

NANCY 16, 17, 18 juin 2011
VIII^{ème} Congrès national de l'AFDC
Atelier n° 2 – Droit constitutionnel et droit externe

« L'architecture institutionnelle de l'Union européenne sous les *fourches caudines* de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Observations sur l'arrêt Lisbonne du 30 juin 2009 »

Yves PETIT
Professeur à Nancy – Université, IRENEE

L'arrêt *Lisbonne* du *Bundesverfassungsgericht* du 30 juin 2009 a déjà fait l'objet de nombreux commentaires. Il ne s'agit pas dans le cadre de cette étude d'effectuer un énième commentaire de cette décision, tout de même un peu particulière, d'une juridiction constitutionnelle. En raison de son volume, de la complexité de sa motivation et des très nombreuses questions abordées qui ne peuvent être traitées de manière approfondie, l'objectif recherché par cette communication est de tenter une analyse (souvent critique) de la manière dont la Cour de Karlsruhe décortique l'architecture institutionnelle de l'Union européenne.

D'un total de 421 considérants, dont la lecture est loin d'être toujours aisée et représentant la bagatelle de 85 pages sur le site internet de la Cour constitutionnelle¹, cette décision juge le traité de Lisbonne conforme à la Loi fondamentale allemande. La compatibilité de la loi d'approbation du traité de Lisbonne ne vaut toutefois que dans la mesure indiquée dans les motifs de la décision de la Cour², celle-ci ayant énoncé des « réserves d'interprétations », ce qui amène à penser que « les motifs de cette décision, au-delà de son dispositif validant le traité de Lisbonne, n'ont donc pas fini d'interpeller les juristes... »³.

La décision de la Cour allemande est d'autant plus intéressante à analyser qu'elle se situe dans le prolongement de sa décision du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht⁴. En effet, « l'arrêt *Lisbonne* précise et complète le raisonnement développé dans l'arrêt Maastricht, ... »⁵. Cette continuité entre les deux décisions est justement à l'origine de critiques assez virulentes contre la Cour, les commentateurs dénonçant notamment « les constructions dogmatiques des principes de

¹ Texte en français :

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html

² § 420. Ce même paragraphe précise également que la législation d'accompagnement a été jugée en partie contraire à la Constitution.

³ D. Simon, La Cour de Karlsruhe et le traité de Lisbonne : oui mais..., Europe, août-septembre 2009, Repère 8, p. 1.

⁴ V. not. J. Gerkrath, Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (à propos de l'arrêt du deuxième Sénat du 12 octobre 1993), Europe, novembre 1993, Chron., p. 4 ; D. Hanf, Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du traité de Maastricht, RTDE 1994, p. 391 ; J. Schwarze, la ratification du traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, RMUE 1994, p. 293.

⁵ H. Haenel, Rapport d'information n° 119 sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne, Sénat, Commission des affaires européennes, 26 novembre 2009, p. 33.

souveraineté de l'Etat et de démocratie et les conséquences néfastes pour le projet européen »⁶.

Il apparaît en effet assez clairement que la Cour s'est focalisée sur une définition purement formelle de la souveraineté étatique et, partant, de la démocratie qui s'exerce nécessairement dans un cadre national. Joschka Fischer, ancien ministre des Affaires étrangères allemand, resté célèbre pour son discours prononcé le 12 mai 2000 à l'Université Humboldt de Berlin et vantant les mérites d'une Fédération européenne, s'est insurgé « contre une Cour constitutionnelle qu'il accuse d'être incapable de distinguer la complexité et la fragilité du système politique européen »⁷, et a affirmé que la décision du 30 juin 2009 était « tournée vers le passé » et « déconnectée des réalités »⁸. La continuité entre la décision *Maastricht* et la décision *Lisbonne* donne une « vigueur nouvelle » à l'argumentation de la Cour constitutionnelle : « les juges de Karlsruhe tentent de déterminer les limites absolues de l'intégration européenne telles qu'autorisées par la Loi fondamentale allemande. Cet aspect du jugement est fondamental et inédit : il tente de fixer juridiquement les limites d'un processus politique »⁹. Une double lecture de l'arrêt *Lisbonne* est ainsi possible : on peut y voir « une limitation de la participation de l'Allemagne à la construction européenne » ou bien au contraire « une salutaire leçon de démocratie »¹⁰.

Au-delà de ces deux approches, il semble qu'un autre angle d'analyse doive être également retenu à la lumière des célèbres jurisprudences « So lange » de la Cour allemande. Si dans les décisions « So lange I et II » de 1974 et 1986, le *Bundesverfassungsgericht* avait fait preuve de fermeté dans le but de s'assurer d'une protection suffisante des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, dans son arrêt « So lange III » de 2000 (affaires des bananes), il avait adopté une « attitude que l'on pourrait qualifier de plus ouverte sur la spécificité de l'ordre juridique européen »¹¹. La coopération entre les juridictions nationales et la juridiction communautaire était alors apparue pour la Cour de Karlsruhe comme une garantie indispensable permettant d'assurer une protection effective des droits fondamentaux¹². Avec la décision *Lisbonne*, cette volonté d'ouverture a laissé place à une attitude beaucoup plus fermée, car « la Cour de Karlsruhe réitère ses traditionnelles réserves »¹³ et la jurisprudence « So lange » conserve tout son sel. Cette attitude fermée ne concerne malheureusement pas uniquement les droits

⁶ Dr. A. von Ungern-Sternberg, L'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ?, RDP 2010, p. 172.

⁷ A.-L. Barrière, B. Roussel, Le traité de Lisbonne, étape ultime de l'intégration européenne ? Le jugement du 30 juin 2009 de la Cour constitutionnelle allemande, Note du Comité d'études des relations franco-allemandes (Cerfa), IFRI, septembre 2009, p. 3.

⁸ J. Fischer, « Ein nationaler Riegel », Die Zeit n° 29, 9 juillet 2009, cité par A.-L. Barrière, B. Roussel, préc.

⁹ A.-L. Barrière, B. Roussel, préc., p. 10.

¹⁰ H. Haenel, Rapport d'information n° 119, préc., p. 40.

¹¹ F. Chaltiel, Le traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne (A propos de la décision du 30 juin 2009), Les Petites Affiches, n° 146, 23 juillet 2009, p. 4.

¹² V. not. W. Zimmer, De nouvelles bases de coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg ? (A propos de BverfGE, 7 juin 2000, So lange III), Europe, mars 2001, Chron., p. 3.

¹³ C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, Litec, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2010, p. 126, n° 164.

fondamentaux, car l'argumentation développée par la Cour allemande tout au long de sa décision – à l'identique de la décision *Maastricht* – lui permet de poser des restrictions à la ratification du traité de Lisbonne, ainsi que des limites au développement de la construction européenne. Elle attribue notamment une qualification juridique contestable et « minimaliste »¹⁴ à l'Union européenne (I), et apprécie de manière discutable le principe démocratique au sein de cette Union (II).

I. La qualification juridique (très) contestable de l'Union européenne

Lors du recours ayant donné lieu à la décision *Maastricht*, le plaignant prétendait que l'Union européenne était un Etat fondé sur un peuple européen, et la Cour allemande lui avait répondu que l'Union était une association d'Etats (*Staatenverbund*) fondée sur une union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe¹⁵. Dans sa décision Lisbonne, le même concept de « regroupement d'Etats »¹⁶ est mis en avant (A) et, cette notion « d'union contractuelle (ou conventionnelle) d'Etats souverains », mise en relation avec le « danger de l'absence de légitimité démocratique de l'UE, justifie, aux yeux de la Cour, l'encadrement très strict de l'élargissement des compétences de l'Union »¹⁷. Ce « regroupement d'Etats » ne peut par conséquent disposer que de compétences strictement encadrées (B).

A. L'Union européenne est un regroupement d'Etats

La Cour de Karlsruhe donne une définition du « regroupement d'Etats » (1). Elle aurait toutefois pu (dû) opter pour un autre concept, et proposer de ranger l'Union européenne dans une catégorie juridique plus appropriée, celle de la Fédération d'Etats (2).

1. La définition du regroupement d'Etats

En retenant le concept d'« associations d'Etats » dans sa décision *Maastricht* de 1993, la Cour allemande a rejeté les notions de confédération d'Etats (*Staatenbund*) et d'Etat fédéral (*Bundesstaat*) et renvoyé à l'expression ancienne de « *Staatenverbindung* », qui « servait de nom générique pour toute forme de coopération entre Etats, de l'alliance jusqu'à l'organisation internationale de type moderne en passant par les unions administratives »¹⁸. Cette dénomination d'« association d'Etats », aussi peu satisfaisante qu'une qualification d'organisation *sui generis*, « ne répondant à aucune notion juridique connue, il est difficile d'en déterminer le contenu »¹⁹. L'utilisation de ce terme s'avère toutefois significative car, « en mettant l'accent sur le fait que l'Union européenne est une association d'Etats,

¹⁴ C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, préc., n° 44.

¹⁵ J. Gerkrath, Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande..., préc., p. 6.

¹⁶ § 229.

¹⁷ A.-L. Barrière, B. Roussel, préc., p. 12.

¹⁸ J. Gerkrath, Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande..., préc.

¹⁹ J.-P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, Cours Dalloz, 6^{ème} éd., 2010, p. 109, n° 166.

la Cour choisit d'ignorer la nature spécifique de cette Union »²⁰, cette thèse de la spécificité ayant été posée par la Cour de justice dans ses arrêts fondateurs Van Gend en Loos et Costa c/Enel.

Dans cette même décision *Maastricht*, la Cour avait insisté sur une caractéristique de cette « association d'Etats », à savoir la possibilité d'un retrait, alors que les traités communautaires étaient muets sur cette question, ce qui n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, car l'article 50 TUE prévoit la possibilité pour tout Etat membre de se retirer de l'Union, conformément à ses règles constitutionnelles respectives, cette disposition étant reprise de l'article I-60 du traité établissant une Constitution pour l'Europe²¹. Le retrait était évoqué dans les termes suivants : « L'Allemagne est un des 'maîtres des Traités' (*Herren der Verträge*) qui ont motivé leur assujettissement au Traité sur l'Union, conclu pour 'une durée illimitée' (Art. Q TUE), par la volonté d'une appartenance à long terme, mais qui pourraient finalement aussi faire cesser cette appartenance par un acte contraire »²².

Dans le prolongement de la décision *Maastricht*, le « regroupement d'Etats » apparaît logique dans la décision *Lisbonne*, qui en donne une définition : « la notion de regroupement d'Etats renvoie à une association étroite et permanente d'Etats demeurant souverains, laquelle exerce des prérogatives de puissance publique sur le fondement des traités. Toutefois, les règles fondamentales de cette association sont à la disposition exclusive des Etats membres et les peuples, c'est-à-dire les citoyens, des Etats membres demeurent les sujets conférant la légitimité démocratique ». De plus, « Même en tant que regroupement doté d'une personnalité juridique propre, l'Union européenne demeure l'œuvre d'Etats démocratiques souverains »²³. On doit ainsi relever l'importance primordiale de l'Etat : « la liberté du citoyen se déploie par l'association d'Etats, et seulement dans celle-ci. Le citoyen s'engage dans l'Etat et par l'Etat. Par conséquent, le jugement est un jugement en faveur du citoyen, mais aussi en faveur de l'Etat. (...) L'arrêt *Maastricht* est vivant, et c'est l'Etat qui compte. Seulement l'Etat »²⁴.

La Cour évoque ensuite un autre concept, celui d'« identité constitutionnelle intangible », qui n'est pas sans parenté avec l'expression « utilisée par le Conseil constitutionnel français de 'l'identité constitutionnelle de la France' »²⁵. Les éléments constituant cette identité ne peuvent être transférés à l'Union européenne, tant que l'actuelle Loi fondamentale est en vigueur. Ils doivent être préservés. Cette affirmation est « une conséquence directe de la Loi fondamentale, qui exclut

²⁰ J. Gerkrath, La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, in G. Duprat (dir.), L'Union européenne. Droit, politique et démocratie, Presses universitaires de France, 1996, p. 234.

²¹ Sur le retrait, v. not. L. Grosclaude, La clause de retrait du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : réflexion sur un possible marché de dupes, RTDE 2005, p. 533 ; J.-V. Louis, Le droit de retrait de l'Union européenne, CDE 2009, p. 293.

²² J. Gerkrath, Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande..., préc.

²³ §§ 229 et 278. Le paragraphe 229 précise que cette qualification s'appuie sur les articles 23-1 et 24-1 de la Loi fondamentale qui permettent à l'Allemagne de transférer de manière limitée et partielle des compétences (des « droits de souveraineté » affirme le paragraphe 229) à l'Union européenne.

²⁴ Franz. C. Mayer, Rashomon à Karlsruhe, RTDE 2010, p. 90.

²⁵ T. Rambaud, A. Roblot-Troizier, Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel, RFDA 2009, p. 1282 (V. Décis. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie).

expressément à son article 23 que la construction européenne porte atteinte au 'noyau dur' de principes fondamentaux rendu intangible par l'article 79 »²⁶. Ainsi, « le droit de vote en tant que droit équivalent à un droit fondamental », le « principe de démocratie »²⁷ sont considérés comme intangibles. De plus, « les principes structurants de l'Etat consacrés par l'article 20 GG – c'est-à-dire la démocratie, l'Etat de droit, l'Etat social, la République, l'Etat fédéral et la substance des droits fondamentaux élémentaires indispensable au respect de la dignité humaine – sont en tout état de cause soustraits à toute modification qui toucherait à leur principe même »²⁸. De surcroît, « sous l'angle du principe de démocratie, une violation de l'identité constitutionnelle protégée par l'article 79 alinéa 3 GG est en même temps une atteinte au pouvoir constituant du peuple »²⁹. La Cour affirme encore que « l'obligation de droit européen de respecter le pouvoir constituant des Etats membres en tant que maître des traités correspond à l'identité constitutionnelle non transférable et soustraite à l'intégration (article 79 alinéa 3 GG) »³⁰.

Comme on pouvait s'y attendre, la Cour allemande affirme qu'elle « vérifie que le noyau intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale (...) n'est pas atteint »³¹. Ce contrôle d'identité constitutionnelle n'est pas sans rappeler l'article 4-2 TUE³² comme le souligne elle-même la Cour de Karlsruhe, en déclarant que les garanties de l'identité constitutionnelle dans l'espace juridique européen par la Constitution et par le droit de l'Union se rejoignent³³. Il peut « conduire à ce qu'une disposition de droit communautaire ou, à l'avenir, de droit de l'Union soit déclarée inapplicable en Allemagne »³⁴. Cette « 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 »³⁵.

Finalement, une des principales innovations de l'arrêt *Lisbonne* consiste en un élargissement de la réserve de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux. On peut ainsi affirmer que son apport tient à un contrôle étendu au-delà du domaine des droits fondamentaux et applicable plus largement à l'ensemble de l'identité constitutionnelle intangible, comprenant aussi bien les principes constitutionnels de l'Etat que son organisation fédérale³⁶. Allant encore plus loin, la lecture de l'arrêt *Lisbonne* laisse penser que les principes inhérents à l'identité

²⁶ H. Haenel, Rapport d'information n° 119, préc., p. 19.

²⁷ §§ 208 et 216.

²⁸ § 217.

²⁹ § 218.

³⁰ § 235.

³¹ § 240.

³² Le texte de l'article 4-2 TUE est le suivant : « L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, ... »

³³ § 240 également.

³⁴ § 241.

³⁵ X. Magnon, Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogations autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur le « traité de Lisbonne », RFDC 2010, p. 432.

³⁶ C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, préc., n° 1059.

constitutionnelle « semblent devoir primer sur toute autre considération »³⁷, cette affirmation étant renforcée par la conception excessivement restrictive de la primauté mise en avant par la Cour allemande. Elle déclare qu'avec la Déclaration n° 17 annexée au traité de Lisbonne, l'Allemagne « ne reconnaît pas une primauté absolue de la validité du droit de l'Union, (...), mais confirme seulement la situation juridique actuelle dans son interprétation par la Cour constitutionnelle fédérale »³⁸. De plus, « est maintenu le principe d'une primauté dont la source est l'habilitation par la Constitution » et, de ce fait, les valeurs de l'Union énoncées à l'article 2 TUE « ne peuvent pas, en cas de conflit, réclamer de primauté par rapport à l'identité constitutionnelle des Etats membres, (...) »³⁹. Il est donc indiscutable que « la primauté du droit européen a sa source dans la Loi fondamentale et ne peut donc s'exercer à l'égard de l'identité constitutionnelle protégée par celle-ci. La Cour constitutionnelle ne saurait être privée de sa responsabilité dans cette protection »⁴⁰. La primauté absolue du droit de l'Union consacré par la Cour de justice est bien loin et un dialogue entre les juges s'avèrera indispensable.

2. Le regroupement d'Etats préféré à la Fédération d'Etats (ou Fédération plurinationale)

Qu'on le veuille ou non, il est indiscutable que l'évolution de la construction européenne vers une union politique « s'est traduite par la consolidation d'une forme d'organisation politique originale » au fil des traités, le traité de Lisbonne accélérant même certainement cette évolution. Cette originalité peut se mesurer avec la consécration progressive d'un « statut de l'Etat intégré, membre de l'Union », possédant des « droits essentiels » et devant assumer des « obligations essentielles ». Ce statut d'Etat intégré « différencie l'Union européenne d'une organisation internationale »⁴¹. La réaffirmation appuyée de la souveraineté de l'Etat dans le traité de Lisbonne, qui facilite le « retour » des Etats⁴², éloigne d'ailleurs l'Union du modèle de l'Etat fédéral, bien que « le raisonnement strictement binaire de la Cour – Etat ou non-Etat – aboutit à dire qu'une démocratie européenne ne peut exister que dans le cadre d'un Etat fédéral européen »⁴³. La solution la plus appropriée pour proposer une réflexion sur la nature juridique de l'Union paraît alors de recourir à « la notion de Fédération dans son sens originel, débarrassé de l'emprise des concepts forgés pour la théorie de l'Etat, telle que restituée par Olivier Beaud⁴⁴ (qui) peut certainement servir de référence pour comprendre ce processus de consolidation d'une forme d'organisation politique originale »⁴⁵. Or, il semble que

³⁷ C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, préc., n° 78.

³⁸ § 331.

³⁹ § 332. En d'autres termes, « la primauté constitutionnelle sur le droit de l'Union demeure le principe » (X. Magnon, préc., p. 434). La primauté dérive également de « l'ordre d'application du droit donné par la loi d'approbation » (§§ 339 et 343).

⁴⁰ H. Haenel, Rapport d'information n° 119, préc., p. 24.

⁴¹ Sur ces éléments, v. J.-D. Mouton, L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ?, RDP 2008, p. 754.

⁴² A. Rigaux, Derrière les rideaux de fumée du traité de Lisbonne : le « retour » des Etats, in Mélanges en l'honneur de J. Charpentier, La France, L'Europe et le monde, Pedone, 2008, p. 447 ; v. égal. D. Hanf, L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle fédérale, CDE 2009, p. 683.

⁴³ Franz C. Mayer, Rashomon à Karlsruhe, préc., p. 80.

⁴⁴ O. Beaud, Théorie de la Fédération, 2^{ème} éd., Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2009, p. 321 et s.

⁴⁵ J.-D. Mouton, L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ?, préc.

« la Cour constitutionnelle allemande ait voulu dresser une barrière entre la notion de démocratie nationale et la fédération d'Etats qui se met en place en Europe »⁴⁶.

Alors que la Cour de Karlsruhe considère que le respect de l'identité constitutionnelle et le respect de l'identité nationale de l'article 4-2 TUE sont les deux faces d'une même médaille, pour quelle raison en a-t-elle fait une analyse aussi « nationaliste » ? La réalité est pourtant toute autre. En dépit de la portée encore incertaine de la jurisprudence de la Cour de justice sur le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres, il est possible « de jeter un éclairage renouvelé sur la construction européenne », car le respect de cette identité constitutionnelle apparaît comme un « révélateur de la construction européenne ». En effet, O. Beaud a démontré que les Etats membres conservent leur existence politique dans une Fédération et, l'Etat membre de l'Union européenne est « un Etat qui reste un Etat souverain (...) et en même temps un Etat qui, en tant qu'Etat intégré, entre dans un statut révélateur d'un rapprochement avec une Fédération (évidemment dégagée de toute assimilation à un Etat fédéral). Bref, la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union comme composante du respect de l'identité nationale, ne traduit-elle pas une reconnaissance implicite de l'Union européenne comme ayant vocation à être une 'Fédération d'Etats nations' ? »⁴⁷.

Une observation du même acabit peut être faite à propos du retrait que la Cour évoque dans ces termes : « (...) un éventuel retrait du groupement d'intégration européen ne saurait être empêché par d'autres Etats membres ou la puissance publique autonome de l'Union. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une sécession au détriment d'une fédération étatique – acte problématique au regard du droit international public – (...), mais juste d'un retrait d'un regroupement d'Etats qui repose sur le principe d'un engagement autonome et révocable »⁴⁸. Si le retrait est un « signe tangible de la souveraineté », ce concept de souveraineté apparaissant comme sacro-saint pour la Cour constitutionnelle fédérale alors que la Loi fondamentale ne l'énonce pas formellement⁴⁹, il « peut permettre de préciser les contours de l'entité européenne, en faisant appel peut-être au modèle de la fédération ». Le droit de retrait inscrit à l'article 50 TUE « semble dans la logique même du pacte fédératif, et sa reconnaissance dans l'Union européenne peut contribuer à l'approfondissement d'une théorie de la fédération »⁵⁰. Bien entendu, il s'agit d'une forme moderne, voire même post-moderne de la fédération, que l'on peut opposer à la vision de la Cour constitutionnelle, considérée comme dépassée et potentiellement anachronique par nombre d'observateurs. Le droit de retrait confirme que « l'Union n'est pas un Etat fédéral (les constitutions fédérales excluent en effet le

⁴⁶ F. Chaltiel, Le traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne, préc., p. 8.

⁴⁷ J.-D. Mouton, Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne, in Mélanges en l'honneur de P. Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Pedone, 2010, p. 145, spéc. p. 151 et s. ; du même auteur, Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale par les Etats membres de l'Union ?, in Mélanges en l'honneur de J. Charpentier, préc., p. 409.

⁴⁸ § 233.

⁴⁹ L'ancien Avocat général de la Cour de justice Carl-Otto Lenz a relevé que la Cour emploie 33 fois le mot « souveraineté », alors qu'il est absent de la Loi fondamentale, C.-O. Lenz, « Ausbrechender Rechtsakt », Frankfurter Allgemeine Zeitung, 8 août 2009 (cité par A.-L. Barrière, B. Roussel, préc., p. 17).

⁵⁰ Sur cette approche, v. C. Blumann, L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union européenne, in Mélanges en l'honneur de P. Manin, préc., p. 53 et s.

droit de sécession), mais une fédération d'Etats souverains, qui conservent la possibilité de la quitter librement »⁵¹. La procédure de révision de l'article 48 TUE, qui maintient le principe de l'unanimité des Etats membres, ceux-ci apparaissant comme les « maîtres des traités »⁵² selon l'expression de la Cour constitutionnelle, montre qu'ils restent les détenteurs de la « compétence de la compétence ». Ce consentement unanime des Etats, couplé notamment au droit de retrait, signifie que le traité de Lisbonne « ne transforme pas l'Union européenne en un Etat fédéral, et qu'elle reste une Fédération d'Etats, au sein de laquelle la souveraineté des Etats membres est préservée »⁵³.

Voie intermédiaire entre la confédération et l'Etat fédéral, la Fédération d'Etats peut être qualifiée de « Fédération plurinationale ». Afin de « mieux souligner la différence avec l'Etat fédéral qui est généralement mono-national », Hugues Dumont propose en effet « d'accoler l'adjectif 'plurinationale' au substantif 'Fédération' ». Cette Fédération plurinationale doit reposer « sur un 'pacte constitutionnel fédératif' négocié entre les entités nationales codétentrices du pouvoir constituant »⁵⁴. Il est également possible d'apporter une réponse cosmopolitique et d'envisager une « Union cosmopolitique » pouvant se définir comme une formule post-étatique d'intégration transnationale⁵⁵.

B. L'Union européenne est un regroupement d'Etats dont les compétences sont strictement encadrées

Pour de nombreux auteurs, constitutionnalistes comme internationalistes, la souveraineté est indissociablement liée à l'Etat ; elle lui est consubstantielle. Cette vision très classique a par exemple été soulignée par François Luchaire dans les termes suivants : « Il manque en effet à l'Union européenne un élément incontournable de la souveraineté : c'est la compétence de sa propre compétence. L'Union n'a que des attributions limitativement énumérées. La compétence de principe, c'est-à-dire la souveraineté, reste à l'Etat »⁵⁶. Suivant une telle approche, la Cour constitutionnelle fédérale réaffirme avec force que l'Etat allemand dispose de la compétence de la compétence, ce qui fait peser un certain nombre d'exigences sur le Parlement allemand (1). A juste titre, elle considère que l'Union possède une compétence d'attribution, mais elle entend la contrôler étroitement (2).

⁵¹ F.-X. Priollaude, D. Siritzky, Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE), La Documentation Française, 2008, p. 145.

⁵² Ils sont toutefois maîtres des traités de manière collective, et non pas individuelle.

⁵³ F.-X. Priollaude, D. Siritzky, préc., p. 142.

⁵⁴ H. Dumont, La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste, Droit et société n° 53-2003, pp. 66-67.

⁵⁵ J.-M. Ferry, La république crépusculaire. Comprendre le projet européen *in sensu cosmopolitico*, Les Editions du Cerf, 2010, 304 p. On peut encore relever que F.-X. Priollaude et D. Siritzky évoquent dans leur ouvrage consacré au traité de Lisbonne une « Fédération d'Etats et de citoyens », eu égard à la double légitimité de l'Union européenne (ouvrage préc., pp. 29 et s.).

⁵⁶ F. Luchaire, « Que devient la souveraineté nationale ? », in D. Maus et O. Passelecq (dir.), Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales, La Documentation Française, 1998, p. 108-109.

1. La compétence de la compétence de l'Etat et les exigences pesant sur le Parlement allemand

La Cour de Karlsruhe est catégorique sur un point : la Loi fondamentale allemande ne permet pas à l'Allemagne de transférer à l'Union européenne « des attributions non délimitées qui lui permettraient de développer, quant à elle, des compétences supplémentaires (*Kompetenz-Kompetenz*) »⁵⁷.

En effet, la Loi fondamentale « n'habilite pas les organes de l'Etat allemand à transférer des droits de souveraineté d'une manière telle que l'exercice de ces derniers permettrait de fonder de manière autonome des compétences supplémentaires de l'Union européenne. La loi fondamentale interdit l'attribution de la compétence de la compétence »⁵⁸. Il en découle que « la loi d'approbation du traité (de Lisbonne) et les lois qui l'accompagnent doivent alors être conçues de façon à ce que l'intégration européenne soit toujours régie par le principe d'attribution, sans qu'il y ait possibilité pour l'Union européenne de se saisir de la compétence de la compétence ou de porter atteinte à l'identité constitutionnelle des Etats membres échappant à toute intégration – l'identité de la Loi fondamentale dans le cas de l'Allemagne »⁵⁹. Et la Cour d'estimer que « le traité de Lisbonne ne dote pas l'Union européenne de dispositions qui permettraient à ce groupement d'intégration d'obtenir la compétence de la compétence »⁶⁰. La raison réside dans le fait que les articles 311-1 TFUE et 352 TFUE⁶¹ « peuvent être interprétés d'une manière telle que le programme d'intégration visé par ces dispositions demeure prévisible et déterminable par les organes législatifs allemands »⁶².

La conséquence de cette affirmation de la « compétence de la compétence » est un renforcement du rôle du Parlement allemand, en particulier du Bundestag, ce qui est le « *leitmotiv* de l'arrêt », ce renforcement s'effectuant au détriment du Parlement européen et grâce à une « nouvelle formule magique créée par la Cour constitutionnelle » : la « responsabilité d'intégration » (*Integrationsverantwortung*)⁶³. Cette responsabilité d'intégration incombe avant tout au Bundestag, car « le programme d'intégration de l'Union européenne doit être suffisamment déterminé. Lorsque le peuple n'est pas appelé directement, seul ce qui peut être endossé par le Parlement peut être considéré comme démocratiquement légitimé »⁶⁴. La compétence de la compétence de l'Etat allemand doit par conséquent « se concrétiser par l'intervention des organes législatifs, dès que les traités originels sont modifiés »⁶⁵. Ce principe « *Kompetenz-Kompetenz* » permet à la Cour de mettre en garde les deux chambres du Parlement allemand, le Bundestag et le Bundesrat, en

⁵⁷ D. Hanf, L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne, préc., p. 679.

⁵⁸ § 233.

⁵⁹ § 239.

⁶⁰ § 322.

⁶¹ L'article 311-1 déclare que « L'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques ». L'article 352 contient la clause de flexibilité relative aux compétences de l'Union.

⁶² § 322.

⁶³ Franz C. Mayer, *Rashomon à Karlsruhe*, préc., pp. 81-82.

⁶⁴ § 236.

⁶⁵ X. Magnon, *Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? ...*, préc., p. 429 et s.

leur précisant qu'ils « doivent tenir compte du fait qu'ils devront exercer leur responsabilité d'intégration dans de nombreux cas d'évolution dynamique des traités (...) »⁶⁶.

Dans sa décision *Maastricht*, la Cour avait eu recours à l'article 38 de la Loi fondamentale, qui ne permet pas que le Bundestag soit dépouillé de ses compétences au profit du Conseil des ministres, car le droit de vote exercé lors de l'élection des députés au Bundestag serait vidé de sa substance. Elle en avait conclu qu'« un transfert de missions et de compétences trop étendu pourrait donc méconnaître le principe démocratique »⁶⁷. La Cour avait déclaré très clairement que, « dès lors que ce sont, comme c'est le cas actuellement, les peuples qui procurent la légitimation par l'intermédiaire des parlements nationaux, l'élargissement des compétences communautaires connaît des limites découlant du principe démocratique »⁶⁸. Les juges allemands avaient alors déduit trois exigences découlant du principe démocratique : - le Bundestag doit conserver une influence sur le développement ultérieur de l'Union européenne ; - les transferts de compétences doivent être fixés de façon suffisamment précises par le traité afin que leur exercice reste prévisible ; - le Bundestag doit conserver des compétences d'une importance substantielle. Tant dans sa décision *Maastricht* que dans sa décision *Lisbonne*, la démarche de la Cour relève du même « esprit missionnaire » et l'interprétation retenue de l'article 38 la conduit à « exporter le principe démocratique de la Loi fondamentale pour le transposer dans l'Union européenne »⁶⁹.

Dans sa décision *Lisbonne*, la Cour constitutionnelle réaffirme que « le droit de vote est le droit subjectif de participation démocratique le plus important que la Loi fondamentale garantit au citoyen (article 20 alinéas 1 et 2 GG) »⁷⁰. Le principe de démocratie impose que « le Bundestag allemand représentant le peuple et le gouvernement fédéral soutenu par le Bundestag conservent une influence leur permettant d'agir sur l'évolution politique de l'Allemagne », ce qui est « le cas lorsque le Bundestag allemand conserve des fonctions et des compétences propres d'importance politique substantielle ou que le gouvernement fédéral responsable devant le Bundestag est en mesure d'exercer une influence déterminante dans le cadre des procédures européennes de décision »⁷¹. Ce passage de l'arrêt de la Cour peut être interprété comme fixant 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 transférées. Il est un seuil minimum de compétences pour lesquels une maîtrise nationale doit être maintenue »⁷². Ce faisant, la décision *Lisbonne* apparaît « à contre courant des réalisations de l'intégration européenne

⁶⁶ § 411. Sont notamment visées la clause passerelle générale de l'article 48-7 TUE ainsi que les procédures de révision simplifiées (articles 42-2 TUE, 25, alinéa 2, TFUE, 218-8 TFUE, 223-1 TFUE, 262 TFUE, 311-3 TFUE, voir § 412 de l'arrêt de la Cour). Les clauses passerelles spécifiques relèvent également de la responsabilité d'intégration du Parlement (§ 416).

⁶⁷ J. Gerkrath, *La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe*, préc., p. 217.

⁶⁸ J. Gerkrath, préc., p. 237.

⁶⁹ J. Gerkrath, préc., p. 214 et s. ; sur l'article 38 dans la décision *Lisbonne*, v. not. §§ 208, 209 et 214.

⁷⁰ § 210.

⁷¹ § 246.

⁷² X. Magnon, *Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? ...*, préc., p. 436. Cinq domaines sont particulièrement visés : le droit pénal, le monopole de la force à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union, les matières fiscale et budgétaire, le principe de l'Etat social et la matière culturelle (v. § 252 et s.).

déjà en place »⁷³, et la Cour semble non seulement ignorer un certain nombre d'acquis de l'intégration européenne, mais encore hypothéquer l'avenir de certaines questions fondamentales comme le développement de la politique étrangère et de la politique de défense, l'instauration d'un impôt européen ou la poursuite de la construction d'un espace de sécurité, de liberté et de justice au niveau européen.

A titre d'illustration, elle affirme de manière assez rigide que « le domaine obligatoirement réservé au Parlement à l'égard de l'intervention des forces armées à l'étranger subsistera après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Le Traité de Lisbonne n'attribue pas à l'Union européenne la compétence qui lui permettrait de disposer des forces armées des Etats membres sans l'approbation de l'Etat membre concerné ou du Parlement de ce dernier ». Logiquement, « sans l'approbation par le Parlement, l'intervention des forces armées est en principe prohibée par la Loi fondamentale »⁷⁴.

2. La compétence d'attribution de l'Union européenne et le contrôle *ultra vires*

La Cour de Karlsruhe avait déjà affirmé dans sa décision *Maastricht* que les principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité posaient des limites concrètes aux compétences de l'Union européenne⁷⁵. Dans l'arrêt *Lisbonne*, elle qualifie l'Union de « regroupement d'Etats » en opposant le principe de « la compétence de la compétence » au principe de la compétence d'attribution. Cette vision de la Cour peut être rapprochée de la conception matérielle de la souveraineté en droit international public. D'après cette théorie, qui s'oppose à la conception formelle de la souveraineté, « il est des compétences qu'un Etat ne peut pas transférer à une organisation internationale ou à un autre Etat sous peine de perdre sa qualité 'd'Etat souverain' au sens du droit international »⁷⁶.

Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le principe d'attribution des compétences est énoncé à l'article 5 TUE dans les termes suivants : « 1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice des compétences. 2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ». Ce principe est plus « nettement »⁷⁷ affirmé dans le traité de Lisbonne, car « la formule retenue ainsi que des précisions éparses démontrent une posture particulière des Etats que l'on pourrait qualifier de défensive »⁷⁸. Les rédacteurs du traité de Lisbonne ont souhaité répondre à une critique récurrente depuis la Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union

⁷³ A.-L. Barrière, B. Roussel, préc., p. 13 et s.

⁷⁴ §§ 381 et 383 ; v. égal. sur cette question, §§ 384 et s.

⁷⁵ J. Gerkrath, *Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande...*, préc., p. 7.

⁷⁶ T. Rambaud, A. Roblot-Troizier, *Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel*, préc., p. 1282.

⁷⁷ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., n° 542.

⁷⁸ V. Michel, Rubrique « Union européenne (traité de Lisbonne) », *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, septembre 2010, n° 92.

européenne des 14-15 décembre 2001⁷⁹ et portant sur « l’empiètement par l’Union sur les compétences des Etats membres, sans pour autant dresser un catalogue des compétences, comme certains Etats membres, en particulier l’Allemagne⁸⁰, l’avaient un moment demandé »⁸¹.

Il faut signaler également l’existence d’un Protocole n° 25 sur l’exercice des compétences partagées⁸², qui exclut pour l’Union européenne tout droit de préemption qui pourrait résulter de l’exercice d’une compétence partagée Union européenne/Etats membres. L’Union ne dispose donc que d’une compétence d’attribution entendue de plus en plus limitativement, et la Cour de justice a déjà jugé que « le respect de ce principe des compétences d’attribution s’impose tant pour l’action interne que pour l’action internationale de la Communauté »⁸³.

Pour la Cour constitutionnelle, le principe d’attribution n’est pas seulement un principe du droit européen, car ce principe d’attribution « et l’obligation de droit européen de respecter l’identité des Etats membres sont l’expression dans les traités du fondement de la puissance publique de l’Union dans les Constitutions des Etats membres »⁸⁴. Elle estime, qu’« en tant qu’organisation supranationale, l’Union européenne doit, en ce qui concerne l’attribution et l’exercice de ses compétences⁸⁵, toujours suivre le principe d’attribution de compétences particulières, limitées et contrôlées ». Après le traité de Lisbonne, « les Etats membres demeurent les maîtres des traités » et, « malgré une extension supplémentaire des compétences, le principe d’attribution reste en vigueur »⁸⁶. Toujours selon la Cour, le principe d’attribution est « un mécanisme de sauvegarde destiné à préserver la responsabilité des Etats membres », les Etats membres constituant alors un « espace politique primaire doté d’une constitution, de leurs communautés nationales respectives, tandis que l’Union européenne est revêtue d’une responsabilité dérivée, c’est-à-dire déléguée pour l’exercice des fonctions qui lui ont été transférées »⁸⁷. Enfin, l’article 352 TFUE, qui exige une décision prise à l’unanimité, « ne fonde pas seulement une compétence d’action au profit de l’Union européenne, mais assouplit en même temps le principe d’attribution »⁸⁸.

Un contrôle *ultra vires*, déjà été envisagé par la Cour constitutionnelle dans l’arrêt *Maastricht*, est réitéré de manière plus vigoureuse dans l’arrêt *Lisbonne*. Elle affirme qu’il doit « être possible d’invoquer la responsabilité d’intégration tant lorsque se présente un cas de dépassement manifeste des limites lors de l’exercice de

⁷⁹ Elle évoquait un élargissement furtif des compétences de l’Union (V. Annexe aux conclusions du Conseil européen des 14-15 décembre 2001) ; v. égal. H. Haenel, Rapport d’information n° 119, préc., pp. 15-16.

⁸⁰ V. not. la contribution d’Erwin Teufel, représentant du Bundesrat à la Convention européenne (CONV 24/02, 9 avril 2002)

⁸¹ F.-X. Priollaud, D. Siritzky, Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE), préc., p. 43.

⁸² V. texte in JOUE n° C 115, 9 mai 2008, p. 307.

⁸³ CJCE, 28 mars 1996, Avis 2/94, Adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l’homme et des libertés fondamentales, Rec. I-1759.

⁸⁴ § 234.

⁸⁵ Comme mentionné précédemment, l’article 5-1 TUE précise que l’exercice des compétences est régi par les principes de subsidiarité et de proportionnalité !

⁸⁶ § 298.

⁸⁷ § 301.

⁸⁸ § 326.

compétences par l'Union européenne (...), que pour préserver le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale »⁸⁹. Ces deux contrôles *ultra vires* et d'identité constitutionnelle peuvent se solder par une déclaration d'inapplicabilité du droit de l'Union en Allemagne.

En réalité, ce contrôle des actes de l'Union excédant les compétences attribuées par les traités s'exerce de plusieurs manières. Tout d'abord, « la Cour constitutionnelle fédérale vérifie que, dans le respect du principe de subsidiarité, (...), les actes juridiques des organes ou des institutions européens respectent les limites des droits de souveraineté attribués à ceux-ci dans le cadre du principe d'attribution »⁹⁰. Comme le signalent C. Blumann et L. Dubouis, l'exercice du contrôle *ultra vires* est encadré par la Cour, car l'excès de compétence doit être « manifeste » et il apparaît en quelque sorte comme subsidiaire, car il ne pourra intervenir uniquement « lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir de protection juridique au niveau de l'Union »⁹¹. Ensuite, le contrôle des dépassements de compétence peut inclure les arrêts de la Cour de justice, une « interprétation si extensive des traités par la juridiction communautaire » pouvant équivaloir à « une modification autonome interdite des traités »⁹².

Alors que la Cour de justice assure le contrôle du respect des compétences de l'Union et, de manière plus large, le respect du bon fonctionnement de l'ordre juridique de l'Union, la Cour allemande envisage « la mise en place par le législateur d'une nouvelle procédure de contentieux constitutionnel, spécialement aménagée en vue du contrôle *ultra vires* et du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle »⁹³. Les risques « en terme de superposition avec les compétences de la Cour de justice ou d'atteinte à l'unité du droit européen »⁹⁴ sont réels.

La Cour constitutionnelle s'arroge par conséquent le droit de contrôler les décisions européennes, dans le but de vérifier si elles respectent les limites des compétences de l'Union. Ce droit de regard « peut potentiellement compliquer la prise de décision et la mise en œuvre de la législation européenne, voire remettre en cause la primauté du droit européen, pourtant essentielle à la stabilité juridique de l'Union. L'Allemagne instaure, à travers cet arrêt un précédent dangereux que ses partenaires européens pourront invoquer »⁹⁵. La Cour souhaite-t-elle prendre ses distances envers l'intégration européenne ? Envisage-t-elle de s'immiscer dans la conduite de la politique européenne de l'Allemagne et, partant, de l'influencer ? Sa position ferme implique sans doute l'existence de limites à la participation de l'Allemagne à l'Union, voire même des limites à l'intégration européenne. Le développement de l'Union européenne n'est toutefois pas une question de droit constitutionnel allemand !

La Cour entend certainement préserver une marge de manœuvre à l'Allemagne dans les négociations européennes, ainsi que les pouvoirs du Parlement allemand. En associant fréquemment le principe de la souveraineté de l'Etat, cher à Jellinek, et le

⁸⁹ § 240.

⁹⁰ § 240 ; v. X. Magnon, Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? ..., préc., p. 426.

⁹¹ § 240 ; v. C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, préc., n° 1059.

⁹² § 338.

⁹³ § 241.

⁹⁴ C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, préc., n° 1059.

⁹⁵ A.-L. Barrière, B. Roussel, préc., p. 14.

principe de démocratie, que le droit de vote de l'article 38 unit, la décision *Lisbonne* contient une vision de la démocratie relativement stricte, qui « signifie, au niveau national, que le Bundestag garde des compétences substantielles et, au niveau européen, que la légitimation démocratique de l'Union européenne est adéquate »⁹⁶. D'où l'importance des développements qu'elle consacre au principe démocratique au sein de l'Union européenne.

II. L'appréciation (très) discutable du principe démocratique au sein de l'Union européenne

Depuis la décision *Maastricht* de la Cour constitutionnelle fédérale, il est certain que le principe démocratique ne s'oppose pas à l'intégration supranationale européenne. Cependant, dans sa décision *Lisbonne*, en comparant la démocratie telle qu'elle s'exerce dans le cadre étatique allemand et dans le cadre supranational européen⁹⁷, la Cour en relève les nombreuses insuffisances et aboutit à la conclusion que « le déficit subsistant – par rapport aux exigences démocratiques dans un Etat – de la puissance publique européenne ne peut être compensé, ni, par conséquent, justifié par (le) traité de Lisbonne »⁹⁸. En dépit du nouveau Titre du TUE intitulé « Dispositions relatives aux principes démocratiques »⁹⁹, ce constat repose sur une déconstruction du Parlement européen et, partant, sur une analyse erronée (volontaire ou non ?) du fonctionnement du système institutionnel de l'Union européenne (A), ainsi que sur la volonté de privilégier le concept de « peuples » plutôt que celui de « citoyens » (B).

A. La déconstruction du Parlement européen et l'analyse du fonctionnement du système institutionnel de l'Union européenne

A en croire « Justus Lipsius (échauffé, en colère) », le Parlement européen « est complètement déconstruit. L'évolution tout à fait remarquable du Parlement européen durant ses trente années d'existence est complètement ignorée »¹⁰⁰. Il est vrai que la Cour de Karlsruhe a une vision très personnelle de la relation entre le Parlement européen et les Parlements nationaux (1) et du fonctionnement de l'Union européenne (2).

1. Parlement européen et Parlements nationaux : quelle complémentarité ?

La position de la Cour n'a pas évolué : depuis l'arrêt *Maastricht*, elle considère que le fondement de la légitimité est double au sein de l'Union. La légitimation de l'Union procède principalement des Parlements nationaux et accessoirement, quoique de manière croissante, le Parlement européen assure une légitimation

⁹⁶ Dr. A. von Ungern-Sternberg, L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ?, préc., p. 178.

⁹⁷ Elle déclare notamment que, « même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, il manque à l'Union européenne examinée par rapport aux exigences d'un Etat constitutionnel, ... » (§ 280).

⁹⁸ § 289. Hugues Dumont relève à juste titre que « les parties de l'arrêt consacrées au principe de légitimité démocratique sont beaucoup moins hospitalières pour le droit européen » et que la Cour constitutionnelle semble « faire du modèle de l'Etat-nation la condition de la viabilité nécessaire d'une démocratie digne de ce nom » (H. Dumont, La traduction, ciment du « pacte constitutionnel européen », Rev. Belge de Droit constitutionnel, n° 1-2010, pp. 48-49).

⁹⁹ Articles 9 à 12 TUE.

¹⁰⁰ Franz C. Mayer, Rashomon à Karlsruhe, préc., p. 78-79.

complémentaire¹⁰¹. D'après l'arrêt *Lisbonne*, « la légitimité conférée par l'intermédiaire des Parlements et des gouvernements nationaux est en principe suffisante et elle est complétée et étayée par le Parlement européen élu au suffrage universel direct »¹⁰². Dans le même ordre d'idée, le Parlement européen en sa qualité d'« organe de représentation des peuples élu directement par les citoyens de l'Union constitue une source supplémentaire et autonome de légitimité démocratique »¹⁰³. Optant pour une conception classique de la démocratie, une telle position est inévitable, car « tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Cela est inévitable. La démocratie est fondée par un peuple et sur un peuple dans un Etat, dans le contexte présent dans un Etat membre. C'est la seule possibilité de concevoir la démocratie. Par conséquent, le Parlement européen n'est pas en mesure de se vanter d'une légitimation démocratique »¹⁰⁴, le « nœud du problème » résidant dans la fait que la Cour allemande refuse d'admettre que « la montée en puissance du Parlement européen compense la perte de puissance des parlements nationaux »¹⁰⁵.

Comme l'avait déclaré R. Bieber à propos du traité établissant une Constitution pour l'Europe, mais la remarque reste valable pour le traité de Lisbonne, « l'idée d'une légitimité démocratique fragmentée à travers les parlements nationaux » n'a pas été entérinée lors des travaux de la Convention et des Conférences intergouvernementales, le rôle leur ayant été attribué étant essentiellement « défensif »¹⁰⁶. Il en conclut que « seuls le Parlement européen et le Conseil sont légitimes et capables d'agir au nom de l'ensemble des peuples, au nom de l'ensemble des Etats et de dégager ainsi une *volonté commune*. La perception du *Bundesverfassungsgericht* allemand, selon lequel 'la légitimation démocratique passe par l'intermédiaire des parlements nationaux' confond l'acte d'approbation du traité avec sa mise en œuvre »¹⁰⁷.

Au moins deux raisons structurelles justifient que la légitimation démocratique émanant du Parlement européen soit considérée comme « accessoire et déficitaire » : le principe « *one man, one vote* » ; l'exigence que le Parlement européen « dispose de pouvoirs substantiels, lui permettant notamment de conditionner et contrôler effectivement un 'gouvernement' européen par le jeu des majorités alternantes »¹⁰⁸.

La Cour estime en effet qu'« il manque à l'Union européenne (...) un organe politique de décision constitué sur le fondement d'une élection au suffrage égal par tous les citoyens de l'Union et revêtu de la capacité de représentation unitaire de la volonté du peuple ». De même, « fait également défaut un système d'organisation du pouvoir dans lequel, d'une part, une volonté majoritaire européenne permet la formation d'un gouvernement légitimé par le résultat d'un scrutin libre et égal et, d'autre part, peut

¹⁰¹ J. Gerkrath, *Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande...*, préc., p. 5 ; *La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe*, préc., p. 233 et s.

¹⁰² § 262.

¹⁰³ § 271.

¹⁰⁴ Franz C. Mayer, *Rashomon à Karlsruhe*, préc., p. 88.

¹⁰⁵ H. Dumont, *La traduction, ciment du « pacte constitutionnel européen »*, préc., p. 51.

¹⁰⁶ Le contrôle de l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité est visé ici.

¹⁰⁷ R. Bieber, *Le renforcement du Parlement européen*, RAE – LEA 2006/2, p. 224.

¹⁰⁸ D. Hanf, *L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne*, préc., p. 706-707.

se développer une compétition réelle et transparente pour les citoyens entre un gouvernement et une opposition ». Elle en conclut que le Parlement européen n'est pas, même avec les articles 10-1 et 14-2 TUE, « l'organe de représentation d'un peuple européen souverain ». A la limite de la condescendance, elle déclare encore qu'il ne représente les peuples que par des « contingents nationaux respectifs de députés », et n'est pas « une représentation des citoyens de l'Union entendus comme formant une unité indifférenciée selon le principe du poids égal des voix des électeurs »¹⁰⁹.

Ensuite, du fait que l'acte de vote et un gouvernement s'appuyant sur une majorité des voix caractérisent la démocratie, elle dénonce avec véhémence les déséquilibres de représentation au sein du Parlement européen, qui découlent notamment du principe de la répartition des sièges selon le principe de proportionnalité dégressive énoncé à l'article 14-2 TUE¹¹⁰. La représentation obtenue étant davantage dégressive que proportionnelle¹¹¹, le système « conduit à ce que le poids du suffrage d'un ressortissant d'un Etat membre à faible population puisse être d'environ douze fois celui du suffrage d'un ressortissant d'un Etat membre fortement peuplé »¹¹², c'est-à-dire l'Allemagne. Le système électoral du Parlement européen ne respecte pas l'égalité du vote et n'est pas suffisamment démocratique. Cette inégalité dans la représentation est rédhibitoire et le Parlement européen ne pourra jamais être une représentation d'un peuple.

Si la représentativité démocratique d'une institution est primordiale, il convient de rappeler que l'Allemagne dispose de 96 sièges au Parlement européen, et que les questions de pondération se posent dans tous les Etats membres, car les circonscriptions sont fréquemment régionales (ce qui est le cas de l'Allemagne). De plus, le système électoral doit prendre en compte la nécessité d'une représentation suffisante dans les petits Etats membres (seuil minimum de 6 sièges), afin que les principaux courants politiques de ces Etats soient représentés. Il y a donc automatiquement une surreprésentation des Etats membres les moins peuplés au Parlement européen, mais il est injuste d'affirmer qu'il n'est pas une institution représentative¹¹³. Cette manière de voir fait certainement les affaires de la Cour, car elle dispose de bons arguments pour juger indispensable le renforcement du rôle des parlements nationaux dans le processus décisionnel européen. Ainsi, partant du postulat « que la démocratie transnationale européenne ne fonctionne pas de manière réellement satisfaisante, elle en tire la conclusion implicite que le cadre normal de la démocratie reste celui de l'Etat-nation »¹¹⁴.

En mettant en avant la responsabilité propre des parlements nationaux dans la légitimation de l'Union européenne, la Cour de Karlsruhe n'a pas non plus pris en compte les travaux de la Convention européenne. L'esprit qui a animé les travaux de

¹⁰⁹ § 280.

¹¹⁰ Sur cette question, v. not. Y. Petit, *Le traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen*, in M. Conan et B. Thomas-Tual (Dir.), *Les transformations du droit public*, Editions La Mémoire du droit, 2010, p. 113 et s ; Arrêt *Lisbonne*, § 281 et s.

¹¹¹ P. Lequiller, *Rapport d'information n° 562 sur le traité de Lisbonne*, Assemblée Nationale, Délégation pour l'Union européenne, 8 janvier 2008, p. 52.

¹¹² § 284.

¹¹³ V. Y. Petit, *Le traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen*, préc.

¹¹⁴ T. Rambaud, A. Roblot-Troizier, *Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel*, préc., p. 1281.

la Convention était la recherche d'une complémentarité entre le Parlement européen et les Parlements nationaux¹¹⁵. Convaincu de la nécessité d'une participation accrue des parlements nationaux à la construction européenne, le Groupe de travail VI sur le rôle des parlements nationaux avait souligné qu'il ne s'agissait pas d'établir « une concurrence entre, d'un côté, les parlements nationaux et, de l'autre, le Parlement européen. Leur rôle est distinct mais ils partagent l'objectif commun de rapprocher l'UE des citoyens et de contribuer ainsi au renforcement de la légitimité démocratique de l'Union »¹¹⁶. Ainsi, le Titre du traité de Lisbonne relatif aux principes démocratiques mentionne que l'Union fonctionne selon le principe de la démocratie représentative et que les citoyens européens sont directement représentés au Parlement européen. Il précise également que les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union, notamment « en participant à la coopération interparlementaire entre parlements nationaux et avec le Parlement européen, conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne »¹¹⁷. Alors que la Cour de Karlsruhe a tendance à considérer le Parlement européen et les parlements nationaux comme des « frères ennemis », le traité de Lisbonne s'efforce au contraire de faciliter leur coopération.

2. Le fonctionnement de l'Union européenne : une gouvernance démocratique et un mode de gouvernement post-étatique

En application des articles 23-1 et 20-1 et 2 combinés à l'article 79-3 de la Loi fondamentale, « l'organisation de l'Union européenne doit répondre à des principes démocratiques »¹¹⁸. Malheureusement, quoiqu'on pense des innovations introduites par le traité de Lisbonne pour tenter de combler le déficit démocratique (par exemple le principe de la double majorité pour le vote au Conseil ou les éléments de démocratie participative comme l'initiative citoyenne¹¹⁹), la Cour les écarte au nom de sa conception de l'exigence démocratique. Ainsi, « l'optimisme de la Cour dans la capacité de développement démocratique de l'Union dans l'arrêt *Maastricht* cède la place à un réalisme acerbe dans l'arrêt *Lisbonne* »¹²⁰.

Le raisonnement de la Cour repose sur plusieurs éléments capitaux. Tout d'abord, « la démocratie vit en premier lieu par et dans une opinion publique vivante qui se concentre sur les décisions centrales d'orientation politique et l'attribution périodique des plus hautes fonctions politiques pour lesquelles concourent le gouvernement et l'opposition ». Ensuite, d'après les articles 38 et 20-1 et 2 de la Loi fondamentale, ce qui est important est « la volonté de la majorité telle qu'elle s'est manifestée lors des élections et dont découle le dualisme gouvernement – opposition... »¹²¹. Exportant

¹¹⁵ V. par ex. H. Haenel, Le rôle complémentaire des parlements nationaux et européen, CONV 255/02, 10 septembre 2002.

¹¹⁶ Rapport final du Groupe de travail IV sur le rôle des parlements nationaux, CONV 353/02, 22 octobre 2002 ; v. égal. G. Napolitano, Rapport sur les relations entre le Parlement européen et les parlements nationaux dans le cadre de la construction européenne, Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, Doc. A5-0023/2002, 23 janvier 2002, p. 12.

¹¹⁷ V. articles 10-1 et 2 TUE, article 12 TUE.

¹¹⁸ § 244.

¹¹⁹ Article 16 TUE, article 11 TUE et règlement (UE) n° 211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011, JOUE n° L 65, 11 mars, relatif à l'initiative citoyenne.

¹²⁰ X. Magnon, Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? ..., préc., p. 438 et s.

¹²¹ § 250.

un principe constitutionnel allemand au niveau de l'Union, tout en rappelant son arrêt de 1956 relatif à l'interdiction du parti communiste, elle réaffirme que « l'organisation démocratique du pouvoir de l'Etat » dépend d'une alternance politique (la majorité doit pouvoir toujours changer), d'un « système multipartite » et d'« une opposition politique organisée »¹²². Un argument qui semble fatal est que, même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, « il manque à l'Union européenne, examinée par rapport aux exigences d'un Etat constitutionnel, un organe politique de décision constitué sur le fondement d'une élection au suffrage égal par tous les citoyens de l'Union et revêtu de la capacité de représentation unitaire de la volonté du peuple »¹²³.

Signalons encore que la place de la Commission européenne au sein du système institutionnel est critiquée par la Cour, notamment en « évoquant un décalage du centre de gravité de l'action politique au profit de la Commission », ce décalage entraînant la nécessité de son élection par le Parlement européen, afin qu'elle possède la légitimité démocratique indispensable¹²⁴. La Cour « rejette ainsi toute possibilité de voir reconnaître à la Commission une plus grande indépendance politique, un 'pouvoir ministériel' selon l'expression de Benjamin Constant, sans qu'elle s'accompagne d'élections égalitaires par le peuple »¹²⁵. Elle affirme encore de manière tout de même surprenante que « les Etats membres suivent le schéma de construction d'un Etat fédéral », sans qu'ils aient la possibilité d'en « créer le fondement conventionnel et démocratique », qui est double : « l'élection au suffrage égal d'une représentation populaire (...) par un peuple de l'Union » ; « la mise en place d'un gouvernement européen responsable devant le Parlement »¹²⁶.

A la lumière de cette tentative visant à synthétiser la position de la Cour, on imagine sans difficulté que le système institutionnel de l'Union européenne ne va pas remplir les conditions posées, bien qu'il soit tout à fait légitime de souligner les faiblesses démocratiques de l'Union. On doit malheureusement accepter l'évidence : « l'Europe intégrée peine à être une agora comme le sont ses propres Etats membres. En effet, le cadre transnational n'est pas un espace facile à penser en termes de démocratie et à faire vivre comme une démocratie »¹²⁷. Il aurait fallu que la Cour allemande admette, ce qui n'est pas aisé, que la démocratie ne vit pas uniquement dans un Etat possédant une Constitution, mais qu'elle peut exister en dehors du cadre étatique. Elle aurait dû accepter de considérer l'histoire de l'intégration européenne comme un « long cheminement vers l'établissement d'une démocratie à l'échelle continentale qui ne s'identifie plus à un seul 'peuple' ou un seul Etat et qui se réalise

¹²² § 270.

¹²³ § 280.

¹²⁴ § 297. Le traité de Lisbonne introduit tout de même un accroissement du pouvoir de désignation et de contrôle du Parlement européen à l'égard de la Commission (v. not. Art. 17 TUE).

¹²⁵ X. Magnon, *Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? ...*, préc., p. 441.

¹²⁶ § 296. V. sur cette question de la perspective d'un Etat fédéral européen, D. Bailly, *Le traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande. Commentaire de la décision rendue le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle allemande*, Politeia, n° 17-2010, *La réforme des institutions françaises* (III), pp. 29 et s.

¹²⁷ H. Oberdorff, *La démocratisation de l'Union européenne : entre volontarisme institutionnel et réalités citoyennes*, in C. Flaesch-Mouglin (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Coll. « Rencontres européennes », Bruylant, 2011, p. 86.

progressivement de manière différenciée à travers ses deux piliers, ses deux composantes, la légitimité populaire et le développement du constitutionnalisme »¹²⁸.

En toute objectivité, il n'est pas faux d'affirmer que le système institutionnel de l'Union européenne ne ressemble à aucun autre. Il est bien connu que la construction européenne n'a pas de précédent et que son système institutionnel « apparaît comme fondamentalement original par rapport aux modes d'organisation traditionnels du pouvoir »¹²⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'architecture institutionnelle de l'Union ne pouvait pas s'identifier au « modèle d'une division plus ou moins stricte des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif que l'on trouve dans beaucoup d'Etats »¹³⁰. En réalité, « il se caractérise par une dissociation marquée entre l'organe et la fonction : aucun organe n'a une fonction exclusive, aucune fonction n'est exercée par un seul organe, ... »¹³¹. Cependant, il est clair que le traité de Lisbonne introduit une « politisation » du fonctionnement de l'Union européenne pour certains, ou une « parlementarisation » de l'Union pour d'autres, en faisant évoluer les relations Commission/Parlement européen et Conseil/Parlement européen¹³².

Sur ce plan, la vision de la Cour allemande est très réductrice, car il est admis depuis fort longtemps que « le Parlement européen n'est pas dans la situation d'un parlement national, car il ne dialogue pas avec un gouvernement, mais deux. La Commission, responsable devant lui, dispose du pouvoir d'initiative et doit répondre de sa gestion. Le Conseil, détenteur de l'essentiel du pouvoir de décision, a l'obligation de tenir compte des vues du Parlement et y trouve un intérêt politique croissant ». De même, « on ne peut pas à proprement parler désigner de majorité et d'opposition au sein du Parlement européen. Tout au plus peut-on parler de majorité et de minorité, ce qui n'est pas du tout la même chose »¹³³.

Malgré tout, la démocratie européenne reste « trop anonyme » pour deux raisons, qui permettent de mesurer la distance avec la vision de la Cour de Karlsruhe : « la gouvernance a remplacé le gouvernement. Le processus de décision repose plus sur le compromis que sur le combat démocratique ». La gouvernance « n'est pas une entité, mais un système de décision ». Elle « est loin d'être un gouvernement » et est plutôt « synonyme du mode de gouvernement post-étatique de l'Union européenne ». Cette « absence de gouvernement clairement identifié se combine avec un processus de décision par consensus et par compromis ». L'Union européenne apparaît alors sans doute davantage administré que gouvernée aux yeux du citoyen européen, et son caractère démocratique est moins visible. En fin de compte, la démocratie européenne repose sur « un dialogue permanent entre l'ensemble des composantes de l'Union européenne. Ce dialogue est essentiel au bon fonctionnement de la gouvernance de l'Union européenne qui n'est pas une

¹²⁸ Y. Meny, Le principe démocratique, in Mélanges en l'honneur de Jean Raux, Le droit de l'Union européenne en principes, Apogée, Rennes, 2006, p. 519.

¹²⁹ D. Simon, Le système juridique communautaire, 3^{ème} éd., PUF, 2001, p. 176, n° 119.

¹³⁰ Cour EDH, 18 février 1999, Matthews c/Royaume-Uni ; G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, A propos de l'arrêt Matthews c/Royaume-Uni (18 février 1999), RTDE 1999, p. 637 et texte de l'arrêt p. 793.

¹³¹ D. Simon, Le système juridique communautaire, préc., p. 177.

¹³² V. Y. Petit, Le traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen, préc., p. 121 et s.

¹³³ J.-P. Cot, Le Parlement européen : fausse perspective et vrai paradoxe, in Mélanges René-Jean Dupuy, Humanité et droit international, Pedone, 1991, p. 129 et 131.

démocratie purement hiérarchique, mais une démocratie en réseaux d'acteurs »¹³⁴. La démocratie européenne, réputée manquer de légitimité démocratique, est sans doute une « démocratie transnationale »¹³⁵ qui se construit à l'échelle du continent européen, mais elle est difficilement perçue comme telle par les citoyens européens.

B. Les peuples privilégiés au détriment des citoyens

Parmi les critiques adressées à la décision Lisbonne, il en est une qui consiste à condamner la vision surannée de la Cour. Elle peut être présentée dans les termes suivants : « C'est un jugement somme toute introverti, tourné vers le passé. Dans un certain sens, c'est une sentence très allemande, car elle ne cesse de parler du *Volk* (peuple) dans l'Etat membre. Cela ne laisse aucun espace à l'idée d'une démocratie indépendante, autonome au niveau européen »¹³⁶. La négation d'une forme de démocratie supranationale va bien entendu de pair avec la déconstruction du Parlement européen, dont la Cour n'admet pas vraiment, dans sa recherche vaine d'un *Demos* européen, qu'il puisse représenter les citoyens de l'Union européenne (1). Les mêmes causes produisant les mêmes effets, le peuple « étatique » allemand la conduit à considérer la citoyenneté européenne comme une citoyenneté dérivant des Etats, ce qui est peut-être aller un peu vite en besogne (2).

1. Parlement européen, peuples, citoyens et *Demos* européen

Avec les traités constitutionnel et de Lisbonne, le Parlement européen est devenu sans conteste le « Parlement des citoyens »¹³⁷. Il est vrai que le traité constitutionnel avait opté pour un net renforcement de la légitimité du pouvoir décisionnel au sein du système institutionnel de l'Union européenne et opéré à cet effet « une véritable révolution en faveur du Parlement européen en prenant fait et cause pour l'institutionnalisation d'une démocratie parlementaire, puisqu'un lien est clairement établi entre l'exercice du pouvoir et la citoyenneté européenne : désormais le Parlement européen représente les citoyens de l'Union »¹³⁸.

Alors que l'article 189 du traité CE précisait que le Parlement européen est « composé de représentants des peuples des Etats réunis dans la Communauté, ... », le traité de Lisbonne, reprenant les dispositions du traité constitutionnel¹³⁹, écarte l'idée d'un quelconque *Demos* européen et confère au Parlement européen une légitimité directe. Le TUE prévoit désormais à l'article 14-2 que « Le Parlement européen est composé de représentants des citoyens de l'Union... » et, à l'article 10-2 du même traité, que « les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen ». On peut considérer que cette affirmation,

¹³⁴ Sur cette analyse, v. H. Oberdorff, La démocratisation de l'Union européenne : entre volontarisme institutionnel et réalités citoyennes, préc., p. 95 et s. ; Le principe démocratique dans l'Union européenne, in E. Brossat et alii. (dir.), Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?, Bruylant, 2009, p. 181 et s.

¹³⁵ Sur ce concept, v. P. Magnette, Le régime politique de l'Union européenne, 2^{ème} éd., Presses de SciencesPo, 2006, p. 237 et s.

¹³⁶ Franz C. Mayer, Rashomon à Karlsruhe, préc., p.79.

¹³⁷ R. Bieber, Le renforcement du Parlement européen, préc., p. 223.

¹³⁸ C. Mestre, Le Parlement, in V. Constantinesco, Y. Gautier et V. Michel (Dir.), Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses & commentaires, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, p. 118.

¹³⁹ Art. I-20. 2 et I-46. 2.

présentée comme une évidence, n'en est pas une et que « le changement est de l'ordre de la révolution copernicienne », car « s'il n'y a pas encore l'affirmation de l'existence d'un 'peuple européen', qui ne pourrait d'ailleurs qu'être grandiloquente, anachronique et inappropriée, il y a, dans la substitution de la représentation 'des peuples des Etats membres' par une représentation directe des citoyens européens au sein du Parlement européen, un élément fondamental qui pourra servir de soubassement à la construction de cette vie démocratique de l'Union, fondée sur la démocratie représentative »¹⁴⁰.

Le fait que le Parlement européen ne soit plus censé représenter les peuples des Etats réunis dans la Communauté, mais les citoyens de l'Union, est également « cohérent avec la conception de la double légitimité retenue à l'article I-1 (du traité constitutionnel)¹⁴¹ et avec le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes pour tout citoyen de l'Union dans l'Etat membre où il réside (...) »¹⁴². Cette nouvelle formule définissant la représentativité du Parlement européen « n'est pas sans intérêt en terme de cohérence. En effet, le citoyen européen, bien que doté du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen, ne se retrouvait pas dans la représentation parlementaire »¹⁴³. Elle témoigne également d'une volonté de se rapprocher des individus et de s'affranchir de l'écran étatique. Cet approfondissement de la démocratie représentative confirme, s'il en était besoin, que « la citoyenneté européenne est le substrat de la légitimité démocratique du Parlement européen, lequel est la source de confiance de la Commission européenne »¹⁴⁴. Les nouvelles dispositions relatives à la représentativité sont donc plus conformes au principe démocratique, car la représentation des peuples des Etats « occulte le lien entre pouvoir et citoyen »¹⁴⁵.

Dès sa décision *Maastricht*, la Cour constitutionnelle avait insisté sur la nécessité de la formation d'une véritable opinion publique européenne, avec pour principaux relais les partis politiques, les groupements d'intérêt et les médias, son absence étant la marque du déficit démocratique de l'Union européenne et, au contraire, son existence le signe d'un renforcement du rôle du Parlement européen¹⁴⁶. Dans la décision *Lisbonne*, la Cour affirme toujours que « la démocratie vit en premier lieu par et dans une opinion publique vivante... », mais qu'une « opinion publique européenne commune (...) se développe visiblement... »¹⁴⁷.

Reprenant les termes de l'ex-article 191 TCE de manière plus précise et plus concise, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 10-4 TUE énonce

¹⁴⁰ N. Levrat, La vie démocratique de l'Union, in M. Dony et E. Bribosia, Commentaire de la Constitution de l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 90.

¹⁴¹ Article I-1 « Etablissement de l'Union » : « Inspirée par la volonté des citoyens et des Etats d'Europe de bâtir leur avenir commun, la présente Constitution établit l'Union européenne, ... ».

¹⁴² Sénat, Services des affaires européennes, Constitution européenne. Comparaison avec les traités en vigueur, oct. 2004, p. 33. Le principe de la double légitimité est malgré tout affirmé, mais de manière moins nette, dans l'article 1 TUE, dans sa rédaction issue du traité de Lisbonne.

¹⁴³ V. Michel, Rubrique « Constitution pour l'Europe (traité) », Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Août 2006, n° 84.

¹⁴⁴ F. Chaltiel, La Commission européenne face au Parlement européen. 27 octobre 2004, acte I de la démocratie européenne, RMCUE 2004, p. 629-633, spéc., p. 631.

¹⁴⁵ R. Bieber, Le renforcement du Parlement européen, préc., p. 227.

¹⁴⁶ J. Gerkrath, La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, préc., p. 235.

¹⁴⁷ § 250 et § 251.

que « les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression des citoyens de l'Union »¹⁴⁸. Il faut probablement voir dans cette formulation le début d'une « reconnaissance de l'existence d'un corps politique européen, disposant de canaux d'expression politiques propres, à travers les partis politiques au niveau européen »¹⁴⁹. Bien qu'il existe déjà un certain nombre de règles relatives au statut et au financement des partis politiques au niveau européen¹⁵⁰, le Parlement européen vient d'adopter une résolution, dans laquelle il « souligne que le traité de Lisbonne prévoit ce rôle des partis politiques et de leurs fondations en vue de créer un 'espace politique' au niveau de l'Union européenne et une 'démocratie européenne' dont l'initiative citoyenne constitue un élément essentiel »¹⁵¹, et demande la création d'un statut juridique pour les partis politiques au niveau européen, comme le prévoit l'article 224 TFUE.

L'argumentation qui vient d'être développée n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Cour constitutionnelle. Ainsi, « en raison du contingentement des sièges selon les Etats membres, le Parlement européen demeure sur le fond un organe de représentation des peuples des Etats membres »¹⁵², ce qui sous-entend qu'il ne peut être une représentation d'un peuple (du peuple européen ?) et que la démocratie ne peut se concevoir qu'au niveau national. Cette vision est très critiquable, car « l'argument est à la fois simple et radical : la démocratie est fondée sur un '*Demos*' préexistant qui lui sert de soubassement et de raison d'être légitime. Or, soutiennent les tenants de cette thèse, il n'y a point de *Demos* européen mais au mieux des '*Demoi*' qui constituent la mosaïque des Etats et des démocraties du continent. Inutile de dire que cet argument apparemment imparable est particulièrement fallacieux tant que le plan normatif qu'empirique »¹⁵³. De surcroît, qualifier le Parlement européen de représentation des citoyens de l'Union comme le fait l'article 14-2 TUE « n'est qu'une combine. Le citoyen ne peut pas servir de sujet de référence en ce qui concerne la démocratie au niveau européen »¹⁵⁴, car le Parlement européen « est organisé sur le modèle d'une représentation des peuples, représentés par leurs contingents nationaux respectifs de députés, et non sur celui d'une représentation des citoyens de l'Union entendus comme formant une unité indifférenciée selon le principe du poids égal des voix des électeurs »¹⁵⁵.

¹⁴⁸ V. égal. article 12-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Les partis politiques au niveau européen contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union », qui correspond à l'article 10-4 du TUE d'après les explications relatives à la Charte.

¹⁴⁹ V. Constantinesco, Commentaire de l'article 191 TCE, in V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon (dir.), Traité d'Amsterdam et traité de Nice. Commentaire article par article, Economica, 2007, p. 648.

¹⁵⁰ Règlement (CE) n° 2004/2003 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, JOUE n° L 297, 15 novembre, relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen ; règlement (CE) n° 1254/2007 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2007, JOUE n° L 343, 27 décembre, modifiant le règlement (CE) n° 2004/2003.

¹⁵¹ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur l'application du règlement (CE) n° 2004/2003 sur le statut et le financement des partis politiques au niveau européen, P7_TA-PROV(2011)0143.

¹⁵² § 284.

¹⁵³ Y. Meny, Le principe démocratique, préc., p. 518.

¹⁵⁴ Franz C. Mayer, Rashomon à Karlsruhe, préc., p.88.

¹⁵⁵ § 280.

Bien que le Parlement représente les citoyens européens d'après le TUE et qu'il « exerce, conjointement avec le Conseil, les fonctions législative et budgétaire »¹⁵⁶, donc qu'il soit co-législateur, « si l'on peut admettre l'absence de peuple européen à l'identique d'un peuple allemand ou d'un peuple français, on ne saurait faire abstraction de la citoyenneté européenne qui fait que les parlementaires ne représentent en aucun cas le peuple de leurs nationalités prises isolément, mais bien l'ensemble des citoyens de l'Union »¹⁵⁷. Il faut notamment rappeler à ce sujet que les groupes politiques au Parlement européen sont constitués par « affinités politiques », selon l'article 30 du règlement du Parlement européen, et ne siègent pas par nationalité. Il est tout de même loisible de se demander si le Parlement européen est véritablement le représentant des citoyens de l'Union, du fait de sa composition découlant du principe de la proportionnalité dégressive et des inégalités de représentation en résultant, qui sont difficilement acceptables en raison des pouvoirs actuels du Parlement européen. On peut considérer de ce point de vue que le Parlement européen « demeure une institution de nature mixte, qui représente à titre principal les citoyens, à titre subsidiaire les Etats membres ». Il existe en effet une symétrie qu'il est possible d'établir avec l'introduction de la double majorité au Conseil, « les Etats ayant cette fois la première place, (ce qui) ne compense pas les inégalités de représentation des citoyens au sein du Parlement »¹⁵⁸.

Il semble que depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, il faille s'interroger sur les liens ou la relation entre les peuples et les citoyens. En y regardant de près, on assiste « à une disparition (relative) des peuples, mais aussi à une sorte de transfiguration de ceux-ci au travers des citoyens européens ». La citoyenneté européenne paraît être devenue « le concept qui permet de dépasser la contradiction entre l'absence de peuple européen et l'affirmation de la légitimité démocratique comme fondement majeur de l'Union. Les peuples en tant qu'entités situés historiquement, géographiquement, culturellement, s'effacent pour laisser place à une notion abstraite, sans attache ni frontière, celle de citoyen de l'Union, une notion transfrontière ou spécifiquement européenne »¹⁵⁹. Cette observation prend tout son sens à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de citoyenneté européenne, jurisprudence qui privilégie la citoyenneté de résidence au détriment de la citoyenneté d'appartenance.

2. La citoyenneté européenne, dérivée ou postnationale ?

Plusieurs affirmations – plutôt catégoriques d'ailleurs – de la Cour constitutionnelle allemande sont relatives à la citoyenneté européenne.

Si la ratification du traité de Lisbonne ne porte pas atteinte à l'étatisme de l'Allemagne¹⁶⁰, elle n'altère pas non plus le peuple « étatique » allemand. En effet, l'Allemagne « disposera toujours d'un peuple de l'Etat. Le concept, désormais plus

¹⁵⁶ Article 14 TUE (V. article 16 TUE pour le Conseil).

¹⁵⁷ F. Chaltiel, *Le traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne*, préc., p. 8.

¹⁵⁸ L. Dubouis, *Conclusions générales*, « Le traité de Lisbonne, traité espéré, traité désespérant ? », in E. Brosset et alii. (dir.), *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, préc., p. 347-348.

¹⁵⁹ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., n° 84.

¹⁶⁰ Le paragraphe 298 de l'arrêt précise que « la République fédérale d'Allemagne demeure, même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, un Etat souverain... ».

développé dans le droit de l'Union, de citoyen de l'Union se fonde uniquement sur le droit des traités. La citoyenneté de l'Union est dérivée exclusivement de la volonté des Etats membres et elle ne crée pas un peuple de l'Union qui serait appelé à l'autodétermination en tant que sujet de droit se dotant lui-même d'une constitution »¹⁶¹. De plus, « il n'est en particulier pas possible de déduire de l'instauration de la citoyenneté de l'Union la constitution d'un Etat fédéral », car « seuls les peuples des Etats membres peuvent disposer de leur pouvoir constituant respectif et de la souveraineté de l'Etat »¹⁶².

Poursuivant son analyse, la Cour affirme encore que la citoyenneté de l'Union « demeure un statut dérivé et complémentaire à la nationalité (...), ce qui souligne la nécessité d'un lien structurel existant entre la communauté des citoyens et la puissance publique »¹⁶³. Les modifications du droit primaire, qui découlent du traité de Lisbonne et permettent d'affirmer que le Parlement européen représente les citoyens de l'Union ou introduisent un « rôle décisif des citoyens de l'Union dans le cadre de l'initiative citoyenne européenne » (article 11, alinéa 4, TUE), « ne conduisent pas non plus à un empiètement de la citoyenneté de l'Union sur la qualité primaire de ressortissant d'un Etat membre »¹⁶⁴. Enfin, sa conclusion est sans appel : « même face à l'aménagement des droits des citoyens de l'Union, le Peuple de l'Etat allemand continuera d'exister aussi longtemps que la citoyenneté de l'Union ne remplacera pas la nationalité ou n'empiètera pas sur cette dernière. Le statut dérivé de la citoyenneté de l'Union et la préservation de la qualité de ressortissant d'un Etat membre constituent la limite pour l'évolution des droits des citoyens de l'Union prévue à l'article 25 alinéa 2 TFUE¹⁶⁵ et pour la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (...) »¹⁶⁶.

Une première remarque s'impose à la lumière de ces passages de la décision *Lisbonne* : la Cour constitutionnelle « 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 »¹⁶⁷. Ensuite, il paraît opportun de relever la conception étroite d'une citoyenneté européenne, analysée comme une citoyenneté dérivant de la volonté des Etats et restant ancrée dans le droit de la nationalité des Etats membres¹⁶⁸. En effet, la Cour ne prend absolument pas en compte le fait que la citoyenneté européenne se rattache à l'idée d'un sentiment d'appartenance à une communauté politique, ayant vocation à dépasser les clivages nationaux. Cette dimension est ignorée, car « l'érection d'une citoyenneté de l'Union est un élément important de l'émergence d'une union politique, dans son rapport avec les individus et les peuples ». Les droits qui se rattachent à la citoyenneté européenne ont pour but d'« induire un sentiment d'appartenance participant à l'édification d'une

¹⁶¹ § 346.

¹⁶² § 347.

¹⁶³ § 348.

¹⁶⁴ § 349.

¹⁶⁵ Cet alinéa de l'article 25 prévoit que les droits des citoyens européens énumérés à l'article 20-2 TFUE peuvent être complétés.

¹⁶⁶ § 350.

¹⁶⁷ X. Magnon, *Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? ...*, préc., p. 435.

¹⁶⁸ V. article 20-1 TFUE.

communauté politique »¹⁶⁹. L'Avocat général Colomer l'a d'ailleurs affirmé : « Lorsque le traité de Maastricht a institué la citoyenneté européenne, il est clairement apparu que l'intention de ses auteurs était de doter la construction européenne d'une véritable ambition politique en exacerbant le sentiment d'appartenance à une communauté de valeurs et d'idéaux communs »¹⁷⁰.

Le développement d'un sentiment de communauté politique dépassant les frontières nationales ou d'une « conscience civique commune »¹⁷¹, si l'on préfère, n'est évidemment pas aisé. En raison du maintien d'un lien persistant entre la citoyenneté européenne et la nationalité des Etats membres, les clivages nationaux n'ont pas encore été dépassés et le patriotisme national ne se conjugue pas encore avec le « patriotisme constitutionnel »¹⁷². Au bout de 20 ans d'existence, il est certainement trop tôt pour admettre le passage à une citoyenneté « postnationale », au sens où l'entend Jürgen Habermas¹⁷³. La désaffection croissante à l'égard des élections européennes, ainsi que les réticences des Etats à l'ouverture des élections municipales inclinent à penser que la citoyenneté européenne ne remplit que très partiellement sa « fonction de légitimation de l'espace politique européen »¹⁷⁴. L'invention d'une « nouvelle citoyenneté »¹⁷⁵ n'est pas encore pour demain. Sans faire preuve d'un pessimisme excessif, il est sans doute exact d'affirmer « qu'après avoir fait l'Europe nous devons faire maintenant les Européens. Et d'ajouter, sinon nous risquons de la perdre »¹⁷⁶.

L'ancrage du principe de la démocratie participative ou d'une démocratie semi-directe au niveau de l'Union européenne grâce à l'initiative citoyenne permettra peut-être « la formation d'un espace public de délibération, condition du développement d'une réelle citoyenneté d'appartenance »¹⁷⁷. Les citoyens européens doivent prendre effectivement la mesure de leur appartenance à l'Union européenne et il n'est pas incongru d'affirmer que le traité de Lisbonne, qui contient tout de même de nombreuses innovations, peut fournir aux citoyens européens les instruments pour « devenir peuple européen, acteur plein et entier d'une démocratie européenne »¹⁷⁸. Il est toutefois difficile d'impliquer les citoyens dans le processus politique européen et d'établir un lien de citoyenneté et d'identification à l'Union européenne.

¹⁶⁹ J.-D. Mouton, L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ?, préc.

¹⁷⁰ CJCE, 16 septembre 2004, Josef Baldinger, aff. C-386/02, Rec. p. I-8411, Conclusion R.-J. Colomer, point 24.

¹⁷¹ P. Magnette, Le régime politique de l'Union européenne, préc., p. 277.

¹⁷² V. notre analyse : Y. Petit, Citoyenneté européenne et droits politiques : une ambition déçue ?, in P. Icard (dir.), Une citoyenneté européenne dans tous ses « Etats », Editions Universitaires de Dijon, 2009, pp. 87-102.

¹⁷³ D. Schnapper (avec la collaboration de C. Bachelier), Qu'est-ce que la citoyenneté ?, Collection « Folio actuel », Gallimard, 2000, p. 256 et s.

¹⁷⁴ C. Blumann, Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité, in Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan, Libertés, justice, tolérance, Bruylant, 2004, p. 271.

¹⁷⁵ D. Schnapper, Citoyenneté de l'Union, in Y. Bertoincini et alii. (dir.), Dictionnaire critique de l'Union européenne, Armand Colin, 2008, p. 48 et s.

¹⁷⁶ B. Geremek, L'Europe en crise ?, in B. Geremek, R. Picht (dir.), Visions d'Europe, Odile Jacob, 2007, p. 26.

¹⁷⁷ J.-D. Mouton, L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ?, préc.

¹⁷⁸ F. Chaltiel, Le traité de Lisbonne, avant-dernière ligne droite ? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009, RMCUE 2009, p. 494.