

L'arrêt de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne

Peter-Christian Müller-Graff

Le jugement prononcé par le Tribunal constitutionnel fédéral (TCF) le 30 juin 2009 (affaires liées 2 BvE 2/08 et autres) apporte, quant au fond, la réponse attendue. A l'unanimité, les juges de la 2^{ème} chambre considèrent en effet que la Loi d'approbation du Traité de Lisbonne comme la Loi de modification de la Loi fondamentale afférente sont compatibles avec la Loi fondamentale. Ils avaient toutefois à statuer également sur la conformité avec la Constitution de la Loi sur l'extension et le renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat relatifs aux affaires relevant de l'Union européenne. Or, en la matière, les juges de Karlsruhe ont constaté une violation de la Loi fondamentale (LF), dans la mesure où cette loi d'extension ne conférait pas au Bundestag et au Bundesrat les droits afférents dans l'ampleur requise par la Constitution. Ils arrêterent donc que, tant que ces droits n'auront pas été redéfinis par la loi dans le respect de la Constitution, l'acte de ratification du Traité de Lisbonne par la République fédérale ne pourra pas être déposé.

De ce fait, le jugement rendu par le Tribunal constitutionnel fédéral prend une triple dimension politique : une dimension européenne d'abord, en particulier en ce qui concerne le droit primaire de l'Union européenne et sa mise en œuvre ; ensuite, une dimension constitutionnelle nationale, principalement en ce qui concerne le principe de séparation des pouvoirs et les fondements de la démocratie ; enfin, une dimension croisée axée sur l'interaction entre l'évolution de l'UE et le droit constitutionnel allemand, dans l'optique de leur intégration mutuelle.

Les attendus de ce jugement (adoptés quant à eux à 7 voix contre 1), généreusement détaillés (421 alinéas) tout en étant très clairement structurés et scientifiquement argumentés, relèvent d'une réflexion théorique approfondie sur l'Etat, même s'ils sont en partie tirés par les cheveux et parfois même redondants. Par ces attendus, le TCF approfondit en effet sa lecture du principe démocratique dans le cadre de l'accélération du processus d'intégration européenne et, en harmonie avec la littérature juridique sur le droit européen, reconnaît très judicieusement dans ce contexte les avancées qu'apporte le Traité de Lisbonne, tant en ce qui concerne ses orientations générales que le détail de ses dispositions. Et, ce qui est inhabituel par rapport à l'acte judiciaire proprement dit, à savoir statuer sur le litige dont il avait été saisi, le TCF apporte dans ses attendus de nombreuses considérations d'une portée plus générale, parfois même d'ordre doctrinal – en particulier sur l'évolution et l'essence même de l'UE, sur les fondements de la démocratie et les modèles de leur mise en œuvre, sur l'identité constitutionnelle, ainsi que sur d'hypothétiques constellations de conflits d'intérêts entre la progression de l'intégration communautaire et le droit constitutionnel allemand.

Nous concentrerons notre analyse sur quatre points principaux : les dispositions de la Loi fondamentale sur lesquelles reposent les attendus (1), l'application de ces critères au droit primaire de l'UE tels qu'il a été révisé par le Traité de Lisbonne (2), ainsi que le rôle du Bundestag et du Bundesrat en matière d'affaires européennes (3) et, enfin, dans l'hypothèse de conflits futurs entre une UE en évolution et la Loi fondamentale, le rôle imparti au TCF.

Les dispositions de la Loi fondamentale sur lesquelles reposent les attendus

Pour le contrôle en constitutionnalité des trois lois sur lesquelles il avait été saisi, le Tribunal constitutionnel fédéral a pris pour référence le droit électoral (art. 38 LF), et donc le principe de la démocratie (al. 208 du jugement).

La RFA est ancrée dans l'Europe par sa Loi fondamentale (art. 23)

A première vue, ce choix semble surprenant, puisque la LF contient depuis 1992 une norme propre explicite relative à la participation de la République fédérale au processus d'évolution de l'UE : l'art. 23 § 1 LF. Celui-ci stipule que, « pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement d'une 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 ». Et pour permettre au Bund de remplir cet objectif, la Loi fondamentale lui délègue le pouvoir, avec l'assentiment du Bundesrat, de transférer à l'UE des domaines de souveraineté. Mais, dans le cas où des modifications intervenues dans les textes des traités qui fondent l'UE exigent ou rendent possible de modifier le contenu de la LF ou de le compléter, elle lie la contribution du Bund au respect d'une part de l'obligation de réunir la majorité constitutionnelle requise, c'est-à-dire de recueillir l'approbation des deux tiers des voix du Bundestag et du Bundesrat (art 23 § 1, al. 3 LF en liaison avec l'art. 79 § 2 LF) et, d'autre part de l'interdiction de modifier certaines caractéristiques essentielles de la Loi fondamentale qui en fondent l'identité (Garantie d'intangibilité de l'art. 23 § 1, al. 3 LF en liaison avec l'art. 79 § 3 LF).

Cet ancrage constitue un objectif étatique ; mais assorti de 6 exigences structurelles

C'est à cette fin que se trouve inscrite dans la Loi fondamentale la définition d'un objectif étatique qu'exprime cette phrase du préambule : « Le peuple allemand... (est) animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie ». L'art. 23 n'ouvre donc pas seulement une possibilité de choix politique, mais il confie bien au contraire aux organes de l'Etat allemand la mission, légalement contraignante, de contribuer à la réalisation d'une Europe unie. Ce faisant, la LF crée aussi une ouverture pour ancrer dans l'UE la souveraineté de l'Etat allemand. Le jugement sur le Traité de Lisbonne confirme expressément l'ouverture de ce pouvoir étatique organisé aux fins d'une coopération pacifique des nations pour l'intégration européenne (al. 220) et l'abandon « d'une notion autosuffisante et autocratique d'un Etat souverain » (al. 223). Néanmoins, la LF lie en même temps cette contribution au respect de six exigences structurelles envers l'UE, celles-ci dressant une limite infranchissable au changement, en l'occurrence : l'interdiction de modifier le caractère fédéral de l'Etat, le principe fondamental de la participation des Länder à la fonction législative, le respect des principes fondamentaux définis par l'art. 1 et l'art. 20 LF. Au premier rang de ceux-ci figure le respect de la dignité humaine, principe indissociable des droits fondamentaux élémentaires comme des principes qui fondent la structure de l'Etat (démocratie, Etat de droit, Etat social, fédéralisme, république) et qui seuls lui confèrent sa substance (al. 217 du jugement), et enfin, *via* le principe démocratique, le respect également de la souveraineté étatique de l'Allemagne (al. 216 et 228).

L'arrêt de Karlsruhe prend pour référence le droit de vote

Pourtant, ce n'est pas ce catalogue de critères établi par la Loi fondamentale pour évaluer la participation de la République fédérale à l'UE que prend pour référence le TCF, mais tout spécialement le droit de vote (art. 38 LF). Ce choix est lié logiquement à la procédure. En effet, le TCF avait été saisi entre autres pour contrôle en constitutionnalité. Une telle saisine est ouverte à tout citoyen, mais uniquement lorsque celui-ci estime que les pouvoirs publics (ce qui inclut le pouvoir législatif) a violé un de ses droits fondamentaux ou un droit similaire (art. 93 § 1 al. 4a LF). Dans son jugement sur le Traité de Maastricht rendu en 1993, le TCF avait pour la première fois considéré comme recevable une saisine à titre individuel au motif de la violation du droit de vote par une loi d'approbation d'un traité d'intégration européenne (BVerfGE 89, 155, 171sq.). Cette recevabilité était justifiée ainsi : premièrement, le droit de vote ne se limite pas à l'acte formel du vote, mais il définit l'essence fondamentale de ce droit pour la démocratie, qui a pour corollaire le droit d'exercer une influence sur la manière dont le pouvoir étatique est exercé à l'échelon fédéral. Deuxièmement, l'acte de vote serait dénué de sens si l'organe d'Etat ainsi élu ne disposait pas de missions et prérogatives en quantité suffisante, sa latitude d'action se trouvant à ce point réduite à la suite d'un transfert de compétences à l'échelon communautaire qu'elle en violerait le principe démocratique. Le juge-

ment sur le Traité de Lisbonne confirme cette approche (al. 175). Et le TCF légitime en outre la recevabilité des plaintes en constitutionnalité en étendant la notion de la violation du droit électoral aux allégations suivantes : déficits dans la légitimation démocratique de l'UE (al. 177), perte de la souveraineté nationale de la République fédérale (al. 178-180) et violation du principe d'Etat social (al. 181-183).

En toute logique, le TCF s'appuie sur ces réflexions, développées à l'époque pour fonder la *recevabilité* d'une saisine en constitutionnalité au motif de la violation du droit de vote, lorsque, dans le cas présent, il évalue dans les attendus du jugement le *bien fondé* de la saisine en constitutionnalité. En effet, la teneur conceptuelle du droit de vote défini à l'art. 38 LF peut être interprétée comme l'essence même des principes démocratiques que l'UE est tenue de respecter en vertu de l'art. 23 LF dès lors que la République fédérale contribue à l'œuvre européenne. Et, de fait, le TCF déduit du droit de vote « *le droit à l'autodétermination démocratique, à une participation libre et égale au pouvoir étatique exercé en Allemagne, ainsi qu'à l'observation du précepte démocratique, y inclus le respect du pouvoir constitutionnel du peuple* » et même, dans son prolongement, le respect « *des normes prescrites à l'art. 79 al. 3 LF et qui fondent l'identité de la Constitution* » (al. 208). Et il va plus loin encore dans son jugement, considérant que ce droit de participation démocratique au pouvoir de l'Etat est ancré dans le principe de la dignité humaine défini à l'art. 1 LF (al. 211) et estimant que celui-ci se trouve violé lorsque l'organisation du pouvoir étatique se trouve modifiée au point que le peuple se voit dans l'impossibilité d'exercer sa volonté pleinement, c'est-à-dire de telle façon que tout pouvoir d'Etat émane du peuple, conformément à l'art. 20 al. 2 LF (al. 210).

Il en déduit le droit à l'autodétermination démocratique, y compris à l'échelon de l'UE

L'application de ces critères au droit primaire de l'UE modifié par le Traité de Lisbonne

L'application de ces critères amène le Tribunal à conclure que, « au regard des motifs » (al. 273), la Loi d'approbation du Traité de Lisbonne est compatible avec les principes de la Loi fondamentale, en particulier avec le principe démocratique et le droit de vote (art. 38 LF). Il fonde sa conclusion sur la considération générale que, même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, « *le peuple allemand continue à décider des faits politiques essentiels, que ce soit au niveau de la fédération ou à celui des Länder* » et que, par l'élection du contingent allemand au Parlement européen, il dispose en outre d'un pouvoir de participation complémentaire (al. 274). Le TCF appuie son raisonnement sur trois enchaînements logiques : le niveau de compatibilité de la légitimité de l'UE avec la LF (1), le maintien de la souveraineté de l'Etat (2) et le maintien d'un niveau suffisant de missions et compétences propres au Bundestag (3).

Le niveau de légitimité de l'UE est considéré comme compatible avec la Loi fondamentale sur la base d'une pirouette (quelque peu alambiquée) dans l'argumentation. Dans un premier temps, sans mettre en doute la contribution du Traité de Lisbonne à l'accroissement du niveau de légitimité de l'UE (al. 294), le TCF estime toutefois que même le Traité de Lisbonne ne confère pas à l'UE une organisation qui réponde au même niveau de légitimité qu'une démocratie instituée par la Constitution d'un Etat (al. 276, 289 sq., 295). Mais ce constat à lui seul ne parvient certes pas à constituer l'élément d'appréciation positif qui permet de conclure que, dans la configuration du Traité, l'UE répond de façon suffisante aux principes démocratiques de l'art. 23 LF.

Le niveau de compatibilité de la légitimité de l'UE avec la LF

Or, partageant l'approche de la littérature sur le droit communautaire (voir par ex. Müller-Graff, 2008), le TCF reconnaît à juste titre que même le Traité de Lisbonne ne transforme pas l'UE en un Etat fédéral (*Bundesstaat* ; al. 277), mais que celle-ci reste plutôt, selon ses propres termes, une « union d'Etats associés » (*Staatenverbund*) : « *une union étroite et inscrite dans la durée d'Etats restant souverains, dont le pouvoir étatique qu'elle exerce repose sur une base contractuelle, mais dont les principes d'organisation dépendent de la seule volonté de ses Etats membres et dans laquelle les peuples de ces Etats – c'est-à-dire les citoyens ayant la nationa-*

L'UE est une « union d'Etats associés »

lité de ces Etats – restent les sujets de la légitimation démocratique » (al. 229). Le TCF est donc habilité à rejeter tout grief à l'encontre de l'UE dès lors qu'il incrimine l'absence d'une organisation démocratique quasi-étatique du système institutionnel communautaire (al. 272, 277) ou qu'il revendique que la légitimité de l'UE soit assise sur un schéma d'organisation similaire à celui d'un Etat national (al. 219, 266). Car, dans le prolongement de son jugement sur le Traité de Maastricht, le TCF estime au contraire comme fondamentalement suffisante une légitimité de l'UE portée par les parlements et gouvernements nationaux, ainsi que le Parlement européen (al. 262) ; et il considère en conséquence que la composition du Parlement européen comme la structure des institutions de l'UE ne sont pas dommageables à sa légitimité (al. 278 sq., 284, 296).

Leur souveraineté est préservée par le Traité de Lisbonne

En toute logique, le TCF en conclut que, pour justifier la compatibilité du Traité de Lisbonne avec la Loi fondamentale, il importe de se demander si l'étendue des compétences de l'UE comme sa capacité à les exercer respectent un principe découlant de la Constitution (al. 234), à savoir « *le principe de l'usage limité et contrôlé des compétences d'attribution* » - ce qui implique la précision suffisante du programme d'intégration (al. 236) -, et donc la préservation de la souveraineté étatique (al. 298). Sa réponse est affirmative (al. 298). Et dans ses attendus, il se réfère aux trois critères classiques de Georg Jellinek pour définir la souveraineté : autorité publique (al. 299), territoire national (al. 344) et peuple de citoyens (al. 346 sq.). L'application de ces critères à l'UE ne permet pas de reconnaître actuellement une souveraineté de la CE/UE (voir aussi Müller-Graff, 2000, A I al. 60 sq.).

L'arrêt définit les domaines essentiels de souveraineté

Le Traité de Lisbonne n'apporte aucun changement à ce constat. Et dans ses attendus, le TCF se concentre sur une analyse très détaillée des implications du Traité de Lisbonne sur la souveraineté étatique. Elle repose sur le postulat que, dans l'œuvre européenne de paix et d'union, les Etats membres doivent disposer d'un « *espace d'action politique suffisant pour aménager les conditions de vie économiques, culturelles et sociales* ». Et pour la première fois, le TCF énumère quelques domaines essentiels dans lesquels s'exerce cette latitude d'action (al. 249 sq.), ce qui est un des grands mérites de ce jugement. En font partie la citoyenneté, le monopole de la force civile et militaire, les atteintes aux droits fondamentaux (droit pénal), les décisions fiscales fondamentales relatives aux recettes et dépenses publiques, l'organisation des conditions de vie conformes aux principes de l'Etat social, la libre disposition de la langue nationale, la détermination d'un cadre pour la vie familiale et les conditions de formation, la fixation de règles du jeu pour la liberté d'opinion, de la presse et la liberté d'association, ainsi que les usages en matière de respect des convictions religieuses ou philosophiques.

Le Traité de Lisbonne les respecte, mais l'UE doit laisser à ses membres...

Le TCF, dans son appréciation raisonnable du Traité de Lisbonne, considère que ces fonctions régaliennes de l'Etat sont, premièrement, préservées dans les structures modifiées de l'UE du fait des normes et règles de définition comme de répartition des compétences au sein de l'UE (al. 300 sq.). Il considère, deuxièmement, qu'elles ne sont pas menacées par les nouvelles règles de droit primaire qu'il introduit pour la modification des traités, en particulier la nouvelle procédure ordinaire simplifiée d'amendement, les nouvelles dispositions passerelles et la clause de flexibilité modifiée (al. 306 sq.). Il les considère, troisièmement, confirmées par le nouveau droit au retrait qu'instaure le Traité (al. 329 sq.) et enfin, quatrièmement, protégées par le droit de décision ultime dont il fait lui-même usage (al. 331 sq.).

... la maîtrise des « préalables d'une démocratie vivante »

La préservation d'un volume suffisant de missions et compétences propres du Bundestag au vu des nouvelles compétences de l'UE (dans les domaines de la coopération des instances judiciaires en droit pénal et droit civil, de la politique économique extérieure, des questions de défense européenne, ainsi que des affaires sociales) se trouve justifiée par le fait que ces dernières, « *du moins dans l'interprétation requise* » dans l'affaire dont il avait à connaître, ne sont pas des « *éléments constitutifs d'un Etat* » et que, même considérées dans leur ensemble, elles n'enfreignent pas à un degré significatif en droit constitutionnel la souveraineté de l'Etat de la République fédérale (al. 351). Toutefois, le TCF assortit cette assertion d'une restriction, formulée sous la forme d'un ferme avertissement : les organes de l'UE

sont tenus d'exercer leurs compétences d'une manière telle que, « *au niveau des Etats membres, soient préservés en volume comme en substance et dans des conditions suffisantes les fonctions qui sont, en droit comme en pratique, les préalables d'une démocratie vivante* » (al. 351).

Ce faisant, le TCF sous-entend qu'il compte se livrer, à l'avenir, à un contrôle *a posteriori* de l'exercice de ces compétences. Et en cette prévision, il énonce sa propre appréhension de « l'interprétation requise » des nouvelles dispositions afférentes contenues dans le Traité (al. 351 sq.). Elle constitue, quant au fond, un avertissement circonstancié à l'adresse des organes de l'UE et de la fédération en ce qui concerne la politique menée et leur interprétation du Traité. Cet avertissement comprend entre autres, dans le domaine de la coopération judiciaire, l'injonction d'une interprétation « *stricte, en aucun cas extensive* » du champ de compétences (al. 358, 363), d'une interprétation « *stricto sensu* » des accords de reconnaissance réciproque de la jurisprudence (al. 360) et du maintien du principe de culpabilité (al. 364). Dans le domaine de la coopération entre les juridictions civiles, il comprend l'intangibilité des compétences régaliennes des Etats membres pour l'organisation de leur système judiciaire, ainsi que des garanties que représentent l'efficacité de la protection légale et le droit à l'octroi de la justice (al. 368). Dans le domaine de la politique commune de commerce extérieur, il comprend le maintien, pour les Etats membres de l'UE, de leur qualité de membre de l'OMC (al. 375) et l'obligation d'une interprétation *stricto sensu* de la compétence exclusive en matière d'investissements directs à l'étranger (al. 379). Le TCF étend son interprétation jusqu'aux dispositions sur la politique commune de sécurité et de défense (al. 381 sq.) et sur la politique sociale (al. 392 sq.). En procédant ainsi, le TCF se réserve le droit de juger de la conformité du Traité de Lisbonne avec la Loi fondamentale selon sa propre interprétation.

Le TCF se réserve le droit d'un contrôle *a posteriori*

L'application de ces critères à la participation du Bundestag et du Bundesrat aux affaires européennes

Alors que le TCF conclut à la compatibilité du Traité de Lisbonne avec la Loi fondamentale, il rejette à l'inverse le renforcement et l'extension prévus par la loi des droits du Bundestag et du Bundesrat sur les affaires européennes, attendu que, considérés sous l'angle du droit de vote (art. 38 LF) en liaison avec l'art. 23 LF, ce renforcement et cette extension sont insuffisants au regard de la Constitution tant par nature que par les dispositions de la loi (al. 406 sq.). Et le TCF se montre innovant en introduisant une clause de restriction légale, et donc parlementaire, pour les dispositions nouvelles ou modifiées du Traité, selon lesquelles le droit primaire de l'UE peut être, à l'avenir, amendé par les instances communautaires seules, sans procédure de ratification, ou d'une manière significative (al. 409). Ce faisant, le TCF soumet ainsi chacune des décisions prises dans le cadre d'une « *évolution contractuelle dynamique* » à débat et vote parlementaire dans chaque Etat membre.

Le TCF introduit une clause de restriction égale et parlementaire...

Le TCF émet, à l'intention du législateur, des consignes détaillées quant à l'exigence de la participation du Bundestag et du Bundesrat aux divers cas de décision prévus par le Traité, tout en faisant de la proclamation d'une loi afférente la condition préalable au dépôt de l'acte de ratification du Traité. Plus particulièrement, le jugement lie les modifications du droit primaire dans le cadre de la procédure simplifiée (art. 46 § 6 du Traité de l'UE), ou de dispositions similaires, à une loi d'approbation en vertu de l'art. 23 LF (al. 412), mais sans préciser s'il s'agit d'une condition pour le vote du représentant du gouvernement au Conseil européen ou si cette disposition fait simplement partie de la procédure de ratification interne à l'Allemagne (al. 312). Mais le TCF ne considère pas le droit de veto parlementaire comme un équivalent suffisant à la clause de restriction en matière de ratification dans le cas de la procédure de révision ordinaire (art. 48 § 7 Traité de l'UE) et de la procédure de révision spéciale (art. 81 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'UE). Le TCF prévoit alors explicitement que le représentant du gouvernement soit dépositaire d'un mandat légal de vote (al. 319, 366, 414). Dans le cas des autres dispositions

... et émet des consignes pour la participation du Bundestag et du Bundesrat

de révision spéciales, il fait de l'approbation du Bundestag, et, le cas échéant du Bundesrat, la condition préalable pour le vote positif du représentant du gouvernement au Conseil, précisant que le silence des Bundestag/Bundesrat n'a pas valeur d'approbation (al. 320). En outre, le TCF instaure ponctuellement de nouveaux droits constitutionnels du Bundestag envers l'exécutif : droits d'injonction (al. 365, 400) et droits d'information (al. 375).

Enfin, le TCF se livre à une « réinterprétation » spectaculaire de la clause dite de flexibilité (actuellement art. 308 Traité CE, ultérieurement art. 352 du Traité sur le fonctionnement de l'UE) rendue nécessaire du fait de sa reformulation par le Traité de Lisbonne (al. 327). Il interdit ainsi au représentant du gouvernement au Conseil tout vote formel en faveur d'une proposition de la Commission tant que l'exercice de ce droit n'a pas été « ratifié » par une loi du Bundestag et du Bundesrat en vertu de l'art. 23 LF (al. 329, 417). Cela étant, du fait des nombreuses délégations spéciales de pouvoir qu'elle contient, la clause de flexibilité devrait perdre de son importance.

Hypothèse de conflits futurs entre une UE en évolution et la Loi fondamentale - le rôle imparti au TCF

A côté des attendus sur le critère de contrôle en constitutionnalité et son application au Traité, ainsi que sur la séparation des pouvoirs entre gouvernement fédéral et parlement en matière européenne, apparaît comme un fil rouge dans ce jugement l'explicitation de conflits hypothétiques entre une UE en évolution et la Loi fondamentale, et dans ce cas, du rôle imparti au TCF.

Le TCF étend ses compétences au processus d'intégration de l'UE...

Une « importante situation de tension constitutionnelle » est donnée, selon le TCF, lorsque le droit primaire est « modifié ou subit une interprétation étendue » par les instances de l'UE. Il en conclut à la nécessité de soumettre à un « contrôle externe, même si celui-ci ne s'effectue qu'avec une grande retenue et à titre exceptionnel » l'interprétation du droit contractuel européen (al. 238, 334), et il se place lui-même dans le rôle du contrôleur (al. 240) disposant d'une « compétence de réserve » (al. 341). Cette auto-extension (à tout le moins normative, mais pas nécessairement pratique) des compétences du TCF dans le processus d'intégration européenne est une des caractéristiques principales de ce jugement conséquent, mais aussi son aspect le plus problématique. Plusieurs questions se posent, tant en ce qui concerne les attendus (ils prolongent et étendent le champ des types de conflits possibles par rapport au jugement sur le Traité de Maastricht), que leurs conséquences (et le rôle dévolu au TCF).

... et s'érige en gardien de « l'identité » de la RFA

Outre l'articulation problématique de l'action communautaire avec la garantie des droits fondamentaux de la Constitution (arrêts *Solange I* et *Solange II* du TCF, de 1974 et 1986) et le principe de la délégation spéciale (jugement sur le Traité de Maastricht), le TCF identifie une nouvelle ligne de conflit avec l'identité de la Constitution et le respect du pouvoir constitutif des Etats membres en tant que maîtres des traités (al. 234 sq.). Il poursuit ce faisant l'idée que l'interprétation du droit de l'Union exige un contrôle « externe » (al. 238) et en conclut que, le processus d'intégration allant en s'intensifiant, l'identité de la République fédérale ne peut être maintenue que grâce au seul « contrôle d'identité » par le TCF (al. 240).

Et la Cour européenne de justice ?

Une assertion aussi générale est problématique. En premier lieu, parce que le droit primaire prévoit la protection légale par la Cour européenne de Justice au cas où les instances communautaires outrepasseraient leurs prérogatives (principalement *via* : pourvoi en nullité, procédure préjudicielle, contrôle d'incidence). Curieusement, dans les attendus sur la question de fond de la protection légale, la juridiction communautaire n'est évoquée qu'incidemment, et sans que soit mentionné ou souligné son apport (al. 240 : « Si la protection légale ne peut être obtenue à l'échelon communautaire... »). En outre, sa mission (al. 333) n'est prise en considération que sous un seul aspect, à savoir qu'ainsi « le droit au contrôle du respect du programme d'intégration ne peut être retiré » aux Etats membres (al. 334). Et lorsqu'il aborde la dynamique évolutive du processus d'intégration, le jugement se contente d'évoquer en termes généraux les « organes » de l'UE requérant un contrôle externe, sans jamais

que soit réservée à la CEJ la place particulière qui lui revient. Une telle dévalorisation des missions comme de l'action de cette Cour pour préserver le droit étonne.

Est également sujette à caution, en matière de protection légale, l'interprétation que donne le TCF de la délégation de pouvoir d'intégration de l'art. 23 LF du point de vue de l'articulation entre les juridictions nationales et communautaire. Il part du postulat que « *les organes juridictionnels dotés de pouvoirs constitutionnels des Etats membres ne peuvent être dessaisis de leur responsabilité en ce qui concerne les limites de leurs attributions constitutionnelles tant en matière d'intégration que de garantie d'identité constitutionnelle intangible* » (al. 336). Or même en partant du même postulat, on peut tout aussi bien interpréter l'art. 23 LF en liaison avec les lois d'approbation du droit primaire en ce sens que la protection légale contre les mesures politiques ou administratives de l'UE relève en dernière instance de la juridiction communautaire dont les arrêts sont contraignants, sans préjudice d'une éventuelle mise en conformité justifiée en droit international. L'approche du TCF diverge : il ne veut reconnaître le caractère définitif des arrêts de la CEJ que « *sur le principe* » (al. 337), relativisant en conséquence la primauté du droit communautaire (al. 339) et se réservant le droit d'évaluer si un acte européen, adopté « *dans le respect du principe de subsidiarité du droit des communautés et de l'Union, respecte les limites des pouvoirs de souveraineté impartis* » (al. 240). D'un autre côté, il est un fait reconnu par le droit et la politique que l'interprétation de l'art. 23 LF relève en dernière instance du TCF, sous réserve de sa modification. Celui-ci est donc habilité à définir et à étendre lui-même son rôle propre dans le processus d'intégration européenne (al. 336, 343), ainsi qu'il l'a fait dans le présent jugement.

Indépendamment de cette question, la protection d'un Etat membre est assurée dans tous les cas par le droit international (les dispositions de la « *clausula rebus sic stantibus* » comme de la réserve d'« ordre public » restent valides). Avec une grande élégance intellectuelle, le jugement se réfère à la conception similaire développée par la CEJ dans son jugement « Kadi » (Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P), et où celle-ci mobilise ces principes fondamentaux du droit communautaire contre une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (al. 340).

Les conséquences de cette interprétation révèlent son caractère problématique dans la pratique. Le jugement consolide l'attendu du jugement sur le Traité de Maastricht selon lequel le droit communautaire secondaire pourrait se révéler inapplicable outre-Rhin en raison d'une action menée hors constitutionnalité (« *ultra vires* ») ou d'une violation de l'identité de l'Allemagne (al. 241, 339). Les conditions pour qu'un tel cas se présente seront multipliées, mais restent aussi peu précises qu'un oracle. A « *l'acte juridique débordant* » (Jugement sur le Traité de Maastricht) s'ajoutent par exemple des catégories telles que : « dépassement caractérisé des limites », « cœur inviolable de l'identité constitutionnelle » et « protection légale en fin de compte inaccessible à l'échelon de l'UE ».

Ce potentiel de contrôle étendu se révèle problématique également sous l'angle des procédures. Certes, le jugement clarifie un malentendu à propos des prérogatives de contrôle contenues dans le Traité de Maastricht qu'on rencontre de façon sporadique dans la juridiction spécialisée allemande. Le TCF apporte une mise au point : lui seul est habilité à procéder au constat *ultra-vires* et à celui d'une violation de l'identité constitutionnelle (al. 241). Cependant, la multiplicité des voies de saisine du TCF (al. 241) laisse présager qu'il pourrait avoir à connaître à l'avenir d'un plus grand nombre d'actes législatifs européens. Or cela soulève avec une acuité nouvelle la question de son obligation de présentation à la CEJ (actuellement art. 234 § 3 Traité CE). Car quand, lors du contrôle en constitutionnalité d'un acte législatif européen, l'interprétation des normes d'habilitation en droit primaire ou secondaire revêt une importance incidente, c'est à l'évidence l'interprétation du droit primaire ou la validité ou l'interprétation des organes et institutions de l'UE qui sera requise pour le prononcé des décisions du TCF (art. 267 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'UE).

Dans le cas du constat qu'un acte législatif européen est inapplicable en République fédérale, cet état de fait ne constituerait pas seulement une grave atteinte à

Le TCF relativise la primauté du droit communautaire

Une interprétation problématique,...

... y compris sous l'angle des procédures

Un précédent risqué pour la communauté de droit européenne

l'idéal de cette *communauté de droit européenne* que Walter Hallstein considérait comme le pivot du succès durable de la Communauté européenne. Et cette relativisation se verrait démultipliée, puisque la prétention du TCF, cour suprême du premier Etat membre de l'UE, pourrait être, à égalité de droit, pareillement revendiquée par la Cour suprême de chacun des 26 autres Etats membres selon des critères laissés à son appréciation. Or si chacune soumet ainsi dans sa juridiction l'application des actes législatifs européens à sa propre réserve de constitutionalité nationale, les instances étatiques, politiques et administratives de chacun des Etats membres pourraient en outre se voir incitées à épuiser davantage encore la marge dont elles disposent pour enfreindre les traités communautaires. Cela risque de fragiliser également, dans la pratique politique et administrative dans les domaines considérés (jusques et y compris le marché intérieur en tant que tel), les préceptes de l'applicabilité immédiate des textes et de la transposition des directives en droit national, de la primauté du droit communautaire et de la responsabilité civile en cas de violation qualifiée du droit de l'UE.

En réalité, quel que soit l'aspect sous lequel on l'aborde, cette problématique renvoie une fois de plus à la question de savoir dans quelle mesure le contrôle de légalité des décisions prises dans le domaine de l'intégration européenne (lequel reste un domaine de politique étrangère) par des organes politiques porteurs de la souveraineté, peut et doit relever des attributions de la juridiction isolée d'un Etat membre. Le contrôle juridictionnel déterminant de l'action des organes de l'UE devrait relever, dans l'intérêt de la communauté de droit européenne, non pas des juridictions nationales, mais bien d'un tribunal de l'UE – sans préjudice de correctifs reconnus en droit international. Or la disposition des Etats membres à suivre cette voie tracée par le droit primaire dépend du degré de confiance qu'ils portent à la CEJ et à sa capacité de contrôle.

CE JUGEMENT SUR LE TRAITE DE LISBONNE MARQUE UNE NOUVELLE ETAPE dans l'appréciation de l'UE sous l'angle de la Loi fondamentale par le TCF. Alors qu'il confirme expressément l'ouverture de la Loi fondamentale à l'intégration européenne (al. 219) et qu'il approuve le Traité de Lisbonne (malgré quelques divergences d'interprétation sur des dispositions isolées), il dénonce le système national de coopération du Bundestag et du Bundesrat sur les questions relatives à l'UE comme insuffisant au regard du principe démocratique inscrit dans la Constitution allemande.

Dans le même temps, le Tribunal constitutionnel fédéral renforce sa prétention à exercer un pouvoir de contrôle propre sur l'évolution de l'intégration européenne. La question est ouverte de savoir si, ce faisant, il n'outrepasse pas son rôle au sein du système allemand de séparation des pouvoirs comme, du reste, dans la pratique de la jurisprudence. Mais assurément il saura, avec la même approche constructive et pro-européenne de l'intégration communautaire que par le passé, relever le défi qu'il s'est lui-même ainsi posé.

Traduction : Isabelle Bourgeois, René Lasserre

Indications bibliographiques :

- **BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**, *Urteil vom 30. Juni 2009* (BVerfG, 2 BvE 2/08), téléchargeable sur : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html
- **BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**, *Urteil vom 12. Oktober 1993* (BVerfG, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92) : « *Jugement sur le Traité de Maastricht* », téléchargeable par exemple sur : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>
- *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union* (BT-Drucksache 16/489)
- *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* (BGBl 2008 I S.1926)
- *Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon* (BGBl 2008 II p. 1038)
- **BECKMANN K., DIERINGER J., HUFELD U. (eds)**, *Eine Verfassung für Europa*, Tübingen, 2005 (2^e éd.)
- **MÜLLER-GRAFF P.-C.**, « Der VvL auf der Systemspur des Primärrechts », *Integration*, 2008
- **MÜLLER-GRAFF P.-C.**, « Verfassungsziele der EG/EU », in **DAUSES**, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2000
- Traité de Lisbonne, Journal officiel de l'UE, C 306, 17-12-2007, téléchargeable sur le site de l'UE : (http://bookshop.europa.eu/eubookshop/download.action?fileName=FXAC07306FRC_002.pdf&eubphfUid=534814&catalogNbr=FX-AC-07-306-FR-C)