

LE CONTRÔLE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE À L'AUNE DU PRINCIPE DÉMOCRATIQUE : LE CAS DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL ALLEMAND

Guillaume GRÉGOIRE

*Aspirant du Fonds national belge
de la recherche scientifique (F.R.S. – FNRS)
Doctorant à la Faculté de droit, de science politique
et de criminologie de l'Université de Liège*

SECTION I Introduction

À travers la citation du père Lacordaire⁽¹⁾, autour de laquelle nous sommes rassemblés pour la sixième édition de la Conférence des Assistants, émerge au premier abord une fonction protectrice et émancipatrice du droit. On peut se demander cependant si, à l'inverse, le droit – plus précisément, les institutions chargées de le faire respecter – n'utilise pas parfois cette dialectique du faible et du fort pour justifier, voire légitimer, son action, en se proclamant défenseur du faible contre le fort pour finalement rechercher la consolidation de son pouvoir propre. C'est à cette question que nous nous proposons de consacrer la présente contribution, à travers le cas du contrôle de l'intégration européenne par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (le *Bundesverfassungsgericht*)⁽²⁾, en tant que ce contrôle est basé sur la défense du principe démocratique.

(1) « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Notons que l'interprétation courante de cette sentence est contraire à sa signification exacte, dans la mesure où la « loi » à laquelle Lacordaire fait référence est en réalité la loi hétéronome de Dieu et non le droit autonome des hommes (H.-D. LACORDAIRE, « Cinquante-deuxième conférence : Du Double Travail de l'Homme », in *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. III, Paris, Poussielgue frères, 1872, pp. 471-495).

(2) En particulier à travers l'analyse du contrôle de constitutionnalité de la loi d'approbation du Traité de Lisbonne : BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, 2 BvE 2/08, *Rec. BVerfGE* 123, pp. 267 et s.

En invoquant la défense de ce principe démocratique (souvent considéré comme « le Faible » au sein du processus d'intégration européenne⁽³⁾) vis-à-vis des institutions européennes (considérées, par contre-coup, comme « le Fort »), le *Bundesverfassungsgericht* (incarnant « le Droit ») cherche-t-il effectivement à protéger le faible du fort – autrement dit, se place-t-il dans la perspective protectrice du droit perceptible dans la phrase du père Lacordaire ? Ou, au contraire, utilise-t-il cet argumentaire uniquement pour justifier son pouvoir de contrôle – et donc profiter de la fonction légitimante de cette dialectique du faible et du fort ?

Avant de tenter de répondre à cette question, il est sans doute opportun de présenter brièvement, dans un premier temps, les mécanismes de contrôle de l'intégration européenne développés par le Tribunal constitutionnel (Section II). Dans un second temps, nous serons en mesure d'analyser plus en détails les motivations du *Bundesverfassungsgericht*, avec une attention particulière à l'argument tiré de la défense du principe démocratique (Section III).

SECTION II

Les deux types de contrôle constitutionnel de l'intégration européenne développés par le *Bundesverfassungsgericht*

Dès les premières années de l'intégration européenne, la Cour de justice de l'Union européenne (en abrégé, CJUE) – à l'époque Cour de justice des Communautés européennes (en abrégé, CJCE) – revendiqua la primauté absolue du droit européen sur le droit interne des États membres, fût-il constitutionnel⁽⁴⁾. Cependant, cette revendication ne va pas de soi d'un point de vue de droit interne et le *Bundesverfassungsgericht* a, lui, développé une conception quelque peu différente de l'articulation entre normes internes et droit de l'Union européenne. Cette conception, généralement figurée par l'allégorie dite « du gardien du pont » (§ 1), implique

(3) En atteste l'importante doctrine portant sur la question du caractère démocratique de l'Union (voy. not. : N. LEVRAT, *La construction européenne est-elle démocratique ?*, Paris, La Documentation française, 2012 ; K. N. DEMETRIOU (dir.), *European Union in Crisis : Explorations in Representation and Democratic Legitimacy*, Heidelberg, Springer International Publishing, 2015), ainsi que le succès doctrinal de l'expression « déficit démocratique » lorsqu'il est question de l'intégration européenne (voy. not. : A. KREHER et P. WEBER-PANARIELLO, « Gedanken zum Demokratiedefizit der europäischen Union », *Traverse*, 1994, pp. 64-92 ; F. DECKER, « Governance beyond the nation-state. Reflections on the democratic deficit of the European Union », *Journal of European Public Policy*, 2002, pp. 256-272 ; A. FOLLESDAL et S. HIX, « Why There is a Democratic Deficit in the EU : A Response to Majone and Moravcsik », *Journal of Common Market Studies*, 2006, pp. 533-562).

(4) C.J.C.E., 15 juill. 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.*, pp. 1141 et s. ; C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, *Rec.*, pp. 1125 et s. ; C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal II*, 106/77, *Rec.*, pp. 629 et s.

un double contrôle de l'intégration européenne par le Tribunal constitutionnel (§ 2).

§ I. L'articulation entre les ordres juridiques interne et européen : la fonction de « gardien du pont » du *Bundesverfassungsgericht*

Selon la théorie du « gardien du pont », le droit de l'Union ne s'intègre au droit interne allemand que par le biais du « pont » que constitue la loi d'approbation des traités européens – loi d'approbation qui, bien qu'habilitée constitutionnellement par l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Loi Fondamentale (en abrégé, LF), n'en reste pas moins soumise à celle-ci⁽⁵⁾.

Ce postulat de départ entraîne alors deux conséquences aux yeux du Tribunal constitutionnel : premièrement, il faut veiller à ce que, pour produire des normes susceptibles de pénétrer l'ordre interne, les institutions de l'Union n'empruntent pas d'autre voie que celle du « pont » – c'est-à-dire n'agissent pas en dehors du cadre posé par la loi d'approbation – ; secondement, il faut s'assurer que ce pont entre le droit interne et le droit de l'Union soit lui-même conforme aux prescrits constitutionnels.

Ce double contrôle ne peut alors se faire, selon le *Bundesverfassungsgericht*, que par la juridiction constitutionnelle de l'ordre interne et non par la CJUE, puisque l'autorité de cette juridiction est reconnue en droit interne seulement par l'intermédiaire de la loi d'approbation – et donc, à ce titre, soumise à la Loi fondamentale. Dans le cas contraire, la CJUE se verrait en effet transférer *de facto* la *Kompetenz-Kompetenz* (c'est-à-dire la compétence de décider de la répartition des compétences)⁽⁶⁾ – ce que la Loi fondamentale interdit, du moins dans l'interprétation qu'en fait le *Bundesverfassungsgericht*⁽⁷⁾⁽⁸⁾.

(5) Cette théorie a été développée par l'ancien juge du *Bundesverfassungsgericht* P. KIRCHHOF : « Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration », in J. ISENSEE et P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome VII, Heidelberg, Müller, 1992, pp. 855 et s., spéc. pp. 884-885. Pour son application, voy. not. : BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *loc. cit.*, §§ 231, 339, 343.

(6) En effet, si la CJUE était libre d'interpréter les traités sans aucune possibilité pour les juridictions constitutionnelles de contrôler, même de manière exceptionnelle et sous strictes conditions, ces interprétations, il en découlerait logiquement qu'elle serait potentiellement en mesure d'interpréter ces traités d'une manière si extensive qu'elle en outrepasserait les lois d'approbation et les droits constitutionnels des États membres (*ibid.*, § 242).

(7) *Ibid.*, §§ 233 et 239.

(8) Pour plus de développements sur ce rôle de « gardien du pont » joué par le Tribunal constitutionnel, voy. not. : M. WENDEL, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel allemand sur l'évolution des traités européens. Un conte d'aiguilleurs et de gardiens du pont », in A. HAMANN, E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin : la*

§ 2. Contrôles *ultra vires* et d'identité constitutionnelle

Le Tribunal constitutionnel a par conséquent traduit cette double préoccupation, déjà présente en germes dans le célèbre arrêt *Solange I* du 29 mai 1974⁽⁹⁾, par deux catégories de contrôle constitutionnel, créées de manière purement jurisprudentielle.

I. Contrôle *ultra vires*

C'est par ses arrêts *Maastricht* du 12 octobre 1993⁽¹⁰⁾ et *Lisbonne* du 30 juin 2009⁽¹¹⁾ que le Tribunal constitutionnel s'est reconnu explicitement le droit de déclarer inapplicable en Allemagne les actes des institutions européennes qui outrepasseraient les compétences attribuées par le droit primaire de l'Union et habilitées par la loi d'approbation – d'où la dénomination d'« *ultra vires* » –, dans la mesure où ce dépassement conduirait en réalité à une modification implicite des traités, une telle modification relevant de la compétence exclusive des États en tant que « maîtres des traités »⁽¹²⁾. Du reste, l'État allemand ne pourrait pas contourner cette interdiction en transmettant la *Kompetenz-Kompetenz*⁽¹³⁾ à l'Union européenne⁽¹³⁾.

Devant la possibilité de conflit ouvert avec la CJUE engendrée par cette réserve à la primauté du droit de l'Union européenne⁽¹⁴⁾, le Tribunal constitutionnel a néanmoins atténué ce risque par la suite en définissant, dans l'arrêt *Honeywell* du 6 juin 2010⁽¹⁵⁾, des conditions relativement strictes d'exercice de ce contrôle⁽¹⁶⁾.

pratique du droit international en France et en Allemagne, Paris, Société de législation comparée, 2012, pp. 120-125.

(9) BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71, *Rec. BVerfGE* 37, pp. 271 et s. Voy. not. : D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt « Lisbonne » de la Cour Constitutionnelle Fédérale », *Cahiers de droit européen*, 2009, pp. 639-710, spéc. pp. 651-653.

(10) BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92, *Rec. BVerfGE* 89, pp. 155 et s., § 116.

(11) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *loc. cit.*, § 241.

(12) BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, *loc. cit.*, § 112 ; BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *loc. cit.*, § 231.

(13) *Ibid.*, § 233.

(14) Cette réserve concerne *a priori* d'abord le droit dérivé de l'UE, mais elle peut également s'appliquer au droit primaire puisque, dans la conception du *Bundesverfassungsgericht*, la CJUE, comme toute autre institution de l'Union, peut théoriquement également agir *ultra vires* en interprétant le droit primaire d'une façon jugée par le Tribunal constitutionnel non conforme à la loi d'approbation et donc contraire à la Loi fondamentale. Dans ce cas, c'est donc bien le droit primaire (tel qu'interprété par la CJUE) qui serait mis en cause à travers le contrôle *ultra vires*.

(15) BVerfG, 6 juin 2010, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06, *Rec. BVerfGE* 126, pp. 286 et s.

(16) À savoir, d'une part, l'obligation de poser une question préjudicielle à la CJUE si celle-ci n'a pas déjà eu l'occasion de se prononcer sur le point litigieux (*Ibid.*, § 60) et, d'autre part, la nécessité que la transgression soit « manifeste » et qu'elle implique une « modification d'ordre structurel du système de répartition des compétences » (*ibid.*, § 61).

II. Contrôle d'identité constitutionnelle

La Loi fondamentale contient, en son article 79, alinéa 3, une clause dite « d'éternité », interdisant toute modification constitutionnelle qui toucherait à certains principes jugés fondamentaux, consacrés aux articles 1^{er} et 20 LF : la dignité humaine, les principes républicain, fédéral, d'État de droit, d'État social et, enfin, démocratique.

Or, le Tribunal constitutionnel considère cette clause comme le cœur intangible de l'« identité constitutionnelle » de la République fédérale d'Allemagne⁽¹⁷⁾ et veille donc, par ce contrôle, au respect de cette identité constitutionnelle tant dans le cadre du transfert de nouvelles compétences de l'État allemand vers l'UE que dans l'exercice, par celle-ci, de ses compétences attribuées⁽¹⁸⁾.

SECTION III

L'invocation du principe démocratique : technique procédurale, dispositif de légitimation ou réelle préoccupation ?

Au-delà de cette conception de la hiérarchie des normes et de la question de l'articulation entre les ordres juridiques internes et européen⁽¹⁹⁾, il est intéressant de noter que la pierre angulaire de ces deux types de contrôle de l'intégration européenne se situe, dans le raisonnement du Tribunal constitutionnel, dans la défense du « principe démocratique ». Il est néanmoins permis de s'interroger sur les motivations réelles du *Bundesverfassungsgericht* : atteste-t-elle de réelles préoccupations en matière démocratique vis-à-vis de l'intégration européenne (§ 3) ou bien, au contraire, la défense de ce principe ne constitue-t-elle pas, comme certains l'avancent⁽²⁰⁾, un subterfuge procédural destiné à accroître son propre pouvoir de contrôle (§ 1), voire à préserver l'État-Nation allemand (§ 2) ?

(17) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, loc. cit., §§ 208, 216, 218, 219, 235, 240, 339.

(18) *Ibid.*, §§ 249 et 252-260.

(19) En ce qui concerne les tensions juridiques et juridictionnelles engendrées par cette différence d'appréhension vis-à-vis de l'articulation entre les ordres juridiques internes et européen, voy. not. : G. GRÉGOIRE, « Crise des dettes souveraines et risque de conflit juridictionnel : retour sur l'affaire *Outright Monetary Transaction* », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2008, pp. 147-181.

(20) Voy. en particulier : D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'Arrêt « Lisbonne » de la Cour Constitutionnelle Fédérale », *op. cit.*, pp. 667-672 et pp. 706-708.

§ I. Le principe démocratique, prétexte à une astuce procédurale ?

L'intangibilité des principes protégés par la clause d'éternité, notamment le principe démocratique, s'applique également – et ceci est explicitement prévu dans l'article 23, alinéa 1^{er}, LF – à l'intégration européenne. Toutefois, les dispositions de la Loi fondamentale consacrant ce principe démocratique (art. 1^{er} et 20, al. 1 et 2, LF) ne figurent pas parmi les dispositions, énumérées à l'article 93, al. 1, n° 4a LF, sur la base desquelles les citoyens allemands peuvent introduire une procédure de recours constitutionnel. Le *Bundesverfassungsgericht* a cependant déclaré que le principe démocratique, en tant que principe objectif consacré par les articles 1^{er} et 20, alinéas 1 et 2, LF, trouvait en réalité sa traduction sous la forme d'un droit subjectif dans le droit de vote des citoyens consacré à l'article 38, alinéa 1^{er}, LF⁽²¹⁾ – disposition dont la violation permet, elle, à tout citoyen lésé d'introduire un recours constitutionnel. Ainsi, en passant par le détour du droit subjectif de vote des citoyens et en l'étendant au principe objectif de démocratie, le Tribunal constitutionnel s'auto-habilite à contrôler l'intégration européenne au regard de ce dernier.

De nombreux auteurs⁽²²⁾, ainsi d'ailleurs qu'un juge du *Bundesverfassungsgericht* dans une opinion dissidente⁽²³⁾, ont dénoncé ce raisonnement en ce que le *Bundesverfassungsgericht* aurait *in fine* institué une véritable *actio popularis* – c'est-à-dire un droit pour chaque citoyen d'ester en justice en défense de l'intérêt commun –, au mépris de l'encadrement strict de l'article 93, alinéa 1, n° 4a, LF. Selon ces auteurs, ce raisonnement ne constituerait donc finalement qu'une stratégie procédurale artificielle destinée à « se positionner en tant que forum central d'opposition en matière européenne et à exercer une influence durable sur le processus d'intégration »⁽²⁴⁾.

(21) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne, loc. cit.*, §§ 174-175.

(22) Voy. not. : K.F. GÄRDITZ, « Beyond Symbolism : Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs ? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n° 2, pp. 183-201 ; A. THIELE, « Friendly or Unfriendly Act ? The “Historic” Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB’s OMT Program », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, pp. 241-264 ; M. WENDEL, « Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy : The German Federal Constitutional Court’s OMT Reference », *European Constitutional Law Review*, septembre 2014, vol. 10, n° 2, pp. 263-307.

(23) BVerfG, 14 janvier 2014, OMT I, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, *Rec. BVerfGE* 134, pp. 366 et s., opinion dissidente du juge GERHARDT, §§ 6 et 7.

(24) M. KOTTMANN, « Au nom du peuple : le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale dans la crise européenne », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2013, pp. 347-356, spéc. p. 352. À noter que, contrairement aux nombreux auteurs qui perçoivent négativement la création de cette *actio popularis*, M. Kottmann défend, lui, une « lecture plus positive du rôle du *Bundesverfassungsgericht* » (*ibid.*, p. 348).

Si nous ne pouvons nier l'aspect élaboré, sophistiqué, voire, par certains côtés, alambiqué, de ce raisonnement juridique, il nous semble cependant nécessaire d'aller plus loin dans l'analyse pour mieux comprendre les raisons de cette mise en avant du principe démocratique comme limite à l'intégration européenne : l'invocation de ce principe procède-t-elle d'une irréductible volonté du *Bundesverfassungsgericht* de légitimer la primauté de l'ordre étatique sur l'ordre européen et, partant – en tant que gardien de la norme fondamentale de cet ordre –, de son pouvoir du dernier mot ou, au contraire, cette invocation résulte-t-elle d'un réel questionnement vis-à-vis de l'intégration européenne basée sur une réflexion et un raisonnement théorique approfondis ?

§ 2. Le principe démocratique, nimbe⁽²⁵⁾ de la souveraineté et de l'État-nation ?

Pour plusieurs auteurs, la motivation du Tribunal constitutionnel ne fait aucun doute : l'objectif de celui-ci est, sous couvert de défense du principe démocratique, la sauvegarde de la souveraineté de l'État-nation allemand – et, partant, la préservation de sa fonction de gardien de la norme fondamentale et du pouvoir du dernier mot y afférent. Le *Bundesverfassungsgericht* développerait en effet, selon ces auteurs, une conception de la démocratie consubstantiellement liée à la souveraineté de l'État-nation, ce qui fera d'ailleurs dire à certains d'entre eux que le Tribunal constitutionnel consacre la « naissance d'un véritable droit de chaque citoyen allemand à la préservation de l'État-Nation auquel il appartient »⁽²⁶⁾ et qu'il « utilise le principe démocratique, axé sur le citoyen, comme prête-nom pour un concept de souveraineté axé sur l'État-nation »⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾.

Le *Bundesverfassungsgericht* a, il est vrai, déclaré que « la Loi fondamentale ne présuppose (...) pas seulement la qualité d'État souverain

(25) Ce terme désigne l'ensemble des artifices de langage au moyen desquels les auteurs de normes juridiques visent à produire une image avantageuse d'eux-mêmes ou de leurs commandements, en vue de favoriser l'obéissance des destinataires (L. FRANÇOIS, *Le Cap des Tempêtes, essai de microscopie du droit*, 2^e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2012, p. 326).

(26) D. DITTELT, « La Cour constitutionnelle allemande et le traité de Lisbonne », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2009-2010, n° 4, p. 849.

(27) D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'Arrêt "Lisbonne" de la Cour Constitutionnelle Fédérale », *loc. cit.*, p. 671. L'auteur ajoute que, « malgré l'effort très appréciable entrepris par le juge de Karlsruhe d'ancrer sa conception du principe démocratique dans la liberté – et même la dignité – du citoyen, il s'ensuit de l'analyse qu'elle ne cache en réalité que mal sa conception de la souveraineté » (*ibid.*, p. 708).

(28) Pour M. WENDEL, « cette conception jurisprudentielle de la démocratie est existentiellement liée à la (pré-)existence de l'État classique et reste aveugle quant aux formes constitutives de légitimation démocratique dans un contexte supra- ou extra-étatique » (M. WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », *loc. cit.*, p. 254).

de l'Allemagne, mais elle la garantit aussi »⁽²⁹⁾. Dans le cadre constitutionnel de la Loi fondamentale, le Tribunal constitutionnel a également déduit de cette qualité deux limites absolues à l'intégration européenne : l'interdiction pour l'UE de devenir un État fédéral, d'une part ; l'obligation pour l'État allemand de garder une « marge d'action politique suffisante à l'égard de la vie économique, culturelle et sociale »⁽³⁰⁾ – et corrélativement, l'interdiction de transférer ce noyau dur de compétences étatiques⁽³¹⁾ –, d'autre part.

Cependant, il convient d'insister sur le fait que ces deux limites n'existent qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel découlant de la Loi fondamentale. Ce cadre constitutionnel peut en revanche, lui, – et le *Bundesverfassungsgericht* le reconnaît explicitement – être modifié. En effet, en application du principe de souveraineté populaire, le peuple allemand, assemblé en pouvoir constituant, est en droit, par référendum, de rendre caduque la Loi fondamentale de 1949 et de transférer la souveraineté au niveau européen, substituant par là-même un État européen à l'État allemand⁽³²⁾.

§ 3. Le principe démocratique, réelle préoccupation vis-à-vis de l'intégration européenne ?

Toutefois, en dehors de cette éventualité – c'est-à-dire dans le cadre constitutionnel actuel de la Loi fondamentale –, l'intégration européenne doit, selon le Tribunal constitutionnel, respecter la souveraineté de l'État allemand ainsi que le noyau dur des principes organisant cet État – noyau dur au centre duquel se trouve le principe démocratique. Reste alors maintenant à définir ce principe démocratique dans l'ordre constitutionnel allemand – et plus précisément dans l'interprétation qu'en fait le *Bundesverfassungsgericht* – (I), pour ensuite examiner son application dans le cadre du contrôle de l'intégration européenne (II).

(29) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, loc. cit., § 216.

(30) *Ibid.*, § 249.

(31) La Cour précise en détails les domaines relevant de ce noyau dur inaccessibles – au regard du principe démocratique – de compétences étatiques (*ibid.*, §§ 252-260).

(32) *Ibid.*, § 179 : « D'après la Loi fondamentale, les électeurs ont un droit de décider "en pleine liberté de décision" d'un changement d'identité de la République fédérale d'Allemagne, tel qu'il serait entraîné par une transformation de cette dernière en État fédéré d'un État fédéral européen, et de la caducité de la Loi fondamentale qui en serait la conséquence. (...) Seul le pouvoir constituant a le droit d'abandonner l'État créé par la Loi fondamentale. Le pouvoir constitué ne dispose pas de ce droit ».

I. Les caractéristiques organisationnelles et le contenu substantiel du principe démocratique

Comme le note D. Hanf, « selon le juge de Karlsruhe, *l'essence inaliénable du principe démocratique* consiste en une garantie que “l'exercice du pouvoir étatique peut être attribué au peuple et doit être justifié devant le peuple” de manière à atteindre “un certain niveau de légitimation” démocratique »⁽³³⁾. Mais comment définir ce « certain niveau de légitimation démocratique » ? De notre interprétation de l'arrêt Lisbonne du 30 juin 2009, il ressort que le Tribunal constitutionnel définit ce seuil à travers *trois* caractéristiques formelles ou organisationnelles, qui sont autant de conditions nécessaires mais non suffisantes sans le respect d'une condition substantielle.

Au niveau des caractéristiques formelles ou organisationnelles, le principe démocratique se caractérise premièrement par la *représentation* du peuple : les citoyens ne prennent pas directement chaque décision mais délèguent ce pouvoir à des représentants, les députés du *Bundestag*⁽³⁴⁾ qui, en tant que pouvoir législatif, prime les pouvoirs exécutif et judiciaire⁽³⁵⁾.

Deuxièmement, le principe démocratique englobe, selon le *Bundesverfassungsgericht*, le *principe électif* : la représentation se réalise par l'intermédiaire des élections⁽³⁶⁾ au suffrage universel direct et égal⁽³⁷⁾. À cet égard, le Tribunal constitutionnel souligne particulièrement l'importance de l'égalité dans les suffrages (*one man, one vote*) en tant que fondement essentiel d'un ordre juridique libéral et démocratique d'un État tel que celui instauré par la Loi fondamentale⁽³⁸⁾.

Troisièmement, le principe démocratique requiert l'institution du *principe majoritaire* comme mécanisme fondamental de prise de décision au sein du peuple (dans l'élection de ses représentants) et du *Bundestag* (dans les décisions de celui-ci)⁽³⁹⁾. Selon le *Bundesverfassungsgericht*,

(33) D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'Arrêt “Lisbonne” de la Cour Constitutionnelle Fédérale », *loc. cit.*, p. 669.

(34) Art. 38, al. 1, LF : « Les députés du Bundestag (...) sont les représentants de l'ensemble du peuple (...) ».

(35) Art. 20, al. 3, LF : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

(36) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *loc. cit.*, § 268 : « Dans les États territoriaux modernes, l'auto-détermination d'un peuple se réalise essentiellement par l'élection des organes d'une entité de pouvoir qui exercent la puissance publique ».

(37) Art. 38, al. 1, LF : « les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret ». Le *Bundesverfassungsgericht* ajoute que, « lorsqu'il élit les députés au Bundestag par des élections générales, libres et égales, le Peuple fédéral manifeste directement sa volonté politique » et qu'« au niveau fédéral de l'État constitutionnel régi par la Loi fondamentale, l'élection des députés est la source du pouvoir d'État – avec chaque élection qui a lieu périodiquement, ce pouvoir est renouvelé par le peuple (article 20 alinéa 2 LF) » (BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *loc. cit.*, § 209).

(38) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *loc. cit.*, § 282.

(39) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *loc. cit.*, §§ 208-213.

« le Peuple fédéral se gouverne régulièrement à travers la majorité (art. 42, al. 2, LF) qui se dégage au sein de l'assemblée représentative ainsi élue »⁽⁴⁰⁾ et « l'autodétermination du peuple par des élections et votations libres et basée sur le principe de majorité est constitutive pour l'ordre constitutionnel régi par la Loi fondamentale »⁽⁴¹⁾.

Néanmoins, ce triptyque organisationnel n'épuise pas le principe démocratique. Ces caractéristiques ne sont que des garanties formelles destinées à protéger la *substance* du principe démocratique, à savoir le droit des citoyens de déterminer *le contenu* des grandes orientations politiques. Cette condition implique que les représentants du peuple soient responsables devant lui de leurs décisions⁽⁴²⁾, afin que celui-ci puisse juger de leur action et, le cas échéant, marquer son désaccord en élisant des représentants défendant une autre position⁽⁴³⁾.

Cette exigence substantielle a pour conséquence majeure que les représentants ne peuvent pas déléguer leurs fonctions et compétences fondamentales de souveraineté à d'autres entités, car, selon les termes du Tribunal constitutionnel « le vote n'aurait plus grand sens si l'organe de l'État ainsi élu ne disposait pas de suffisamment de fonctions et de compétences propres au sein desquelles le pouvoir légitimé par le vote peut s'exercer »⁽⁴⁴⁾.

II. L'application du principe démocratique à l'Union européenne

Actuellement, aux yeux du *Bundesverfassungsgericht*, l'Union européenne ne remplit pas, ne pourrait pas remplir, et n'a pas vocation à remplir ces exigences consubstantielles au principe démocratique.

(40) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne, loc. cit.*, § 209.

(41) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne, loc. cit.*, § 213.

(42) Puisque, « lorsque le peuple n'est pas appelé à décider directement, seul ce qui peut être endossé par le Parlement peut être considéré comme démocratiquement légitimé » (BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne, loc. cit.*, § 236).

(43) « L'autodétermination du peuple par des élections et votations libres et basée sur le principe de majorité est constitutive pour l'ordre constitutionnel régi par la Loi fondamentale. Cette autodétermination se déploie dans un espace de formation libre de l'opinion publique et dans une compétition organisée qui a lieu entre forces politiques dans le rapport entre un gouvernement responsable et une opposition parlementaire. L'exercice de la puissance publique est régi par le principe de majorité, avec formation régulière d'un gouvernement responsable et une opposition non entravée, laquelle a la possibilité d'accéder, à l'avenir, au gouvernement. Notamment à l'occasion de l'élection de l'assemblée représentant le peuple ou lors de l'élection aux plus hautes fonctions du gouvernement, doivent exister la possibilité d'exprimer une volonté majoritaire généralisée sur les plans personnel ou matériel, ainsi que la possibilité d'engendrer par l'élection des décisions sur les orientations politiques » (*ibid.*, § 213).

(44) *Ibid.*, § 175. Le *Bundesverfassungsgericht* ajoute : « Par les dispositions de l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 et à l'article 20 alinéas 1 et 2 LF, la Loi fondamentale a déclaré intangible ce rapport de légitimation entre l'électeur et la puissance étatique. Dans le champ d'application de l'article 23 LF, l'article 38 alinéa 1 phrase 1 LF interdit que la légitimité conférée par le vote à la puissance étatique et l'influence sur l'exercice de cette dernière ne soient vidées par le transfert de compétences du Bundestag au niveau européen de manière telle que le principe de démocratie se trouverait violé » (*ibid.*). Voy. égal. : *ibid.*, § 210.

Tout d'abord, au niveau organisationnel, le Tribunal constitutionnel souligne que le Parlement européen ne représente pas le peuple, mais les peuples des différents États, comme en atteste le contingentement des sièges en fonction des États⁽⁴⁵⁾. Cette situation implique d'ailleurs que le principe d'égalité des suffrages n'est pas respecté, puisque le contingentement des sièges mène à une sur-représentation des petits États et une sous-représentation des grands, et que le vote d'un citoyen d'un petit État peut ainsi valoir jusqu'à douze fois celui d'un grand⁽⁴⁶⁾.

De même, au niveau substantiel, « la décision de la majorité des citoyens sur l'*orientation politique* doit se refléter au Parlement et au gouvernement »⁽⁴⁷⁾ et « la minorité politique vaincue doit demeurer visible en tant qu'alternative politique et, tant dans l'espace de libre formation de l'opinion publique que dans le cadre des procédures de décision formelles, elle doit agir en tant qu'opposition susceptible d'accéder à la majorité lors de scrutins ultérieurs »⁽⁴⁸⁾. Or, force est de constater, selon le *Bundesverfassungsgericht*, que « fait défaut (...) une compétition réelle et transparente pour les citoyens entre un gouvernement et une opposition »⁽⁴⁹⁾ et que « l'imputation de décisions aux acteurs qui en sont responsables perd en transparence, ce qui a pour conséquence que, lorsqu'ils votent, les citoyens ne peuvent plus s'orienter à des chaînes de responsabilité tangibles »⁽⁵⁰⁾. Par conséquent, si le Tribunal constitutionnel ne le déclare pas explicitement, il semble néanmoins assez évident que celui-ci considère insuffisant, au regard des exigences du principe démocratique tel qu'il ressort de la Loi fondamentale, la possibilité pour le peuple d'influencer le contenu et les orientations générales de l'action des pouvoirs publics européens. Ceci amène le *Bundesverfassungsgericht* à conclure à un « déficit subsistant – par rapport aux exigences démocratiques dans un État – de la puissance publique européenne »⁽⁵¹⁾.

Néanmoins, malgré ce déficit subsistant, le Tribunal constitutionnel n'en aboutit pas moins à la conclusion de la compatibilité de la loi d'approbation des traités européens avec les exigences de la Loi fondamentale, et donc notamment avec le principe de démocratie. Si ce résultat peut paraître *a priori* paradoxal, il s'explique cependant par un raisonnement somme toute assez simple : les exigences du principe démocratique s'appliquent à un État ; or, l'Union européenne n'est pas, aux yeux du

(45) *Ibid.*, §§ 280, 281, 284 et 288.

(46) *Ibid.*, § 284.

(47) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, loc. cit., § 215.

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*, § 280.

(50) *Ibid.*, § 247.

(51) *Ibid.*, § 289.

Bundesverfassungsgericht, un État ; partant, elle n'est pas soumise aux mêmes exigences de légitimité démocratique⁽⁵²⁾.

Mais cette déduction est cependant loin de constituer un blanc-seing aux institutions européennes. Au contraire, derrière cette acceptation des traités actuels, le *Bundesverfassungsgericht* émet une mise en garde claire vis-à-vis de tout approfondissement de l'intégration, dans la mesure où celui-ci nécessiterait à ses yeux une légitimation démocratique correspondant à l'étendue de cet approfondissement⁽⁵³⁾. Cette mise en garde générale annonce alors en vérité la réelle crainte du *Bundesverfassungsgericht* : voir l'Union européenne devenir un État, mais sans la légitimité démocratique dont jouissent, selon lui, les ordres constitutionnels des États membres. Le Tribunal constitutionnel considère en effet que, « si (...) le seuil vers un État fédéral et une renonciation à la souveraineté nationale était franchi – ce qui, en Allemagne, exigerait une libre décision du peuple qui irait au-delà de la Loi fondamentale actuellement en vigueur –, les exigences démocratiques devraient être respectées à un degré correspondant totalement à la légitimité d'une entité de pouvoir organisée sous la forme d'un État »⁽⁵⁴⁾ ; or, le *Bundesverfassungsgericht* relève que, ayant perdu leur souveraineté, « un tel niveau de légitimité ne pourrait alors plus être imposé par les ordres constitutionnels nationaux »⁽⁵⁵⁾.

L'avertissement se transforme alors en véritable commination, en authentique ultimatum, puisque le Tribunal constitutionnel va jusqu'à énoncer explicitement l'aboutissement logique de son raisonnement, à savoir que, « si, dans le cadre de l'évolution de l'intégration européenne, une disproportion devait surgir entre la nature et l'étendue des droits de souveraineté exercés d'une part, et le degré de légitimité démocratique d'autre part, il appartiendrait à la République fédérale d'Allemagne en raison de sa responsabilité d'intégration d'agir en vue d'apporter un changement à une telle situation *et, en ultime recours, de refuser de continuer à participer à l'Union européenne* »⁽⁵⁶⁾.

Si donc, comme on l'a vu, le Tribunal constitutionnel, *placé dans le cadre constitutionnel de la Loi fondamentale*, défend effectivement la souveraineté étatique de la République fédérale d'Allemagne, il est notable que ce n'est pas la perspective de la perte de cette souveraineté – il en admet même l'hypothèse tout en la conditionnant à un acte du pouvoir constituant originaire (c'est-à-dire à un remplacement du cadre constitutionnel lui-même) – qui pousse celui-ci à brandir la menace de quitter l'Union, mais bien plutôt la perspective d'une intégration européenne non suffisamment démocratique.

(52) *Ibid.*, §§ 261, 262 et 298.

(53) *Ibid.*, § 262.

(54) *Ibid.*, § 263.

(55) *Ibid.*

(56) *Ibid.*, § 264.

SECTION IV

Conclusion : le paradoxe de la « légitimité démocratique » et son origine

Il apparaît par conséquent que l'invocation par le *Bundesverfassungsgericht* du principe démocratique a certes donné lieu à un raisonnement complexe, sophistiqué, qui peut être perçu comme un outil de stratégie procédurale destiné à faciliter le contrôle de l'intégration européenne ; certes également, cette défense du principe démocratique constitue potentiellement un instrument de légitimation de la protection et de la préservation de la souveraineté de l'État-nation allemand, consolidant par là-même le pouvoir du Tribunal constitutionnel. Toutefois, deux considérations tendent à tempérer ces propos : d'une part, le *Bundesverfassungsgericht* lui-même reconnaît que les limites posées par lui ne sont pas absolues et que, par une décision souveraine du peuple, l'établissement d'un État européen est possible ; d'autre part, les nombreux développements théoriques du Tribunal constitutionnel sur le principe démocratique laissent entrevoir une réelle volonté de protéger et de renforcer ce principe démocratique au sein du processus d'intégration européenne – perception du reste renforcée par l'utilisation de la menace de retrait du processus d'intégration en cas de déficit démocratique structurel et persistant, et non en cas de perte de la souveraineté étatique de la République fédérale d'Allemagne.

Ainsi, pour reprendre la distinction réalisée en introduction entre la fonction protectrice du droit, incarnée par la citation de Lacordaire, et la fonction légitimante, apologétique, de cette dialectique du faible et du fort, il nous semble que, pour analyser correctement les mécanismes à l'œuvre dans le cas qui nous occupe, il ne faut pas opposer ces fonctions mais au contraire les combiner : le *Bundesverfassungsgericht*, en invoquant le principe démocratique, renforce et légitime *de facto* son pouvoir, puisque, par une astuce procédurale – le détour par le droit subjectif de vote des citoyens pour contrôler le principe objectif de démocratie –, il se place en position de juge ultime du respect de ce principe ; mais, en se plaçant dans cette position, le Tribunal constitutionnel semble chercher réellement à protéger le principe démocratique en tentant d'enraciner l'intégration européenne dans celui-ci.

Néanmoins, émerge alors ce que nous pourrions qualifier de « paradoxe de la légitimité démocratique » : au nom de l'exigence de légitimité démocratique des instances productrices de normes juridiques, un organe non soumis à ce principe démocratique, le *Bundesverfassungsgericht* en l'occurrence, se place comme juge ultime des décisions provenant d'instances répondant à un tel principe – ici, le *Bundestag*. De surcroît, le

Tribunal constitutionnel semble même se réserver la possibilité – ou, en tout cas, refuse de renoncer *a priori* à la possibilité – de censurer jusqu'à une éventuelle décision souveraine du peuple (et non plus seulement des représentants de celui-ci) transférant la souveraineté au niveau européen sans approfondissement suffisant du principe démocratique au niveau de ce nouvel État européen⁽⁵⁷⁾.

Comment sortir alors de ce paradoxe ? Si nous n'avons évidemment pas prétention à répondre à une question si complexe – encore moins à pouvoir s'y essayer dans cette contribution à portée forcément limitée –, il nous semble en revanche opportun d'en chercher l'origine, en adoptant un point de vue plus externe sur le cadre de l'intégration européenne et en se posant alors la question que nous considérons comme « faïtière », c'est-à-dire qui, à notre sens, surplombe tout l'édifice. Cette interrogation, contenue en germes dans les considérations du *Bundesverfassungsgericht* relatives à la condition substantielle du principe démocratique (le droit des citoyens de déterminer le contenu des grandes orientations politiques), mérite, selon nous, d'être reformulée et approfondie : ce questionnement récurrent sur le caractère démocratique de l'ordre juridique européen n'est-il pas la conséquence du processus, au cœur même de l'intégration européenne, de sanctuarisation juridique dans les normes hiérarchiquement les plus hautes (en l'occurrence, les traités européens) non pas seulement des compétences transférées mais également du *contenu* même des politiques relevant de ces compétences – au lieu de laisser ce contenu, de manière suffisamment substantielle, à la délibération des organes démocratiques, que ceux-ci se situent au niveau national ou européen ? En effet, en reprenant une définition minimale de la démocratie inspirée de Karl Popper, ne peut-on pas considérer que, au-delà de son organisation formelle, c'est le critère de *réversibilité* – tant des institutions que des règles – qui est essentiel dans la caractérisation d'un système politique comme démocratie⁽⁵⁸⁾ ? Or, l'histoire de l'intégration européenne ne constitue-t-elle pas, justement, une entreprise sans cesse plus étendue

(57) *Ibid.*, § 217 : « La question de savoir si, en raison de l'universalité des valeurs de dignité, de liberté et d'égalité, cette restriction l'intangibilité du principe démocratique, consacré par l'article 79, al. 3 LF, *NdA* s'applique même à l'encontre du pouvoir constituant, c'est-à-dire également au cas où le Peuple allemand se donnerait, en pleine liberté de décision mais en continuité avec le régime constitutionnel établi par la Loi fondamentale, une nouvelle constitution (...) peut demeurer sans réponse ici ».

(58) K. R. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, t. 1, *L'ascendant de Platon*, Paris, Seuil, 1979, pp. 106-108. Pour une application de cette définition poppérienne de la démocratie à l'intégration européenne, v. également : Y. BERTONCINI, « L'Union européenne : Le défi de la réversibilité », in J.-M. FERRY, Y. BERTONCINI, F. CHENEVAL et T. CHOPIN, *Démocratie, la voie européenne*, Presses Paris Sorbonne, 2007, pp. 161-178. ; C. BARBIER, « La prise d'autorité de la BCE et les dangers démocratiques de la nouvelle gouvernance économique dans l'UE », *OSE Paper Series*, Research Paper n° 9, novembre 2012, p. 33.

de « constitutionnalisation »⁽⁵⁹⁾ de règles de politique économique considérées comme intangibles, voire irréversibles⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾ ?

Dans cette perspective, l'imposition par le *Bundesverfassungsgericht* de sa conception du principe démocratique à un organe répondant, selon les propres critères du *Bundesverfassungsgericht*, à ce principe ne constitue peut-être *in fine* qu'une tentative de conjurer un autre paradoxe, plus fondamental et, faut-il le préciser ?, d'une résonance toute particulière à la lumière de l'histoire allemande, selon lequel un système démocratique peut démocratiquement décider de mettre fin à la démocratie⁽⁶²⁾ – que cette décision soit explicite, *via* un transfert des pouvoirs à un tyran, ou implicite, par le biais d'une sanctuarisation substantielle des choix politiques. Ainsi, au-delà des nombreuses difficultés théoriques et pratiques engendrées par son contrôle de l'intégration européenne, l'interpellation du Tribunal constitutionnel a néanmoins le mérite de remettre, ne serait-ce qu'indirectement, la question de la réversibilité des choix politiques au centre du débat ... démocratique.

(59) Ce terme de « constitutionnalisation » est ici entendu *sensu lato*, en tant qu'il renvoie à la consécration d'une politique, d'un principe ou d'une règle dans la norme fondamentale d'un ordre juridique – que cette norme fondamentale soit une constitution *sensu stricto* (dans le cas des systèmes juridiques étatiques) ou un traité international (comme c'est le cas ici pour le droit de l'Union).

(60) En ce sens, voy. not. la conférence de Dieter Grimm, juge du *Bundesverfassungsgericht* de 1987 à 1999, au Collège de France : D. GRIMM, « Moins de Constitution pour plus de démocratie en Europe ? », Collège de France, 29 mars 2017 (disponible sur : <http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2017-03-29-17h00.htm>, consulté le 2 octobre 2017).

(61) Si nous ne pouvons ici développer en détails ce point, certaines déclarations de dirigeants politiques de premier plan permettent néanmoins de déceler assez nettement cette conception de l'irréversibilité des politiques consacrées dans les traités européens. Voy. not. la déclaration du président de la Commission Jean-Claude Juncker : « il ne peut y avoir de choix démocratique contre les traités européens » (J.-J. MEVEL, « Jean-Claude Juncker : “la Grèce doit respecter l'Europe” », *Le Figaro*, 29 janvier 2015), ou celles répétées du président de la BCE Mario Draghi sur l'« irréversibilité de l'euro » (« Mario Draghi : “l'euro est irréversible” », *EuroNews*, 19 décembre 2011, disponible sur : <http://fr.euronews.com/2011/12/19/mario-draghi-l-euro-est-irreversible>, consulté le 26 octobre 2017 ; E. IZRAELEWICZ, C. GATINOIS et P. RICARD, « Non, l'euro n'est pas en danger », *Le Monde*, 22 juillet 2012, p. 10).

(62) Voy. not. : K. R. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, t. 1, *L'ascendant de Platon*, Paris, Seuil, 1979, pp. 106 et 221-222.