient couvrir l'ensemble du domaine d'une infraction pénale, mais une partie seulement des éléments constitutifs de l'infraction (§ 363). En matière de politique commerciale commune, la compétence exclusive de l'Union pour conclure les accords dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, ne peut imposer aux Etats membres de renoncer à leur statut de membre (§ 375). En matière militaire, la Cour précise encore que la Constitution allemande interdit à la République fédérale de participer à une modification du traité qui obligerait un Etat membre à participer contre son gré à une opération militaire de l'Union (§ 391).

B - La cristallisation du processus d'intégration à Constitution nationale constante

La lecture la plus critique de l'Union à laquelle procède la Cour concerne son niveau de légitimation démocratique. L'optimisme de la Cour dans la capacité de développement démocratique de l'Union dans l'arrêt *Maastricht*⁵¹ cède la place à un réalisme acerbe dans l'arrêt *Lisbonne*. Sa portée est importante dans la mesure où la Cour entend marquer les limites du processus d'intégration tel qu'il a été entrepris. La Cour procède à une critique en deux temps du niveau du respect du principe démocratique par l'Union. Elle débute par une véritable leçon de démocratie et se poursuit par une appréciation de l'Union au regard des ces exigences. La leçon de science politique sur la démocratie apparaît comme mettant précisément l'accent sur tout ce qui fait défaut à l'Union, quels que soient les progrès incontestables que l'on constate à son actif. L'acuité de la critique en est d'autant plus forte.

Les lignes de force de la démocratie ou, selon l'expression convenue, les paradigmes démocratiques, identifiés par la Cour sont nombreuses. Dans les considérations générales de l'arrêt sur cette question, la Cour relève d'abord, au-delà des principes d'organisation formels, que la démocratie vit « *de et dans une opinion publique vivante, qui se concentre sur la définition d'orientations politiques centrales et sur l'attribution périodique de postes politiques de haut rang dans un jeu d'alternance entre gouvernement et opposition* ». Les articles 38 et 20 § 1 et 2 de la Loi fondamentale protègent en ce sens « *le lien de la décision politique au fond avec la volonté majoritaire issue des élections, avec la dualité « gouvernement-opposition » qui en découle dans un système de partis multiples et concurrents sous le regard et le contrôle de l'opinion publique* » (§ 250).

Dans l'examen détaillé des stipulations du traité, les exigences démocratiques sont ensuite explicitées. Des organes chargés de l'exercice de la puissance publique doivent être désignés sur la

⁵¹ Voir arrêt *précité* (C 1 2 b 1) et 2) et D).

base d'une décision de la majorité des citoyens. Ces derniers doivent pouvoir exercer régulièrement une influence sur l'orientation politique choisie par les organes de pouvoir. Tant l'opinion publique que l'opposition doivent être en mesure d'avoir une lecture critique du processus de décision et d'identifier clairement les responsables des différentes décisions politiques (§ 268). De telles exigences se concrétisent, dans le respect des principes de liberté et d'égalité électorale, soit par un régime parlementaire, soit par un régime présidentiel, selon les équilibres institutionnels existants (§ 269). En tout état de cause, le peuple doit pouvoir désigner le gouvernement et le parlement dans le cadre d'élections libres et égalitaires. La décision du peuple doit être au centre de la mise en place et du maintien du pouvoir politique. Rappelant son célèbre arrêt de 1956 sur l'interdiction du parti communiste, la Cour précise que trois éléments sont constitutifs d'une organisation démocratique du pouvoir : la possibilité d'une alternance, un système multipartiste et une opposition politique organisée (§ 270).

La transition entre la leçon de démocratie et la critique du système de l'Union intervient en douceur. La Cour relève que la démocratie fait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et que l'Union, en tant que puissance publique dérivée des Etats, n'a pas à répondre de manière pleine et entière aux éléments caractéristiques de la démocratie au niveau national (§ 271). Le constat est ensuite plus lourd : « *tant que les compétences européennes seront distribuées suivant le principe d'attribution par des décisions prises en coopération, dans le respect de la responsabilité étatique en matière d'intégration, et tant que sera préservé l'équilibre entre les compétences de l'Union et celles des Etats, il ne sera ni possible ni nécessaire d'organiser la démocratie de l'Union européenne sur le modèle d'un Etat* » (nous soulignons, § 272, voir également § 278). La Cour reconnaît cependant que l'Union organise des processus de décisions politiques démocratiques originaux et complémentaires. L'article 11 § 2 du TUE, selon lequel « *les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile* », est par exemple considéré comme constituant une forme de légitimisation du pouvoir européen. Le constat n'en est pas pour autant atténué : « *au stade actuel de l'intégration, l'Union européenne ne peut se targuer d'un niveau de légitimation correspondant à celui d'un Etat démocratique constitutionnel et elle ne le pourra pas même si le traité de Lisbonne entre en vigueur* » (§ 276).

La Cour étaye ce constat par une lecture détaillée et sans concession du système européen. L'Union ne correspond pas au modèle de l'Etat fédéral. Elle présente seulement une « *dimension de coopération supra étatique* » (§ 277). Le concept de Constitution a été rejeté par le traité de Lisbonne et il n'est pas question de placer le Parlement européen au centre du système en tant qu'organe représentatif d'un nouveau peuple fédéral. La réalisation du principe démocratique demeure, en l'état du droit de l'Union, y compris après le traité de Lisbonne, une exigence nationale.

Un élément central fait défaut à l'Union pour pouvoir prétendre à un niveau de légitimation étatique : « *un organe de décision politique élu au suffrage égalitaire par tous les citoyens de l'Union et qui soit capable de représenter la volonté du peuple de manière unitaire* » (§ 280). La Cour ajoute encore qu'il « *manque un système d'organisation du pouvoir dans lequel une volonté majoritaire européenne appuierait la*

formation du gouvernement sur la base de décisions électorales prises librement et égalitairement de façon à permettre un débat authentique et transparent entre gouvernement et opposition ». Elle annihile toute prétention étatique de l'Union sous l'angle de la légitimation démocratique. Le Parlement européen n'est pas « *un organe représentatif d'un peuple européen souverain* ». Il ne représente les peuples qu'à travers leurs contingents nationaux de députés, même si une nuance aurait pu être apportée par la Cour avec le droit de vote et d'éligibilité des citoyens communautaires au Parlement européen dans chacun des Etats membres, « *et non les citoyens de l'Union pris comme une entité indifférenciée* » en s'appuyant sur le principe d'égalité électorale.

Les déséquilibres de représentation au sein du Parlement sont stigmatisés par le Cour. En l'absence de majorité claire au Parlement européen, il n'est pas garanti que la majorité des votes exprimés représente une majorité des citoyens de l'Union. La Cour y voit un obstacle « *à la désignation par le Parlement d'un gouvernement* » du type de celui que l'on trouve dans un Etat. Les déséquilibres de représentation peuvent même permettre à une minorité de citoyens de gouverner contre la volonté politique d'une majorité de citoyens qui n'aurait pas pu obtenir de majorité parlementaire (§ 281). L'égalité des citoyens dans l'exercice du droit électoral constitue pour la Cour « *l'une des principales bases d'un ordre de liberté et de démocratie* » (§ 282). Sous cet angle, la Cour s'appuie sur la jurisprudence de principe de la Cour européenne des droits de l'homme et en particulier sur l'arrêt du 2 mars 1987, *Mathieu-Mobin*⁵².

L'appréciation par la Cour du principe d'égalité au niveau de l'Union est sans appel. Déjà, le Parlement demeure une représentation des peuples des Etats. Ensuite, le principe de répartition des sièges entre les Etats au Parlement, selon le principe de proportionnalité dégressive posée par l'article 14 § 2 alinéa 1^{er} du TUE, est à mi chemin entre le principe de l'égalité de représentation des Etats selon les règles de droit international public et le principe de l'égalité du droit de vote dans un Etat. Selon les règles posées par les traités, le nombre maximum de députés européens est de 750, sans compter le président, aucun Etat membre ne pouvant avoir plus de 96 sièges et moins de 6 sièges. La Cour constate en conséquence que « *le vote d'un ressortissant d'un Etat membre faiblement peuplé peut peser douze fois plus lourd dans la balance que celui d'un ressortissant d'un Etat fortement peuplé* » (§ 284). Selon un projet de décision de répartition complétant le traité, l'Allemagne et la France auraient un député pour environ 857 mille citoyens, un député luxembourgeois en représenterait 83 mille et un député de Malte 67 mille (§ 285). La Cour n'en oublie pas moins que de tels déséquilibres existent au sein des Etats, mais seulement pour la chambre haute du Parlement, en particulier dans les Etats fédéraux (§ 286). Le Parlement européen est considéré comme étant « *une représentation indirecte des rapports de force politiques dans les Etats* » (§ 286). Non sans une certaine ironie, toute contenue, la Cour relève que la représentation au Parlement européen ne repose pas sur l'égalité des citoyens mais sur la nationalité des représentants dans un système qui prohibe pourtant toute distinction fondée sur ce critère (article 18 TFUE).

⁵²C.E.D.H., 2 mars 1987, *Mathieu-Mobin et Clerfayt c. Belgique*, req. n° 9267/81.

La représentativité du Parlement n'est pas seule mise en cause. Les compositions du Conseil européen, du Conseil, de la Commission et de la Cour de justice de l'Union restent marquées, à des degrés divers, par le principe d'égalité entre Etats et une égalité de principe en matière de pouvoir de décision (§ 288). Quelles que soient les avancées en termes de participation du Parlement au processus de décision communautaire (la procédure législative ordinaire, de principe, incluant un droit de veto du Parlement), le fonctionnement de l'Union demeure marqué par le principe de la négociation intergouvernementale (Conseil européen et Conseil) et par une compétence administrative et organisationnelle de la Commission. Pour la Cour, ces différentes carences ne sont compensées ni par les droits de participation et à la transparence garantis aux citoyens, ni par les droits accordés aux Parlements nationaux ni par ceux reconnus aux régions, ni encore par la pondération des votes au sein du Conseil (double majorité qualifiée).

Plus précisément encore, c'est la place de la Commission qui fait l'objet de critiques. Elle n'est pas considérée comme un gouvernement au sens étatique du terme dans la mesure où elle n'est pas la représentation du peuple. Il est vrai que la Commission, avec le Conseil et le Conseil européen, disposent de fonctions le rapprochant d'un gouvernement européen mais la Cour rejette toute possibilité de voir reconnaître à la Commission une plus grande indépendance politique, un « pouvoir ministériel » selon l'expression de Benjamin CONSTANT⁵³, sans qu'elle s'accompagne d'élections égalitaires par le peuple. Elle estime même que si le centre de gravité du pouvoir politique se déplaçait encore du côté de la Commission, en tant qu'organe d'intégration, il faudrait que celle-ci soit élue exclusivement par le Parlement européen ce qui lui conférerait une légitimité incontournable (§ 297). L'argumentation de la Cour tend une nouvelle fois à fournir un mode d'emploi à l'attention des rédacteurs des traités institutifs.

La question d'un éventuel passage à un Etat fédéral européen n'est pas pour autant occultée de la réflexion conduite par la Cour. Un tel passage suppose en premier lieu une décision libre du peuple allemand souhaitant s'affranchir de la Loi fondamentale. Il implique en second lieu un niveau de légitimation démocratique propre à un Etat, qui ne serait plus prescrit par les ordres constitutionnels nationaux (§ 263). L'analyse de la Cour n'apparaît pas sans quelques paradoxes qui pourraient s'expliquer par une certaine crainte de voir naître un Etat européen en dehors ou sans les Etats nationaux. Par définition, un processus constituant n'est soumis, juridiquement, au respect d'aucune règle. Un processus constituant européen pourrait très bien se passer de l'accord des peuples, même si à l'évidence il soulèverait des difficultés d'ordre politique et de légitimité du nouvel Etat. En outre, l'Etat créé peut très bien, d'un point de vue juridique, ne pas reposer sur des exigences démocratiques, quelles que soient là encore les difficultés politiques d'un tel choix. Cette idée implicite de soumission du pouvoir constituant à un certain nombre de règles renvoie à ce qu'il convient d'appeler une « supra-constitutionnalité », le terme est utilisé ici à bon escient, non pour désigner des limites au pouvoir de révision constitutionnelle, mais des règles s'imposant ou pour le moins conditionnant le pouvoir constituant, et que l'on peut rapprocher de la

⁵³ Non utilisée par la Cour constitutionnelle fédérale.

« Constitution matérielle », expression utilisée par la doctrine italienne⁵⁴. La Cour constitutionnelle fédérale refuse de répondre à cette problématique qu'elle soulève ailleurs dans son arrêt (§ 217). Elle inscrit pourtant sa réflexion dans cette perspective.

Au regard du processus de ratification du traité de Lisbonne, l'essentiel est sauf. L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 30 juin 2009, pas plus d'ailleurs que ceux de la Cour constitutionnelle tchèque ou du Conseil constitutionnel, n'ont constitué un obstacle insurmontable à l'entrée en vigueur de ce traité. En République fédérale, quatre lois, dont une constitutionnelle, ont été adoptées le 23 septembre 2009⁵⁵, reprenant les exigences posées par la Cour constitutionnelle, et le traité de Lisbonne a pu être ratifié. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'en est pas moins inquiétante dans la perspective des évolutions futures de l'intégration européenne. Au nom du respect de la Loi fondamentale, la Cour contourne les exigences du droit de l'Union avec d'autant plus de facilité que c'est en ne faisant peser des contraintes que sur les autorités nationales. Elle tend également à mettre en avant les limites indépassables de l'Union en tant qu'organisation internationale. Elle trace ainsi en creux les limites au-delà desquelles un Etat fédéral européen devra se constituer⁵⁶. La Cour met en évidence un certain nombre de frontières décisives, *boundaries* plutôt que *frontier* en l'occurrence, qui n'en sont pas moins floues voire perméables : organisation internationale/Etat, révision constitutionnelle (nationale)/adoption d'une nouvelle Constitution (européenne). Les difficultés soulevées par la Cour peuvent également faire l'objet d'une lecture positive. Il appartient à présent aux rédacteurs des traités d'intégrer ces réflexions et d'améliorer le système de l'Union. C'était déjà la Cour constitutionnelle allemande qui avait contribué dans les années soixante-dix à développer la protection par la Cour de justice des droits fondamentaux au niveau communautaire. Peut-être permettra-t-elle demain le renforcement de la légitimité démocratique de l'Union et pourquoi pas, bien accidentellement sans doute, le passage à un Etat fédéral européen. En effet, en filigrane, une idée force se dégage de l'arrêt de la Cour : une Union européenne démocratique ne semble en mesure d'exister qu'avec un Etat européen. « *La République d'Europe, la Fédération continentale, il n'y a pas d'autre réalité que celle-là* »⁵⁷.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan – *Via Domitia*

⁵⁴ Dans la doctrine italienne, la Constitution matérielle désigne les principes insusceptibles de faire l'objet d'une révision constitutionnelle, mais également les principes sur lesquels reposent la Constitution en vigueur. Ainsi, selon C. MORTATI, la *Constitution matérielle* est entendue comme constituant le fondement de l'Etat, et renvoie à un élément social, donné « *par les partis politiques dominants qui, parvenant à prévaloir sur les autres forces politiques dans la société, sont en mesure de déterminer la fin politique générale de l'Etat, c'est-à-dire le « régime »* » (M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, A.G., Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1995, p. 153 (énonçant la conception de C. MORTATI)).

⁵⁵ Voir sur ces lois : T. RAMBAUD, A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel », *précit.*, p. 1281.

⁵⁶ Même si, par définition, la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'aurait pas à se prononcer sur un processus constituant européen qui en tant que tel n'est soumis à aucune règle, et qui marquerait la fin de la Loi fondamentale allemande en tant que texte institutif d'un Etat.

⁵⁷ Victor HUGO, discours *Pour la Serbie*, 1876.