

Considérations principales

du jugement du second sénat du 30 Juin 2009

- 2 BvE2/08 -

- 2 BvE5/08 -

- 2 BvR1010/08 -

- 2 BvR1022/08 -

- 2 BvR1259/08 -

- 2 BvR182/09 -

1. L'article 23 de la Loi fondamentale [*Grundgesetz* – GG] permet la participation à une Union européenne conçue comme un regroupement d'Etats (« *Staatenverbund* »), ainsi que le développement de celle-ci. La notion de regroupement (« *Verbund* ») renvoie à une association étroite et permanente d'Etats demeurant souverains, laquelle exerce des prérogatives de puissance publique sur le fondement de 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.

2. a) Dans la mesure où les Etats membres organisent le droit conventionnel de manière telle que, tout en maintenant en vigueur le principe d'attribution, une modification de ce droit puisse être réalisée sans procédure de ratification, une responsabilité particulière pèse, outre sur le gouvernement fédéral, sur les organes législatifs dans le cadre de la participation. En Allemagne, cette responsabilité doit satisfaire aux exigences requises par l'article 23 alinéa 1 GG (responsabilité d'intégration) et le cas échéant, elle peut être engagée dans le cadre d'un recours devant la Cour constitutionnelle.

b) Une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG n'est pas nécessaire, lorsque les clauses passerelles spécifiques se limitent à des domaines matériels déjà suffisamment déterminés par le Traité de Lisbonne. Cependant, même dans de tels cas, il revient au Bundestag et – dans la mesure où les compétences législatives des Länder sont concernées – au Bundesrat d'exercer leur responsabilité d'intégration d'une autre manière appropriée.

3. L'unification de l'Europe sur la base d'une union conventionnelle d'Etats souverains régie par des traités ne saurait être réalisée de manière telle qu'il ne resterait plus dans les Etats membres de marge d'action politique suffisante à l'égard de la vie économique, culturelle et sociale. Ceci vaut notamment pour les matières qui marquent les conditions de vie des citoyens, notamment leur espace privé – protégé par les droits fondamentaux – de sécurité personnelle et sociale et dans lequel ils mènent leur vie sous leur propre responsabilité. Ceci vaut également pour les décisions politiques dont la prise nécessite de manière particulière la compréhension préalable d'aspects culturels, historiques ou linguistiques particuliers et qui, dans un espace marqué par le régime parlementaire et par les partis politiques, se développent de manière discursive face au public politique.

4. La Cour constitutionnelle fédérale vérifie que, dans le respect du principe de subsidiarité, principe du droit communautaire comme du droit de l'Union (article 5 alinéa 2 TCE ; article 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne < TUE Lisbonne >), 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 (cf. Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGE tome 58, page 1 < 30 s. > ; 75, 223 < 235, 242 > ; 89, 155 < 188 > ; cf. ces deux dernières décisions pour la notion d'acte juridique outrepassant les compétences attribuées). En outre, la Cour constitutionnelle vérifie que le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale selon l'article 23 alinéa 1 phrase 3 GG combiné à l'article 79 alinéa 3 GG n'est pas atteint (cf. Recueil BVerfGE 113, 273 < 296 >). L'exercice de cette compétence de contrôle tirée de la Loi fondamentale respecte le principe de l'ouverture de la Loi fondamentale à l'égard du droit européen et pour cette raison, elle n'est pas contraire au principe de coopération loyale (article 4 alinéa 3 TUE Lisbonne). Dans le cadre de l'avancement d'une intégration de plus en plus approfondie, il serait impossible d'assurer autrement le respect des structures fondamentales politiques et constitutionnelles des Etats membres souverains, respect garanti par l'article 4 alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne. Ainsi, les garanties de l'identité constitutionnelle dans l'espace juridique européen par la Constitution d'une part, et par le droit de l'Union d'autre part, se rejoignent-elles.

COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

- 2 BvE2/08 -
- 2 BvE5/08 -
- 2 BvR1010/08 -
- 2 BvR1022/08 -
- 2 BvR1259/08 -
- 2 BvR182/09 -

Prononcé
le 30 juin 2009
M^{me} Herr
secrétaire greffier
auprès de la Cour



AU NOM DU PEUPLE

Dans les procédures

I. relative à la requête, présentée dans le cadre d'une procédure de règlements des litiges entre organes de la Fédération, que soit constaté,

- a) que la loi du 8 octobre 2008 relative au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Journal officiel fédéral 2008 II page 1038) viole l'article 20 alinéas 1 et 2, l'article 23 alinéa 1 et l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale et porte atteinte aux droits que l'auteur de la saisine tient en vertu de l'article 38 alinéa 1 de la Loi fondamentale,
- b) que l'article 1 numéros 1 et 2 de la loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) du 8 octobre 2008 (Journal officiel fédéral I page 1926) et l'article 1 § 3 alinéa 2, § 4 alinéa 3 numéro 3 et alinéa 6, ainsi que § 5 de la loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (impression du Bundestag 16/8489) violent l'article 20 alinéas 1 et 2, l'article 23 alinéa 1 et l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale et portent atteinte aux droits que l'auteur de la saisine tient en vertu de l'article 38 alinéa 1 de la Loi fondamentale

Auteur de la saisine : Dr. G...,

Mandataires : 1. Prof. Dr. Dietrich Murswiek,
Lindenaustraße 17, 79199 Kirchzarten,

2. Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub,
Promenadeplatz 9, 80333 München

Parties adverses : 1. Bundestag allemand,
représenté par son Président,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

Mandataire : Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice,
Laehrstraße 17a, 14165 Berlin

2. Gouvernement fédéral,
représenté par la Chancelière fédérale,
Bundeskanzleramt, Willy-Brandt-Straße 1, 10557 Berlin,

Mandataire : Prof. Dr. Dr. h.c. Christian Tomuschat,
Odilostraße 25a, 13467 Berlin

et à la demande d'ordonnance provisoire

et à la demande d'un autre remède

- **2 BvE 2/08** -,

II. relative à la requête, présentée dans le cadre d'une procédure de règlements
des litiges entre organes de la Fédération,

que soit constaté que la loi du 8 octobre 2008 relative au Traité de Lisbonne du
13 décembre 2007 (Journal officiel fédéral 2008 II page 1038) viole les droits
que le Bundestag allemand tire de sa qualité d'organe législatif et est donc in-
compatible avec la Loi fondamentale

Auteur de la saisine : Groupe parlementaire au Bundestag DIE LINKE
représenté par ses présidents Dr. Gregor Gysi, Membre du Bundestag allemand,
et Oskar Lafontaine, Membre du Bundestag allemand,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

Mandataire : Prof. Dr. Andreas Fisahn,
Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld

Parties adverses : 1. Bundestag allemand,
représenté par son Président,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

Mandataire : Prof. Dr. Franz Mayer,
Lettestraße 3, 10437 Berlin

et à la demande d'ordonnance provisoire

- 2 BvE 5/08 -,

III. relative au recours constitutionnel introduit par

M. Dr. G...,

Mandataire : 1. Prof. Dr. Dietrich Murswiek,
Lindenaustraße 17, 79199 Kirchzarten,

2. Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub,
Promenadeplatz 9, 80333 München

- contre a) la loi du 8 octobre 2008 relative au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Journal officiel fédéral 2008 II page 1038),
- b) l'article 1 numéros 1 et 2 de la loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) du 8 octobre 2008 (Journal officiel fédéral I page 1926),
- c) l'article 1 § 3 alinéa 2, § 4 alinéa 3 numéro 3 et alinéa 6, ainsi que § 5 de la loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (impression du Bundestag 16/8489)

et à la demande d'ordonnance provisoire

et à la demande d'un autre remède

- 2 BvR 1010/08 -,

IV. relative au recours constitutionnel introduit par

M. Prof. Dr. Dr. B...,

Mandataires : Rechtsanwälte Tempel & Kollegen,
Sternstraße 21, 80538 München

contre la loi du 8 octobre 2008 relative au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Journal officiel fédéral 2008 II page 1038)

et à la demande d'ordonnance provisoire

- 2 BvR 1022/08 -,

V. relative aux recours constitutionnels des membres du Bundestag allemand

1. M. A...,
2. M. Dr. B...,
3. M^{me} B...,
4. M. Prof. Dr. B...,
5. M^{me} B...,
6. M^{me} B...,
7. M^{me} Dr. B...,
8. M. C...,
9. M^{me} D...,
10. M. Dr. D...,
11. M. D...,
12. M^{me} Dr. E...,
13. M. E...,
14. M. G...,
15. M^{me} G...,
16. M. Dr. G...,
17. M^{me} H...,
18. M. H...,
19. M. H...,
20. M^{me} H...,
21. M^{me} H...,
22. M^{me} Dr. H...,
23. M^{me} J...,
24. M^{me} Dr. J...,

25. M. Prof. Dr. K...,
26. M^{me} K...,
27. M^{me} K...,
28. M. K...,
29. M^{me} K...,
30. M. L...,
31. M. L...,
32. M^{me} L...,
33. M^{me} Dr. L...,
34. M. M...,
35. M^{me}. M...,
36. M^{me} M...,
37. M^{me} N...,
38. M. N...,
39. M. Prof. Dr. P...,
40. M^{me} P...,
41. M. R...,
42. M^{me} R...,
43. M. S...,
44. M. S...,
45. M. Prof. Dr. S...,
46. M. Dr. S...,
47. M^{me} Dr. S...,
48. M. S...,

49. M^{me} Dr. T...,

50. M. Dr. T...,

51. M. U...,

52. M. W...,

53. M^{me} Z...,

- Mandataire : Prof. Dr. Andreas Fisahn,
Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld

contre la loi du 8 octobre 2008 relative au Traité de Lisbonne du 13 décembre
2007 (Journal officiel fédéral 2008 II page 1038)

et à la demande d'ordonnance provisoire

- **2 BvR 1259/08** -,

VI. relative aux recours constitutionnels introduit par

1. M. Prof. Dr. Dr. S...,

2. M. Graf von S...,

3. M. Prof. Dr. Dr. S...,

4. M. Prof. Dr. K...,

Mandataire des requérants 1. à 3. : Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus C.
Kerber, Hackescher Markt 4, 10178 Berlin

contre a) la loi du 8 octobre 2008 relative au Traité de Lisbonne du 13
décembre 2007 (Journal officiel fédéral 2008 II page 1038),

b) la loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) du 8 oc-
tobre 2008 (Journal officiel fédéral I page 1926) et la loi relative à l'extension
et au renforcement des droits du Bundestag et du
Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (impression du Bundestag
16/8489)

- **2 BvR 182/09** -

la Cour constitutionnelle fédérale - second sénat -
où siégeaient les juges

Voßkuhle (Vice-Président),

Broß,

Osterloh,

Di Fabio,

Mellinghoff,

Lübbe-Wolff,

Gerhardt,

Landau

et suite à l'audience publique qui a été tenue les 10 et 11 février 2009

a décidé par

Jugement

1. Les recours sont joints pour une décision commune.

2. Dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération, la demande de l'auteur de la saisine sous I. est rejetée.

3. Dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération, la demande de l'auteur de la saisine sous II. est rejetée.

4. a) La loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (impression du Bundestag 16/8489) est contraire à l'article 38 alinéa 1 combiné à l'article 23 alinéa 1 de la Loi fondamentale dans la mesure où des droits de participation du Bundestag et du Bundesrat n'ont pas été aménagés dans la mesure exigée selon les motifs détaillés au point C. II. 3. du présent jugement.

b) Avant l'entrée en vigueur des dispositions légales, exigées de par la Constitution, aménageant les droits de participation du Bundestag et du Bundesrat, les instruments de ratification par la République fédérale d'Allemagne du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007 (Journal officiel fédéral 2008 II page 1039) ne peuvent être déposés.

5. Pour le reste, les recours constitutionnels sont rejetés.

6. La République fédérale d'Allemagne doit rembourser au requérant sous III. la moitié de ses frais nécessaires occasionnés par la procédure, aux requérants sous IV. et VI. un quart de leurs frais et au requérant sous V. ainsi qu'à l'auteur de la saisine sous II. un tiers de leurs frais.

M o t i f s :

A.

L'objet des procédures de règlement de litiges entre les organes de la Fédération et des recours constitutionnels joints pour une décision commune est la ratification du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne du 13 décembre 2007 (J.O. No C 306/1). Les saisines sont relatives à la loi allemande d'approbation du traité et, partiellement, aux lois allemandes d'accompagnement : la loi déjà promulguée, mais non encore entrée en vigueur, de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93), ainsi que la loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne, dont la procédure législative est achevée, mais qui n'a pas encore été promulguée, ni publiée.

1

I.

1. Tout comme l'Acte unique européen et les Traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice, le Traité de Lisbonne est un traité modifiant une convention internationale. A l'instar des Traités d'Amsterdam et de Nice, il se fonde sur l'article 48 du Traité sur l'Union européenne (TUE) du 7 février 1992 (J.O. N° C 191/1 ; pour la version consolidée actuellement en vigueur, cf. J.O. 2002 N° C 325/5), ce qui signifie qu'il a été élaboré et adopté selon la procédure de révision prévue depuis le Traité de Maastricht. A la différence de l'Acte Unique européen et des traités d'Amsterdam et de Nice, le Traité de Lisbonne prévoit une modification profonde des traités en vigueur. Il supprime le système des piliers de l'Union et confère formellement à l'Union la personnalité juridique. Vue son importance pour l'évolution de l'Union européenne, ce traité peut de ce fait être comparé à celui de Maastricht.

2

2. Le Traité de Lisbonne remplace le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (traité constitutionnel) du 29 octobre 2004 (J.O. N° C 310/1), lequel n'a pas été ratifié par tous les Etats membres. Le Traité de Lisbonne reprend certes le contenu de ce dernier dans une large mesure, mais des différences subsistent malgré tout.

3

a) aa) Le processus de l'intégration européenne trouve son commencement avec l'entrée en vigueur du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier signé à Paris en 1951 (cf. Journal officiel fédéral [*Bundesgesetzblatt*] BGBl. 1952 II p. 445).

4

L'idée européenne d'une union politique de l'Europe avait gagné en vigueur après 1945 (cf. Loth, *Der Weg nach Europa. Geschichte der europäischen Integration 1939-1957*, 1990 ; Niess, *Die europäische Idee - aus dem Geist des Widerstands*, 2001 ; Wirsching, *Europa als Wille und Vorstellung, Die Geschichte der europäischen Integration zwischen nationalem Interesse und großer Erzählung*, dans la revue ZSE 2006, pages 488 et suivantes ; Haltern, *Europarecht*, 2^e édition 2007, n^{os} 48 et suivants). Les objectifs envisagés étaient la fondation des Etats-Unis d'Europe et l'émergence d'une nation européenne. Une constitution devait être le fondement d'un Etat fédéral. Ces objectifs ressortent clairement tant du Congrès européen tenu à La Haye en 1948 et formulant un appel à une fédéralisation de l'Europe, que de la création, suite à ce congrès, du Mouvement européen, ainsi que du « Comité d'action pour les Etats-Unis d'Europe » créé par Jean Monnet, dont furent membres des hommes politiques de premier ordre tels Fanfani, Mollet, Wehner, Kiesinger et, ultérieurement, Heath, Brandt et Tindemans (cf. Oppermann, *Europarecht*, 3^e édition, 2005, § 1, n^o 14). Un « projet pour une Constitution fédérale européenne » du 6 mai 1951 comportant 18 articles fut proposé par le Conseil de l'Europe sous la présidence du comte de Coudenhove-Kalergi, président du mouvement paneuropéen actif dès les années 1920. Ce projet fut élaboré par 70 membres de l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe, afin de créer le « comité constitutionnel pour les Etats-Unis d'Europe ». Il avait pour modèle la structure constitutionnelle de la Suisse, prévoyant un Parlement bicaméral et un Conseil fédéral comme gouvernement. Les peuples de la Fédération devaient être représentés à la chambre des députés selon leur poids démographique, à raison d'un député par million d'habitants ou fraction d'un million (article 9 alinéa 3 du projet d'une constitution fédérale européenne dont le texte peut être trouvé dans Mayer-Tasch / Contiades, *Die Verfassungen Europas : mit einem Essay, verfassungsrechtlichen Abrissen und einem vergleichenden Sachregister*, 1966, pages 631 et suivantes).

bb) L'idée de la création d'Etats-Unis d'Europe se vit confrontée dès l'origine à de forts courants nationaux dont l'objectif principal, tourné essentiellement vers l'intérieur, était la reconstruction après la guerre. Il existait un puissant courant en sens opposé, suite aux contraintes politiques en matière de politique extérieure et de défense commune, qui résultaient de la guerre froide. Ce furent surtout les Etats-Unis d'Amérique, puissance protectrice de l'Europe occidentale, qui insistèrent sur une contribution substantielle de l'Europe en matière de défense, laquelle rendait également utile la recherche de moyens de procéder à un réarmement contrôlé de l'Allemagne. Au commencement, il y eut alors l'eupéanisation de l'industrie du charbon et de l'acier, industrie importante à l'époque tant du point de vue économique que de celui de l'armement, par la voie de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, ainsi que la création d'une Communauté européenne de défense, c'est-à-dire la mise en place de forces armées européennes avec participation essentielle de la France et de l'Allemagne. Le traité relatif à la Communauté européenne de défense, négocié parallèlement au traité établissant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et prévoyant une intégration en matière de politique de sécurité, subit

cependant un échec suite à son rejet par l'Assemblée nationale française (cf. von Puttkamer, *Vorgeschichte und Zustandekommen der Pariser Verträge vom 23. Oktober 1954*, dans la revue *ZaöRV* 1956 / 1957, pages 448 et suivantes). L'union politique, dont les négociations avaient été entamées en même temps, avait déjà échoué au cours du processus de négociation et avait été repoussée *sine die*. Le rejet de la Communauté européenne de défense et l'échec de l'Union politique européenne montrèrent que la mise en place d'un Etat fédéral européen n'était pas possible directement.

cc) L'union économique qui voyait malgré tout le jour grâce à la Communauté européenne du charbon et de l'acier constitua ainsi la seule mesure concrète pour réaliser dans la pratique la vision européenne. Dans les décennies qui suivirent, l'évolution européenne fut caractérisée par la création de liens de plus en plus étroits et la communautarisation de matières économiques. Par ce détour, rendu nécessaire par de fortes tendances de préservation de l'Etat national, l'objectif d'une union politique fut poursuivi. Par la mise en place de liens économiques aussi étroits que possibles, c'est-à-dire un Marché commun, la nécessité pratique d'une communautarisation de la politique devait être réalisée et des conditions commerciales et économiques devaient être créées de manière telle qu' une union politique, y compris en matière de politique extérieure et de sécurité, soit la seule conséquence logique possible (cf. Stikker, *The Functional Approach to European Integration*, dans *Foreign Affairs* 1951, pages 436 et suivantes ; Küsters, *Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1982, pages 55 et suivantes, ainsi que 79 et suivantes). Cette approche fonctionnelle fut à la base des « traités de Rome » conclus en 1957 : le Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (cf. Journal officiel fédéral BGBl. 1957 II p. 753) et le Traité instituant la Communauté économique européenne (C.E.E.) (cf. Journal officiel fédéral BGBl. 1957 II p. 766 ; pour la version actuelle et consolidée du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), cf. J.O. N° C 325/1). Dans les décennies suivantes, les traités furent adaptés au fur et à mesure et la structure des organes communautaires rapprochée de celle d'un Etat. L'acte dit d'élection directe rendit possible en 1979 la première élection du Parlement européen au suffrage direct (Acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct, décision du Conseil du 20 septembre 1976 < Journal officiel fédéral BGBl. 1977 II p. 733 > ; modifié en dernier lieu par la décision du Conseil du 25 juin 2002 et du 23 septembre 2002 < Journal officiel fédéral BGBl. 2003 II p. 810 >).

dd) L'Acte unique européen du 28 février 1986 (J.O. 1987 N° L 169/1) constitua la première réforme importante des traités, après le traité de fusion de nature technique et organisationnelle de 1965 (J.O. 1967 N° L 152/1) et la modification des dispositions des traités relatives aux finances, adoptée dans les années 1970 (J.O. 1971 N° L 2/1 et J.O. 1977 N° L 359/1). Ce traité fut la manifestation sans équivoque de la volonté de reprendre l'objectif d'une union politique de l'Europe. Il prévoyait une extension du domaine des décisions prises à la majorité qualifiée au sein du Conseil,

7

8

un élargissement des compétences du Parlement européen par la mise en place de la procédure de coopération, l'introduction de la coopération politique européenne, basée sur une procédure intergouvernementale, et l'institutionnalisation formelle du Conseil européen comme organe compétent pour tracer les grandes lignes politiques (« *impulsions* » au sens de l'article 4 TUE ; cf. Bulmer / Wessels, *The European Council: Decision-making in European Politics*, 1987).

Une évolution fondamentale des traités communautaires fut le Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) du 7 février 1992 (J.O. N° C 191/1). Ce dernier devait marquer « *une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe* » (article 1 alinéa 2 TUE ; cf. également Recueil BVerfGE 89, 155 < pages 158 et suivantes >). L'Union européenne (UE) fut créée. Le fondement de cette dernière fut constitué par les trois communautés, désormais réduites à deux communautés depuis l'expiration du Traité établissant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. S'y ajoutèrent deux formes de coopération intergouvernementale : la politique extérieure et de sécurité commune (PESC) et la coopération en matière de justice et dans les affaires intérieures (structure dite des trois piliers). La Communauté économique européenne fut rebaptisée Communauté européenne (CE). En outre, le Traité de Maastricht introduisit le principe de subsidiarité, la citoyenneté de l'Union et l'Union économique et monétaire, créa de nouvelles compétences en faveur de la Communauté européenne (éducation, culture, santé, protection des consommateurs, réseaux transeuropéens) et élargit les compétences du Parlement européen en introduisant pour certains domaines d'adoption d'actes juridiques une procédure de codécision. Dans le cadre de cette procédure, un acte de droit communautaire dérivé ne pouvait plus être adopté sans l'accord du Parlement européen. Le Traité de Maastricht prévoyait également (article N alinéa 2 du traité) une révision des traités en ce qui concerne la structure des organes, révision qui apparaissait de plus en plus urgente du fait de la volonté politique manifeste d'élargir l'Union européenne. La composition et le mode de fonctionnement des organes européens n'avaient pratiquement pas changé depuis les années 1950 et ce, malgré le fait que le nombre des Etats membres était entre-temps passé de six à douze et que l'Union européenne exerçait des compétences nettement plus étendues que les communautés européennes du début du processus d'intégration européenne.

Le Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (Traité d'Amsterdam) du 2 octobre 1997 (J.O. N° C 340/1) élargit une nouvelle fois les compétences tant de l'Union européenne que de la Communauté européenne, par exemple en matière de politique commune de l'emploi. Il transféra certains domaines matériels tels l'asile, l'immigration et les questions relatives aux visas, ainsi que la coopération judiciaire en matière civile, laquelle avait fait partie jusqu'alors de la coopération intergouvernementale, au champ d'application du traité supranational établissant la Communauté européenne. Il introduisit également la possibilité pour certains Etats

9

10

membres d'instaurer entre eux une coopération renforcée. En outre, le Traité d'Amsterdam créa la fonction d'un Haut représentant pour la politique extérieure et de sécurité commune, rationalisa la procédure de codécision et renforça les droits de contrôle du Parlement européen par rapport à la Commission. Cependant, ce traité n'apporta pas de réponse aux questions institutionnelles découlant de l'élargissement de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne la taille des organes, la répartition des sièges et l'étendue de la procédure de prise de décision à la majorité.

Dès la conclusion et l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, la nécessité d'un traité supplémentaire de révision se fit sentir. Ce nouveau traité fut le Traité de Nice modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (Traité de Nice) du 26 février 2001 (J.O. N° C 80/1). Il élargit le nombre de matières régies par le principe d'une décision à la majorité qualifiée au sein du Conseil et adapta la composition de la Commission, le nombre de députés au Parlement européen et la pondération des voix au sein du Conseil à l'élargissement, déjà décidé politiquement, de jusqu'à dix Etats d'Europe de l'est et du sud-est. En outre, les représentants des gouvernements parvinrent à un accord prévoyant que les Etats membres arrêtant une décision au sein du Conseil devaient représenter au moins 62 pour cent de la population totale de l'Union européenne. A l'occasion de la conférence intergouvernementale de Nice, le Parlement européen, le Conseil et la Commission proclamèrent également solennellement la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des droits fondamentaux, J.O. 2000 N° C 364/1), élaborée par une convention, en tant que déclaration politique, sans intégrer cette Charte au Traité de Nice.

11

b) aa) Une fois qu'il fut prévisible que le Traité de Nice se bornerait juste à procéder aux ajustements nécessaires de la structure des institutions de l'Union européenne, d'aucuns envisagèrent de reprendre le projet constitutionnel qui avait connu un échec au début des années 1950. Ainsi, le ministre allemand des Affaires étrangères, M. Fischer, proposa-t-il une constitution européenne (cf. Fischer, *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, integration 2000, pages 149 et suivantes) déclenchant de par là même un large débat constitutionnel (à ce sujet, cf. Laffan, *Der schwierige Weg zur Europäischen Verfassung: Von der Humboldt-Rede Außenministers Fischer bis zum Abschluss der Regierungskonferenz*, dans Jopp / Matl, *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, Analysen zur Konstitutionalisierung der EU*, 2005, pages 473 et suivantes). La conférence intergouvernementale de Nice mentionna certes le projet d'une constitution européenne dans la Déclaration n° 23 relative à l'avenir de l'Union (J.O. 2001 N° C 80/85), mais n'avait explicitement pour objectif que de poursuivre la réforme des institutions de l'Union. La Déclaration de Laeken relative à l'avenir de l'Union européenne du 15 décembre 2001 (Bulletin UE 12-2001, I.27 < annexe 1 >) traça quatre objectifs de la réforme :

12

Premièrement : « une meilleure répartition et définition des compétences au sein de l'Union européenne » - l'objectif poursuivi ici était

13

de parvenir à une plus grande transparence dans la délimitation des compétences de l'Union par rapport à celles des Etats membres, ainsi qu'à une possible concrétisation du principe de subsidiarité. Devait en outre être examinée la question de savoir d'une part, quelles compétences pouvaient être nouvellement attribuées à l'Union et d'autre part, quelles compétences jusqu'alors exercées en commun pouvaient être retransférées aux Etats membres.

Deuxièmement : « *simplification des instruments de l'Union* » - à cette fin, devaient notamment être examinées la différenciation entre mesures législatives et mesures d'exécution, ainsi que la réduction du nombre d'instruments législatifs. 14

Troisièmement : « *davantage de démocratie, de transparence et d'efficacité au sein de l'Union européenne* » - à cette fin devaient être débattus de manière approfondie des questions d'organisation et de procédure du système des organes de l'Union, ainsi que le rôle des parlements nationaux. 15

Quatrièmement : « *la voie vers une constitution pour les citoyens européens* » - cette perspective avait pour objectif de réorganiser les traités et de débattre de la possibilité d'intégrer la Charte des droits fondamentaux dans le traité formant la base de l'Union et d'adopter un texte constitutionnel de l'Union européenne. 16

Dans le cadre du troisième objectif, le rôle central était occupé par la question de savoir comment la légitimité démocratique et la transparence des organes existants pouvaient être renforcées, ainsi que la manière dont pourrait être désigné le Président de la Commission : par le Conseil européen, le Parlement européen ou – par la voie d'une élection au suffrage direct – le citoyen. La Déclaration de Laeken posa la question de savoir si et comment la composition et le fonctionnement du Parlement européen, ainsi que l'action du Conseil pouvaient être modifiés. 17

bb) Avec la Déclaration de Laeken, le Conseil européen créa une convention chargée d'élaborer un document constitutionnel (au sujet de cette convention, cf. de manière générale Wessels, *Der Konvent: Modelle für eine innovative Integrationsmethode*, integration 2002, pages 83 et suivantes). Ce comité devait, avec la participation des Etats dont l'adhésion était prévue à l'époque, examiner les quatre objectifs de réforme cités. Le traité constitutionnel élaboré par la convention et modifié par la conférence intergouvernementale prévoyait des changements profonds, mais pas une révision totale des traités. Le traité constitutionnel prévoyait de fusionner le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne dans un traité unique, de supprimer la structure des piliers et de conférer une personnalité juridique propre à l'Union européenne. La primauté du droit communautaire par rapport au droit interne des Etats membres, dont la source n'était jusqu'alors que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, devait 18

être explicitement ancrée dans le traité et les symboles de l'Union européenne – le drapeau, l'hymne, la devise, la monnaie, la journée de l'Europe – devaient pour la première fois faire l'objet d'une norme. D'autres modifications importantes incluaient :

- l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le traité, 19
- la catégorisation et la classification des compétences de l'Union, 20
- le développement des institutions, notamment par la création d'un Président du Conseil européen et d'un ministre des Affaires étrangères de l'Union européenne, 21
- l'introduction du principe de la double majorité lors de la prise de décision au sein du Conseil, 22
- une nouvelle typologie des modes d'action de l'Union en ayant recours à des termes comme « loi » et « loi-cadre », 23
- l'introduction de la possibilité d'une initiative citoyenne européenne, 24
- la mise en place d'une politique de voisinage, 25
- la création d'un droit de retrait de l'Union pour les Etats membres, 26
- la mise en place de différentes procédures simplifiées pour réviser certaines parties ou certains aspects du traité constitutionnel, puis 27
- la participation des Parlements nationaux dans le cadre de la procédure législative, afin de contrôler le respect du principe de subsidiarité. Ce dernier devait être assuré par un mécanisme d'alerte précoce et un recours pour violation du principe de subsidiarité. 28

Suite à l'issue négative des référendums tenus respectivement en France et aux Pays-Bas le 29 mai 2005 et le 1^{er} juin 2005, le Conseil européen convint de la nécessité d'une « période de réflexion ». La possibilité devait être donnée aux Etats membres n'ayant pas encore ratifié le traité constitutionnel, soit de ratifier ce dernier après un large débat public et sans contraintes de temps, soit de reporter la ratification (Déclaration des chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres de l'Union européenne sur la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe < réunion du Conseil européen des 16 et 17 juin 2005 >, Bulletin UE 6-2005, I.30). Le processus de ratification ne put cependant être relancé. 29

c) Dans la Déclaration de Berlin du 25 mars 2007 à l'occasion du cinquantième anniversaire de la signature des Traités de Rome (Bulletin UE 3-2007, II.1), les Etats membres se mirent d'accord pour tenter un nouvel essai de parvenir à un traité de réforme (cf. Maurer, *Nach der Referendenzäsur: Deutsche Europapolitik in und nach der Denkpause über den Verfassungsvertrag*, dans Müller-Graff, *Deutschlands Rolle in der Europäischen Union*, 2008, pages 11 et suivantes). Le 22 juin 2007, le Conseil 30

européen de Bruxelles chargea une conférence intergouvernementale d'élaborer un traité dit de réforme et modifiant les traités en vigueur (conclusions de la présidence du Conseil européen des 21 et 22 juin 2007 à Bruxelles, Bulletin UE 6-2007, I.37 < annexe 1 >).

Le mandat donné à cette conférence intergouvernementale se distingua des mandats précédents par le fait que le Conseil européen fixa presque intégralement le texte du nouveau traité, sa forme et son contenu, allant jusqu'à imposer la teneur précise de certaines dispositions (cf. la version retravaillée sur le plan linguistique dans le document du Conseil 11218/07, annexe). Ce faisant, le Conseil s'appuyait sur le traité constitutionnel dont le nouveau traité de réforme devait reprendre autant que faire se peut la substance. Le 13 décembre 2007, ce traité de réforme fut signé en tant que Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne (Traité de Lisbonne).

31

3. a) Le Préambule du Traité de Lisbonne ne fait pas mention du projet échoué du traité constitutionnel, mais inscrit le Traité de Lisbonne dans la lignée directe des Traités d'Amsterdam et de Nice. Il réaffirme l'objectif du mandat donné à la conférence intergouvernementale – augmenter l'efficacité et la transparence démocratique de l'Union et améliorer la cohérence de son action – mais ne place plus d'accent spécifique sur la cohérence de l'action extérieure de l'Union. Alors que, jusqu'à présent, tous les traités de révision avaient servi à augmenter l'efficacité et la cohérence des Communautés européennes ou de l'Union européenne, le Traité de Lisbonne est le premier à poursuivre explicitement l'objectif de renforcer la légitimité démocratique de l'Union (cf. également Fischer, *Der Vertrag von Lissabon*, 2008, pages 91 et suivante).

32

A la différence du traité constitutionnel, le Traité de Lisbonne, conformément au mandat donné à la conférence intergouvernementale, renonce explicitement au concept constitutionnel « *qui consistait à abroger tous les traités actuels pour les remplacer par un texte unique appelé 'Constitution'* » (document du Conseil 11218/07, annexe, n° 1). Les traités sont simplement révisés et la terminologie employée par les traités modifiés reflète l'abandon de l'approche constitutionnelle. Est abandonné l'emploi de la terminologie utilisée au niveau d'un Etat. Le terme de « constitution » n'est plus employé (cf. cependant l'opinion différente de Pernice, *Der Vertrag von Lissabon – Das Ende des Verfassungsprozesses der EU ?*, dans la revue *EuZW* 2008, p. 65 ; Schiffauer, *Zum Verfassungszustand der Europäischen Union nach Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon*, dans la revue *EuGRZ* 2008, pages 1 et suivantes), le « *ministre des Affaires étrangères de l'Union* » devient le « *Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité* » et les termes de « loi » et « loi-cadre » sont abandonnés, contrairement à celui de « décision », à portée moins symbolique. Toutefois, la procédure de codécision est rebaptisée « *procédure législative ordinaire* », distincte d'une autre procédure appelée « *procédure législative spéciale* ». Les actes juridiques adoptés selon l'une de ces procédures législatives sont désignés comme « *actes législatifs* ». Les symboles de l'Union euro-

33

péenne – le drapeau, l'hymne, la devise, la monnaie, la journée de l'Europe – ne sont pas mentionnés. Seize des vingt-sept Etats membres, dont la République fédérale d'Allemagne, affirment cependant dans la Déclaration n° 52 relative aux symboles de l'Union européenne et jointe à l'Acte final du Traité de Lisbonne que ces symboles « continueront d'être, pour eux, les symboles de l'appartenance commune des citoyens à l'Union européenne et de leur lien avec celle-ci ». Le principe de primauté du droit de l'Union et du droit communautaire par rapport au droit interne des Etats membres ne fait toujours pas l'objet d'une disposition explicite (concernant la déclaration faite à ce sujet, cf. infra, A. I. 3. i). Ceci étant, le Traité de Lisbonne intègre cependant des éléments principaux du contenu du traité constitutionnel dans le système actuel des traités et contient des dispositions supplémentaires, adaptées spécifiquement à certains Etats membres (cf. Mayer, *Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon*, dans la revue *ZaöRV* 2007, pages 1141 et suivantes ; sur le sujet spécifique des dispositions relatives aux Parlements nationaux cf. Barrett, « *The king is dead, long live the king* » : *The Recasting by the Treaty of Lisbon of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments*, dans la revue *E.L.Rev.* 2008, pages 66 et suivantes).

b) Le Traité de Lisbonne supprime l'actuelle « structure en trois piliers » de l'Union européenne (article 1 alinéa 3 phrase 1 TUE). Le Traité sur l'Union européenne conserve sa dénomination actuelle (pour une version consolidée, cf. < TUE Lisbonne >, J.O. 2008 N° C 115/13) ; le Traité instituant la Communauté européenne est rebaptisé Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (pour une version consolidée, cf. J.O. 2008 N° C 115/47). L'Union européenne se substitue à la Communauté européenne et y succède juridiquement (article 1 alinéa 3 phrase 3 TUE Lisbonne) et obtient la personnalité juridique (article 47 TUE Lisbonne). La Communauté européenne de l'énergie atomique est détachée de l'ancienne structure de l'Union européenne surplombant les Communautés et continue d'exister en tant qu'organisation internationale indépendante, tout en conservant un lien institutionnel avec l'Union européenne.

34

c) La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne repose selon le Traité de Lisbonne sur deux fondements : d'une part, sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans sa rédaction adaptée du 12 décembre 2007 (J.O. N° C 303/1 ; Journal officiel fédéral BGBl. 2008 II, pages 1165 et suivantes) qui, juridiquement, est assimilée aux traités (article 6 alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne) et se voit ainsi conférer une force obligatoire, et d'autre part, sur les droits fondamentaux non écrits, lesquels subsistent à côté de la Charte en tant que principes généraux du droit de l'Union (article 6 alinéa 3 TUE Lisbonne). Ces deux fondements de la protection des droits fondamentaux au niveau européen sont complétés par l'article 6 alinéa 2 TUE Lisbonne, lequel habilite et oblige l'Union européenne à adhérer à la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Journal officiel fédéral BGBl. 2002 II p. 1054).

35

d) Le titre II de la nouvelle rédaction du Traité sur l'Union européenne contient des « *dispositions relatives aux principes démocratiques* ». Selon ce titre, le fonctionnement de l'Union européenne repose sur la démocratie représentative (article 10 alinéa 1 TUE Lisbonne), complétée par des éléments de démocratie participative, associative et directe, notamment par l'instauration d'une initiative citoyenne (article 11 TUE Lisbonne). Le principe de la démocratie représentative renvoie à deux fondements de légitimité : le Parlement européen en tant que représentant « direct » des citoyens de l'Union, ainsi que les chefs d'Etat et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen et les membres des gouvernements des Etats membres au Conseil, « *eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens* » (article 10 alinéa 2 TUE Lisbonne). 36

Les Parlements nationaux « *contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union* » (article 12 TUE Lisbonne). Les projets d'actes législatifs de l'Union européenne doivent être transmis aux Parlements nationaux huit semaines avant leur inscription à l'ordre du jour du Conseil (article 4 du Protocole n° 1 sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne). Dans le cadre du système dit d'alerte précoce prévu par le Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (protocole sur la subsidiarité), les Parlements nationaux ou leurs chambres ont le droit de présenter un avis motivé pendant ces huit semaines, exposant les raisons pour lesquelles le projet en cause n'est pas, selon eux, conforme au principe de subsidiarité (article 6 du protocole sur la subsidiarité). Ces avis motivés n'imposent cependant un nouvel examen des projets en question que si le nombre d'avis motivés réunit un pourcentage déterminé du nombre total des voix attribuées aux Parlements nationaux (article 7 alinéas 2 et 3 du protocole sur la subsidiarité). De plus, les Parlements nationaux ou leurs chambres peuvent introduire, par l'intermédiaire de leurs Etats membres respectifs, un recours en annulation conformément à l'article 263 TFUE, s'ils estiment qu'un acte législatif est incompatible avec le principe de subsidiarité (article 8 du protocole sur la subsidiarité). 37

Les Parlements nationaux sont en outre associés au contrôle politique d'Europol et d'Eurojust (article 12 lettre c) TUE Lisbonne ; article 88 alinéa 2 sous-alinéa 2, article 85 alinéa 1 sous-alinéa 3 TFUE) et dans le cadre de la procédure dite « passerelle », une procédure de révision des traités introduite de manière générale par le Traité de Lisbonne, ils ont le droit de rejeter une modification du traité proposée par la Commission et ce, pendant un délai de six mois à compter de la transmission de la proposition (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne). Le rejet par un seul Parlement national est suffisant pour faire échouer la modification proposée du traité. 38

e) Le Traité de Lisbonne réforme également les institutions et les procédures. 39

aa) Le traité étend les compétences législatives du Parlement européen. La procédure de codécision, dans le cadre de laquelle le Parlement européen intervient à égalité avec le Conseil, est simplifiée, rebaptisée « *procédure législative ordinaire* » et érigée en procédure de droit commun (article 14 alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne ; 40

article 289 alinéa 1 TFUE). La procédure de coopération est supprimée. Les procédures de consultation et d'avis conforme sont réunies sous le titre de « *procédure législative spéciale* » et ne sont applicables que dans certains cas prévus par les traités (article 289 alinéa 2 TFUE). Le renforcement des compétences législatives du Parlement européen entraîne également des effets lors de la conclusion de traités de droit international public par l'Union européenne. Dans les domaines dans lesquels s'appliquent soit la procédure législative ordinaire, soit la procédure législative spéciale lorsque l'accord du Parlement européen est requis, le Conseil ne peut prendre la décision de conclure un accord international qu'après approbation par le Parlement européen (article 218 alinéa 6 sous-alinéa 2 lettre a) n° v TFUE).

De plus, le Parlement européen se prononce sur le projet du budget et ce, à égalité avec le Conseil (article 14 alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne ; article 314 TFUE). Il dispose également de droits de contrôle politique. Sur proposition du Conseil européen, il élit le Président de la Commission à la majorité de ses membres (articles 14 alinéa 1 phrase 3, article 17 alinéa 7 TUE Lisbonne). La proposition doit tenir compte du résultat des élections au Parlement européen (article 17 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne). Lorsque le candidat proposé n'obtient pas la majorité requise, le Conseil européen est tenu de proposer au Parlement européen un nouveau candidat dans le délai d'un mois (article 17 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 3 TUE Lisbonne). En outre, le Parlement européen contrôle, à l'instar des Parlements nationaux, les activités d'Europol et participe à l'évaluation de l'activité d'Eurojust (article 88 alinéa 2 sous-alinéa 2, article 85 alinéa 1 sous-alinéa 2 TFUE).

41

Le Traité de Lisbonne modifie la composition du Parlement européen, qui est élu « *au suffrage universel direct, libre et secret* » (article 14 alinéa 3 TUE Lisbonne). Il n'est plus composé des représentants des « *peuples des Etats réunis dans la Communauté* » (article 189 alinéa 1 TCE), mais des représentants des « *citoyens de l'Union* » (article 14 alinéa 2 sous-alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne). La répartition des sièges au sein du Parlement européen sera, pour la première fois, déterminée par une norme de droit dérivé (article 14 alinéa 2 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne). Selon la procédure prévue à cet effet, le Conseil européen adopte à l'unanimité sur proposition du Parlement européen et avec l'approbation de ce dernier une décision fixant la composition du Parlement européen. Cette décision doit respecter les exigences formulées à l'article 14 alinéa 2 sous-alinéa 1 phrases 2 à 4 TUE Lisbonne, à savoir que le nombre total des députés ne saurait excéder 750 « *plus le président* », c'est-à-dire 751 membres, et que les citoyens de l'Union doivent être représentés selon un mode de représentation dégressivement proportionnel, avec un minimum de six députés par Etat membre et qu'aucun Etat membre ne saurait se voir attribuer plus de 96 sièges.

42

bb) Le Traité de Lisbonne érige le Conseil européen au rang d'un organe de l'Union européenne désormais unitaire et dotée de la personnalité juridique (article 13 alinéa 1 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne). Par conséquent, les actes du Conseil européen relèvent de la juridiction de la Cour de Justice de l'Union européenne. Ceci ne vaut ce-

43

pendant que pour les cas dans lesquels le Conseil européen adopte des mesures produisant des effets juridiques à l'égard de tiers (article 263 alinéa 1, article 265 alinéa 1 TFUE), ainsi que pour les cas dans lesquels la Cour de Justice est exceptionnellement compétente en matière de politique étrangère et de sécurité commune (article 275 alinéa 2 TFUE).

Le Traité de Lisbonne crée également la fonction de président (permanent) du Conseil européen. Il est élu par le Conseil européen à la majorité qualifiée et pour une durée de deux ans et demi (article 15 alinéa 5 TUE Lisbonne). Le président du Conseil européen se charge des travaux liés à la préparation et la direction des réunions du Conseil européen, ce qui inclut l'activité de donner des impulsions, et il assure, « à son niveau » et « sans préjudice » des attributions du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, la représentation extérieure de l'Union dans les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune (article 15 alinéa 6 sous-alinéas 1 et 2 TUE Lisbonne). La fonction de président du Conseil européen est compatible avec l'exercice d'autres mandats européens, mais non avec celle d'un mandat national (article 15 alinéa 6 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne).

44

cc) Avec le Traité de Lisbonne, tant le vote à la majorité qualifiée (article 16 alinéa 3 TUE Lisbonne) que la procédure législative ordinaire (article 16 alinéa 1 TUE Lisbonne ; article 289 alinéa 1 TUE), dans le cadre de laquelle le Conseil statue en principe également à la majorité qualifiée (article 294 alinéas 8 et 13 TFUE), deviennent la règle. Le système actuel des votes pondérés doit à long terme être remplacé par un système de « double majorité », selon lequel une majorité qualifiée ne sera en principe acquise que si elle réunit à la fois 55 % des Etats membres et 65 % de la population de l'Union européenne (article 16 alinéa 4 TUE Lisbonne ; article 3 du Protocole n° 36 sur les dispositions transitoires). Lorsque le Conseil ne statue pas sur proposition de la Commission ou du Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, la majorité qualifiée doit requérir à long terme que soit réunie la « double majorité » de 72 % des Etats membres et 65 % de la population de l'Union européenne (article 238 alinéa 2 TFUE ; article 3 du Protocole n° 36 sur les dispositions transitoires). Certaines restrictions à ce système sont apportées par le mécanisme dit « de Ioannina » (Déclaration n° 7 relative à l'article 16 alinéa 4 du Traité sur l'Union européenne et à l'article 238 alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Pour la première fois, il est prévu qu'au Conseil les délibérations et les votes sur les projets d'actes législatifs seront publics (article 16 alinéa 8 TUE Lisbonne).

45

dd) A compter du 1^{er} novembre 2014, la Commission devra être composée d'un nombre de commissaires égal aux deux tiers du nombre des Etats membres, à moins que le Conseil européen ne décide à l'unanimité de modifier ce nombre (article 17 alinéa 5 TUE Lisbonne ; cf. également article 244 TFUE). Après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne pourrait toutefois aussi être adoptée, « conformément aux procédures juridiques nécessaires », une décision selon laquelle ferait toujours partie de

46

la Commission un ressortissant de chaque Etat membre (cf. les conclusions de la présidence du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008 à Bruxelles, Bulletin UE 12-2008, point I.4 n° 2).

En outre, le Traité de Lisbonne réaménage les compétences d'exécution autonomes de la Commission et leur confère une forme juridique propre, celle des « *actes non législatifs* » (pour la situation actuelle, cf. l'article 202 tiret 3 phrase 1 et l'article 211 tiret 4 TCE). Un acte législatif peut déléguer à la Commission la compétence d'adopter des actes juridiques non législatifs ayant une portée générale et complétant ou modifiant certaines dispositions non substantielles de l'acte législatif en question (article 290 alinéa 1 sous-alinéa 1 TFUE). Les objectifs, le contenu, le domaine d'application et la durée de cette délégation de compétences (article 290 alinéa 1 sous-alinéa 2 TFUE), ainsi que les conditions de la délégation (article 290 alinéa 2 sous-alinéa 1 TFUE) doivent être explicitement déterminés par les actes législatifs. Ces actes dits délégués (article 290 alinéa 3 TFUE) doivent être distingués des actes d'exécution. Dans la mesure où des conditions uniformes sont nécessaires dans l'ensemble de l'Union pour l'exécution des actes contraignants, ces actes peuvent conférer à la Commission ou, exceptionnellement au Conseil, des compétences exécutives (article 291 alinéa 2 TFUE). Les mesures adoptées sur le fondement de ces compétences d'exécution sont qualifiées d'actes d'exécution (article 291 alinéa 4 TFUE).

47

ee) La fonction de « *Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité* », nouvellement introduite par le Traité de Lisbonne, regroupe plusieurs fonctions qui sont actuellement compétentes en matière de relations extérieures de l'Union européenne et de la Communauté européenne (article 18 alinéas 2 à 4 TUE Lisbonne). Le Haut représentant « *conduit* » la politique étrangère et de sécurité commune, y compris la politique de sécurité et de défense commune (article 18 alinéa 2 phrases 1 et 3 TUE Lisbonne). Cela signifie qu'il dispose d'un droit de proposition à l'égard du Conseil et qu'il exécute « *en tant que mandataire du Conseil* » la politique étrangère et de sécurité commune (article 18 alinéa 2 phrase 2, article 27 alinéa 1 TUE Lisbonne). Le Haut représentant est nommé par le Conseil européen statuant à la majorité qualifiée et avec l'accord du président de la Commission (article 18 alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne). En tant que vice-président de la Commission, il est soumis à un vote d'approbation du Parlement européen (article 17 alinéa 4 phrase 1 et alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne). La durée de ses fonctions n'est pas fixée (cf. cependant l'article 18 alinéa 1 phrase 2 et l'article 17 alinéa 8 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne).

48

« *Dans l'accomplissement de son mandat* », le Haut représentant s'appuie sur un service européen pour l'action extérieure, lequel travaille en collaboration avec les services diplomatiques des Etats membres et est composé de fonctionnaires des services compétents du secrétariat général du Conseil et de la Commission, ainsi que du personnel détaché des services diplomatiques nationaux (article 27 alinéa 3 phrases 1 et 2 TUE Lisbonne). D'autres modalités, tels que l'organisation et le fonc-

49

tionnement du service européen pour l'action extérieure, seront déterminées par une décision du Conseil (article 27 alinéa 3 phrase 3 TUE Lisbonne ; cf. également l'impression du Bundestag n° 16/9316).

ff) Le Traité de Lisbonne modifie également les dispositions relatives à la Cour de justice des Communautés européennes, rebaptisée Cour de justice de l'Union européenne. La Cour n'est en principe pas compétente dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune. Des exceptions s'appliquent en ce qui concerne le contrôle du respect de l'article 40 TUE Lisbonne et des recours en annulation ayant pour objet de contrôler la légalité de certaines décisions prévoyant des mesures restrictives à l'égard de personnes physiques ou morales (article 24 alinéa 1 sous-alinéa 2 phrase 5 TUE Lisbonne ; article 275 TFUE). La Cour possède en revanche une compétence de principe dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à l'exception du contrôle de la validité ou de la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre ; elle n'est pas non plus compétente pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (article 276 TFUE). En outre, le Traité de Lisbonne modifie aussi les différents types de recours, notamment le recours en annulation.

50

f) Le Traité de Lisbonne prévoit en principe trois procédures qui permettent de modifier les traités : la procédure de révision ordinaire (article 48 alinéas 2 à 5 TUE Lisbonne), la procédure de révision simplifiée (article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne) et la procédure dite « passerelle » (article 48 alinéa 7 TUE Lisbonne). Les modifications par la voie de la procédure de révision ordinaire, qui peuvent avoir pour objectif d'accroître ou de réduire les compétences de l'Union européenne (article 48 alinéa 2 phrase 2 TUE Lisbonne), sont comme à présent adoptées par une conférence des gouvernements des Etats membres – le cas échéant après convocation d'une Convention composée de représentants des Parlements nationaux, des chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres, du Parlement européen et de la Commission (article 48 alinéa 3 TUE Lisbonne). Elles entrent en vigueur après avoir été ratifiées par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (article 48 alinéa 4 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne).

51

Une modification par la voie de la procédure de révision simplifiée requiert une décision prise à l'unanimité par le Conseil européen et cette décision n'entre en vigueur « *qu'après son approbation par les Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives* » (article 48 alinéa 6 sous-alinéa 2 phrase 3 TUE Lisbonne ; pour la situation actuelle dans les traités, cf. l'article 17 alinéa 1 sous-alinéa 1 et l'article 42 TUE, ainsi que l'article 22 alinéa 2, l'article 190 alinéa 4, l'article 229a et l'article 269 alinéa 2 TCE). Le domaine d'application de la procédure de révision simplifiée est limité aux modifications de la partie III du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, consacrée aux politiques et actions internes de l'Union (article 48 alinéa 6 sous-alinéa 1 TUE Lisbonne). Ces modifications ne sauraient conduire à étendre les compétences attribuées à l'Union européenne (article 48 ali-

52

néa 6 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne). Dans leur rédaction issue du Traité de Lisbonne, les traités comportent encore d'autres dispositions sur le modèle de l'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne, mais limitées à un domaine déterminé et dont la portée est légèrement étendue par le Traité de Lisbonne (cf. l'article 42 alinéa 2 sous-alinéa 1 TUE Lisbonne – mise en place d'une défense commune ; l'article 25 alinéa 2 TFUE – extension des droits des citoyens de l'Union ; l'article 218 alinéa 8 sous-alinéa 2 phrase 2 TFUE – adhésion de l'Union européenne à la CEDH ; l'article 223 alinéa 1 sous-alinéa 2 TFUE – mise en place d'une procédure uniforme pour l'élection du Parlement européen ; l'article 262 TFUE – compétence de l'Union européenne pour créer des titres européens de propriété intellectuelle ; l'article 311 alinéa 3 TFUE – fixation des ressources propres de l'Union européenne).

Les modifications adoptées selon la procédure passerelle générale reposent également sur une décision à l'unanimité du Conseil européen, mais cette dernière ne peut être prise qu'après approbation du Parlement européen (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 4 TUE Lisbonne). Cela suppose en outre qu'une proposition n'est pas rejetée par un Parlement national dans un délai de six mois (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne). Contrairement aux procédures de révision ordinaire et simplifiée, la procédure passerelle générale s'applique à des modifications ponctuelles, relatives au processus de décision au sein du Conseil ou à la procédure législative. Dans les cas où, conformément au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou au titre V du Traité sur l'Union européenne, le Conseil statue à l'unanimité dans un domaine ou pour un cas déterminés, le Conseil européen peut adopter une décision selon laquelle le Conseil peut statuer à la majorité qualifiée dans ce domaine ou ce cas particuliers (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne). Ceci ne s'applique pas aux décisions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 2 TUE Lisbonne). En outre, le Conseil européen peut adopter une décision autorisant que des actes législatifs dans le domaine du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne soient adoptés selon la procédure législative ordinaire au lieu de la procédure législative spéciale (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne ; cf. déjà l'article 67 alinéa 2, l'article 137 alinéa 2 sous-alinéa 2 phrase 2 et l'article 175 alinéa 2 sous-alinéa 1 TCE). Ni l'une, ni l'autre de ces deux possibilités d'application de la procédure passerelle générale ne s'appliquent à l'article 311 alinéas 3 et 4, à l'article 312 alinéa 2 sous-alinéa 1, l'article 352 et l'article 354 TFUE (cf. l'article 353 TFUE). La procédure passerelle générale est complétée par des clauses passerelles spécifiques (cf. l'article 31 alinéa 3 TUE Lisbonne – décisions sur la politique extérieure et de sécurité commune dans des cas autres que ceux énumérés à l'article 31 alinéa 2 TUE Lisbonne ; l'article 81 alinéa 3 sous-alinéas 2 et 3 TFUE – mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontalière ; l'article 153 alinéa 2 sous-alinéa 4 TFUE – mesures dans certains domaines du droit du travail ; l'article 192 alinéa 2 sous-alinéa 2 TFUE – mesures dans le domaine de la politique de l'environnement ; l'article 312 alinéa 2 sous-alinéa 2 TFUE – fixation du cadre financier pluriannuel ; l'article 333 alinéas 1 et 2 TFUE – procédure de vote dans le cadre de la coopération renforcée selon les

53

articles 326 et suivants TFUE). Un droit d'opposition au profit des Parlements nationaux à l'instar de celui instauré par l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne n'est prévu qu'en ce qui concerne les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontalière (article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE).

g) L'article 50 TUE Lisbonne introduit le droit de tout Etat membre de se retirer de l'Union. 54

h) Le Traité de Lisbonne poursuit l'objectif de rendre la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres plus transparente (cf. la Déclaration de Laeken du 15 décembre 2001 sur l'avenir de l'Union européenne, Bulletin UE 12-2001, I.27 < annexe I >) et il étend aussi les compétences de l'Union européenne. 55

aa) Il réaffirme les principes régissant la répartition et l'exercice des compétences de l'Union européenne, notamment le principe d'attribution (article 5 alinéa 1 phrase 1 et alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne ; cf. également l'article 1 alinéa 1, l'article 3 alinéa 6, l'article 4 alinéa 1 et l'article 48 alinéa 6 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne ; l'article 2 alinéas 1 et 2, l'article 4 alinéa 1, l'article 7, l'article 19, l'article 32, l'article 130, l'article 132 alinéa 1, l'article 207 alinéa 6 et l'article 337 TFUE ; la Déclaration n° 18 concernant la délimitation des compétences ; la Déclaration n° 24 relative à la personnalité juridique de l'Union européenne), ainsi que les principes de subsidiarité (article 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 3 TUE Lisbonne) et de proportionnalité (article 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 4 TUE Lisbonne). Ces deux derniers sont également complétés sur le plan de la procédure par le protocole sur la subsidiarité. 56

En outre, l'Union européenne est tenue de respecter, en plus de l'identité constitutionnelle des Etats membres inhérente « *à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* », « *l'égalité des Etats membres devant les traités* », ainsi que les « *fonctions essentielles de l'Etat* » (article 4 alinéa 2 phrases 1 et 2 TUE Lisbonne). A titre d'exemple sont citées « *celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* ». 57

bb) Le Traité de Lisbonne procède pour la première fois à une catégorisation et une classification des compétences de l'Union européenne. Dans un premier temps, l'article 2 TFUE énonce diverses catégories de compétences. Selon le degré d'intensité de l'action européenne et des effets de cette dernière au niveau des Etats membres, cette disposition distingue, sur le niveau des principes, entre compétences exclusives (alinéa 1), compétences partagées, qui correspondent aux compétences concurrentes actuelles (alinéa 2), et mesures pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres (alinéa 5). Outre ces trois types de compétences, l'article 2 TFUE énonce également deux domaines qui ne sont pas des catégories de compétences. La coordination des politiques économiques et de l'emploi (alinéa 3), ainsi que la politique étrangère et de sécurité commune (alinéa 4) sont régies par des règles spécifiques. Les articles 3 et suivants procèdent ensuite à une classification de différents domaines parmi les catégories de compétences – toutefois, il ne s'agit 58

pas d'une énumération exhaustive dans le sens d'un catalogue de compétences.

cc) Le Traité de Lisbonne attribue des compétences supplémentaires à l'Union européenne, étend des compétences existantes et transfère dans le champ supranational des compétences jusqu'alors exercées selon le mode de la coopération intergouvernementale. 59

(1) Dans l'ancien « premier pilier », le Traité de Lisbonne fonde de nouvelles compétences de l'Union européenne dans le domaine de la politique de bon voisinage (article 8 TUE Lisbonne), des services d'intérêt économique général (article 14 TFUE), de l'énergie (article 194 TFUE), du tourisme (article 195 TFUE), de la protection contre les catastrophes naturelles (article 196 TFUE), ainsi que de la coopération administrative (article 197 TFUE). En outre, il élargit le contenu de compétences existantes de l'Union européenne, compétences que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reprend du Traité instituant la Communauté européenne. Ceci concerne notamment les dispositions relatives à la politique commerciale commune qui étendent le contenu de cette compétence aux investissements étrangers directs et la nature de cette dernière aux échanges de services et aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle (article 207 alinéa 1 phrase 1 combiné à l'article 3 alinéa 1 lettre e) TFUE). La clause de flexibilité (article 352 TFUE) n'est plus limitée au Marché commun (cf. cependant l'article 352 alinéas 3 et 4 TFUE) et sa mise en œuvre est pour la première fois assujettie à l'approbation du Parlement européen (article 352 alinéa 1 TFUE). 60

(2) La politique étrangère et de sécurité commune, jusqu'alors objet du « deuxième pilier », est régie par le titre V du Traité sur l'Union européenne (cf. également l'article 40 TUE Lisbonne et l'article 2 alinéa 4 TFUE). Ce titre prévoit des règles et des procédures spécifiques (article 24 alinéa 1 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne), mais elles « *n'affecteront pas la base juridique existante, les responsabilités ni les compétences de chaque Etat membre en ce qui concerne l'élaboration et la conduite de sa politique étrangère* » (Déclaration n° 14 sur la politique étrangère et de sécurité commune). Les décisions sont adoptées par le Conseil européen et le Conseil et le sont en principe à l'unanimité (article 31 alinéa 1 TUE Lisbonne). Par la voie de la clause passerelle spécifique de l'article 31 alinéa 3 TUE Lisbonne, le Conseil européen peut cependant adopter à l'unanimité une décision prévoyant que le Conseil peut statuer à la majorité qualifiée dans des cas autres que ceux prévus à l'article 31 alinéa 2 TUE Lisbonne. Une exception s'applique en ce qui concerne les décisions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense (article 31 alinéa 4 TUE Lisbonne). L'adoption d'actes législatifs est exclue (article 24 alinéa 1 sous-alinéa 2 phrase 2, article 31 alinéa 1 sous-alinéa 1 phrase 2 TUE Lisbonne). Le Parlement européen est consulté et informé en ce qui concerne les principaux aspects et l'évolution de ces politiques et ses vues doivent être prises en considération (article 36 TUE Lisbonne). 61

La politique de sécurité et de défense commune, déjà prévue à l'article 17 TUE, est 62

précisée par le Traité de Lisbonne et constitue une partie intégrante de la politique étrangère et de sécurité commune (articles 42 à 46 TUE Lisbonne). Le Conseil est habilité à prendre des décisions sur des missions « *dans lesquelles l'Union peut avoir recours à des moyens civils et militaires* » (article 43 alinéa 2 TUE Lisbonne). En outre, le traité introduit une obligation d'assistance mutuelle collective pour les Etats membres. Si un Etat membre fait l'objet d'une agression armée sur son territoire, « *les autres Etats membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, conformément à l'article 51 de la charte des Nations unies* » (article 42 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne). Cela n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense de certains Etats membres (article 42 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 2 TUE Lisbonne). Afin de flexibiliser la politique de sécurité et de défense commune, le Traité de Lisbonne met en place une coopération structurée permanente entre les Etats membres (article 42 alinéa 6 et article 46 TUE Lisbonne ; Protocole n° 10 sur la coopération structurée permanente).

(3) Le Traité de Lisbonne transfère la coopération judiciaire en matière pénale, dernier domaine demeurant dans l'ancien « troisième pilier » après les Traités d'Amsterdam et de Nice, dans le champ d'application du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le titre V de ce traité, intitulé « *espace de liberté, de sécurité et de justice* », comprend désormais l'intégralité des domaines de la justice et des affaires intérieures, domaines qui, lors du Traité de Maastricht, étaient encore régis en totalité par la coopération intergouvernementale.

63

(a) Le Traité de Lisbonne étend les compétences dans les différents domaines des diverses politiques régies par le titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

64

(aa) Dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale, le Traité de Lisbonne habilite l'Union européenne à établir par voie de directives des « *règles minimales* » dans le domaine de la procédure pénale « *dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière* » (article 82 alinéa 2 sous-alinéa 1 TFUE). Ces dispositions peuvent avoir pour objet l'admissibilité « *mutuelle* » des preuves entre les Etats membres, les droits « *des personnes* » en procédure pénale, les droits des victimes de la criminalité, ainsi que d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision prise à l'unanimité et après approbation du Parlement européen (article 82 alinéa 2 sous-alinéa 2 TFUE).

65

En outre, le Traité de Lisbonne élargit la compétence actuelle de l'Union européenne en matière de rapprochement des législations dans le domaine du droit pénal (cf. l'article 31 alinéa 1 lettre e) TUE). L'Union européenne est habilitée à établir par voie de directives « *des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave*

66

revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes » (article 83 alinéa 1 sous-alinéa 1 TFUE). L'énumération des domaines de criminalité en question, allant du terrorisme, de la traite des êtres humains, de l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, du trafic illicite de drogue, du blanchiment d'argent, de la corruption, de la contrefaçon de moyens de paiement et de la criminalité informatique jusqu'à la criminalité organisée, n'est pas exhaustive. Elle peut être étendue « *en fonction des développements de la criminalité* » par une décision du Conseil prise à l'unanimité et après approbation du Parlement européen (article 83 alinéa 1 sous-alinéa 3 TFUE). Outre cette compétence de rapprochement des législations en droit pénal, le Traité de Lisbonne introduit une compétence pénale annexe de l'Union européenne pour tous les domaines « *ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation* » dans la mesure où « *le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union* » dans l'un de ces domaines (article 83 alinéa 2 phrase 1 TFUE).

67

Enfin, le Traité de Lisbonne permet d'étendre les pouvoirs d'Eurojust, une agence de l'Union européenne dotée de la personnalité juridique et chargée de coordonner l'action des ministères publics nationaux en cas de criminalité transfrontalière grave (cf. la décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, J.O. N° L 63/1). Il est notamment possible de charger Eurojust, par la voie de la procédure législative ordinaire, de déclencher et de coordonner des enquêtes pénales (article 85 alinéa 1 sous-alinéa 2 lettre a) TFUE). Toutefois, les actes officiels de procédure judiciaire demeurent réservés aux seules autorités nationales compétentes en matière de poursuites pénales (article 85 alinéa 2 TFUE). A partir d'Eurojust, un Parquet européen peut être institué par une décision du Conseil prise à l'unanimité et après approbation du Parlement européen, afin de combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (article 86 alinéa 1 sous-alinéa 1 TFUE). Ce parquet serait alors compétent pour l'instruction et la poursuite d'infractions pénales et même pour la saisine de la juridiction de jugement nationale compétente (article 86 alinéa 2 TFUE).

68

(bb) Dans le cadre de la coopération policière, l'agence européenne Europol, dont l'activité est transfrontalière, peut se voir attribuer, par la voie de la procédure législative ordinaire, non seulement la mission de rassembler, de stocker, de traiter, d'analyser et d'échanger des informations (à ce sujet, cf. déjà l'article 3 alinéa 1 de la convention du 26 juillet 1995 portant création d'un Office européen de police, J.O. N° C 316/2), mais également la compétence de coordonner, d'organiser et de mener des enquêtes et des actions opérationnelles conjointement avec les autorités compétentes des Etats membres ou dans le cadre d'équipes conjointes d'enquête (article 88 alinéa 2 TFUE). Europol n'a cependant le droit de mener de telles actions opérationnelles qu'en liaison et avec l'accord des Etats membres dont le territoire est

concerné (article 88 alinéa 3 phrase 1 TFUE). L'application de mesures de contrainte relève exclusivement des autorités nationales compétentes (article 88 alinéa 3 phrase 2 TFUE).

(b) Des règles de procédure particulières s'appliquent en ce qui concerne l'exercice de ces compétences. Pour certaines politiques, les décisions du Conseil doivent être prises à l'unanimité (cf. l'article 77 alinéa 3, l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 1, l'article 86 alinéa sous-alinéa 1, l'article 87 alinéa 3 sous-alinéa 1 et l'article 89 TFUE).

69

(aa) Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, le Conseil peut, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, adopter à l'unanimité une décision déterminant ceux des aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontalière qui pourront faire l'objet d'actes juridiques adoptés selon la procédure législative ordinaire (article 81 alinéa 3 sous-alinéa 2 TFUE). Une telle proposition est transmise aux Parlements nationaux qui disposent d'un délai de six mois pour s'y opposer (article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE).

70

(bb) Dans les domaines de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière, le droit d'initiative appartient, outre à la Commission, à un quart des Etats membres (article 76 lettre b) TFUE). En outre, l'exercice de certaines compétences de l'Union européenne est associée à une procédure de sauvegarde (article 82 alinéa 3, article 83 alinéa 3, article 86 alinéa 1 sous-alinéas 2 et 3, article 87 alinéa 3 sous-alinéas 2 et 3 TFUE ; cf. déjà l'article 23 alinéa 2 sous-alinéa 2 TUE). Selon ce mécanisme, un membre du Conseil qui estime qu'un projet de directive visant à rapprocher les législations nationales dans le domaine du droit pénal ou de la procédure pénale porte atteinte « *aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale* » peut demander que le Conseil européen soit saisi (article 82 alinéa 3 sous-alinéa 1 et article 83 alinéa 3 sous-alinéa 1 TFUE). En cas de consensus au sein du Conseil européen, ce dernier renvoie le projet au Conseil dans un délai de quatre mois à compter de la suspension de la procédure législative. Lorsqu'un consensus n'a pu être dégagé, les conditions pour une coopération renforcée sont allégées. Si au moins neuf Etats membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur le fondement du projet en question, l'habilitation à y procéder est censée être accordée (article 82 alinéa 3 sous-alinéa 2 et article 83 alinéa 3 sous-alinéa 2 TFUE) après information du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (article 20 alinéa 2 TUE Lisbonne ; article 329 TFUE). Un mécanisme de sauvegarde légèrement différent est applicable à l'égard de la mise en place du Parquet européen et de l'adoption de mesures relatives à la coopération opérationnelle entre autorités nationales de police, de douane et autres chargées de poursuites pénales. Selon ce mécanisme, un groupe d'au moins neuf Etats membres peut demander à ce que le Conseil européen soit saisi d'un projet d'acte législatif, lorsqu'il a été impossible de parvenir à une décision unanime du Conseil au sujet de ce projet (article 86 alinéa 1 sous-alinéa 2 phrase 2 et article 87 alinéa 3 sous-alinéa 2 phrase 1 TFUE).

71

i) La Déclaration n° 17 jointe à l'Acte final du Traité de Lisbonne et relative à la primauté énonce : 72

La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence. 73

En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 (JUR 260) : 74

« Avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007 » 75

Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. A l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, Costa contre ENEL ¹), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice. 76

¹ *Il [en] résulte (...) qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même. »* 77

4. Le Bundestag allemand a adopté le 24 avril 2008 par 515 sur 574 votes exprimés la loi d'approbation du Traité de Lisbonne (protocole de la séance plénière BTPlenarprot 16/157, p. 16483 A). Le Bundesrat a adopté ladite loi le 23 mai 2008 à une majorité des deux tiers (protocole de la séance plénière BRPlenarprot 844, p. 136 B). Le Président fédéral a promulgué la loi d'approbation le 8 octobre 2008. Elle a été publiée au Journal officiel fédéral Partie II du 14 octobre 2008 (pages 1038 et suivantes) et est entrée en vigueur le lendemain de sa publication (article 2 alinéa 1 de la loi d'approbation). 78

5. Le 24 avril 2008, le Bundestag allemand a en outre adopté les lois accompagnant la loi d'approbation du Traité de Lisbonne, à savoir la loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) (loi de révision constitutionnelle – protocole de la séance plénière BTPlenarprot 16/157, p. 16477 A) et la loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (loi d'extension – protocole de la séance plénière BTPlenarprot 16/157, p. 16482 D). Le Bundesrat a donné son approbation aux deux lois le 23 mai 2008 79

(protocole de la séance plénière BRPlenarprot 844, p. 136 D).

a) La loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) du 8 octobre 2008 a été publiée au Journal officiel fédéral Partie I du 16 octobre 2008 (p. 1926) et entre en vigueur le jour de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne pour la République fédérale d'Allemagne, conformément à l'article 6 alinéa 2 de ce traité (article 2 de la loi de révision constitutionnelle). 80

L'article 23 alinéa 1a GG dispose dans sa rédaction issue de l'article 1 n° 1 de la loi de révision constitutionnelle : 81

Le Bundestag et le Bundesrat ont le droit de former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne pour violation du principe de subsidiarité par un acte législatif de l'Union européenne. Le Bundestag est tenu d'introduire un tel recours lorsqu'un quart de ses membres le demandent. Une loi, qui nécessite l'approbation du Bundesrat, peut prévoir des exceptions à l'article 42 alinéa 2 phrase 1 et à l'article 52 alinéa 3 phrase 1 en ce qui concerne l'exercice des droits reconnus au Bundestag et au Bundesrat par les traités sur l'Union européenne. 82

La phrase suivante est ajoutée à l'article 45 GG (article 1 n° 2 de la loi de révision constitutionnelle) : 83

Il peut également l'habiliter à exercer les droits reconnus au Bundestag par les traités sur l'Union européenne. 84

A l'article 93 alinéa 1 n° 2 GG, les mots « *un tiers* » sont remplacés par les mots « *un quart* » (article 1 n° 3 de la loi de révision constitutionnelle). 85

b) La loi d'extension et de renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (impression du Bundestag 16/8489) n'a pas encore été promulguée, ni publiée, car elle dépend de la modification des articles 23 et 45 GG et qu'il faut donc attendre l'entrée en vigueur de la loi de révision constitutionnelle (cf. Recueil BVerfGE 34, 9 < 22 ss. > ; 42, 263 < 283 ss. >). Elle entrera en vigueur le lendemain de sa publication, mais au plus tôt, elle pourra entrer en vigueur le lendemain du jour de l'entrée en vigueur de la loi de révision constitutionnelle (article 3 de la loi d'extension). 86

L'article 1 de la loi d'extension contient la loi relative à l'exercice des droits du Bundestag et du Bundesrat tels qu'ils découlent du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne. Elle doit créer les conditions en droit interne pour l'exercice des droits de participation que le Traité de Lisbonne reconnaît au Bundestag et au Bundesrat, lequel est ici à considérer comme étant une chambre d'un Parlement national au sens du traité (impression du Bundestag 16/8489, p. 7). Ces droits sont le droit de formuler un avis motivé, conformément à l'article 6 alinéa 1 du protocole sur la sub- 87

sidiarité (« *objection au regard du principe de subsidiarité* ») (article 1 § 2 de la loi d'extension), le droit de former, par l'intermédiaire du gouvernement fédéral, un recours pour violation du principe de subsidiarité par un acte législatif de l'Union européenne, conformément à l'article 8 du protocole sur la subsidiarité (« *recours pour violation du principe de subsidiarité* ») (article 1 § 3 de la loi d'extension), ainsi que le droit de rejeter un projet d'acte législatif de l'Union européenne, conformément à l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne et l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE (article 1 § 4 de la loi d'extension).

L'article 1 § 2 de la loi d'extension dispose pour l'essentiel dans son alinéa 1 que le gouvernement fédéral transmette au Bundestag et au Bundesrat « *le plus rapidement possible* » et au plus tard deux semaines à compter du commencement du délai de huit semaines, des informations détaillées relatives aux projets d'actes législatifs de l'Union européenne. L'alinéa 2 habilite le Bundestag et le Bundesrat à déterminer dans leur Règlement intérieur les modalités de prise de décision dans le cadre du recours pour violation du principe de subsidiarité. L'alinéa 3 dispose que le Président du Bundestag ou le Président du Bundesrat transmettent une telle décision aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission et qu'ils en informent le gouvernement fédéral.

88

L'article 1 § 3 de la loi d'extension détermine la procédure du recours pour violation du principe de subsidiarité. D'après l'alinéa 2, et comme dans le cas de l'article 44 alinéa 1 phrase 1 ou de l'article 93 alinéa 1 n° 2 (nouvelle rédaction) GG, le Bundestag est tenu de former un recours, lorsqu'un quart de ses membres le demandent ; quant au Bundesrat, l'alinéa 3 lui permet de déterminer dans son Règlement intérieur les modalités de prise d'une décision relative à un recours pour violation du principe de subsidiarité. Conformément à l'alinéa 4, le gouvernement fédéral transmet « *sans délai* » à la Cour de justice de l'Union européenne le recours au nom de l'organe qui en a décidé l'introduction.

89

L'article 1 § 4 de la loi d'extension règle dans son alinéa 3 la collaboration entre le Bundestag et le Bundesrat dans le cadre de l'exercice du droit d'opposition selon l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne et dans le respect de la répartition des compétences en droit interne :

90

1. Lorsqu'une initiative concerne essentiellement la compétence législative exclusive de la Fédération, l'initiative est rejetée si le Bundestag en décide à la majorité des votes exprimés.

91

2. Lorsqu'une initiative concerne essentiellement la compétence législative exclusive des Länder, l'initiative est rejetée si le Bundesrat en décide à la majorité de ses voix.

92

3. Dans tous les autres cas, le Bundestag ou le Bundesrat peuvent décider le rejet de l'initiative dans un délai de quatre mois à compter de la transmission de cette dernière par le Conseil européen. Dans un tel cas, l'initiative n'est rejetée que si une

93

décision en ce sens n'est pas rejetée par l'autre organe au plus tard deux semaines avant l'écoulement du délai de six mois selon l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 phrase 2 du Traité sur l'Union européenne. Une initiative n'est pas non plus considérée rejetée, lorsqu'un organe rejette la décision de l'autre organe pendant ce délai, dans la mesure où cet organe estime qu'il ne s'agit pas de l'un des cas visés aux numéros 1 ou 2. Si le Bundestag a adopté la décision de rejet de l'initiative à une majorité des deux tiers, un rejet de cette décision par le Bundesrat nécessite une majorité de deux tiers des voix de ce dernier. Si le Bundesrat a adopté la décision de rejet de l'initiative à une majorité d'au moins des deux tiers, un rejet de cette décision par le Bundestag nécessite une majorité des deux tiers et au moins de la majorité des membres du Bundestag.

Selon l'alinéa 6, l'alinéa 3 phrase 1 n° 3 s'applique *mutatis mutandis* à l'exercice du droit de rejet conformément à l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE. L'alinéa 4 dispose que les Présidents du Bundestag et du Bundesrat transmettent conjointement aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission une décision adoptée selon les modalités prévues à l'alinéa 3 et qu'ils en informent le gouvernement fédéral.

94

L'article 1 § 5 de la loi d'extension ouvre la possibilité à l'assemblée plénière du Bundestag d'habiliter la commission des affaires de l'Union européenne, qu'il instaure conformément à l'article 45 GG, à exercer les droits du Bundestag selon l'article 1 de la loi d'extension. Eu égard aux conditions prévues relatives à la prise de décision, il est cependant prévu que le droit de former un recours pour violation du principe de subsidiarité par l'intermédiaire du gouvernement fédéral (article 1 § 3 alinéa 2 de la loi d'extension) et le droit de rejet (article 1 § 4 alinéa 3 de la loi d'extension) ne peuvent être délégués (impression du Bundestag 16/8489, p. 8). L'article 1 § 6 de la loi d'extension dispose que les détails des modalités du devoir d'information selon cette loi soient réglés par l'accord entre le Bundestag et le gouvernement fédéral conclu en vertu du § 6 de la loi relative à la coopération entre le gouvernement fédéral et le Bundestag allemand dans les affaires de l'Union européenne du 28 septembre 2006 (Journal officiel fédéral BGBl. I p. 2177), ainsi que par l'accord entre le gouvernement fédéral et les Länder selon le § 9 de la loi relative à la coopération entre la Fédération et les Länder dans les affaires de l'Union européenne.

95

L'article 2 de la loi d'extension modifie d'autres lois, notamment les deux lois qui viennent d'être citées.

96

6. Le Traité de Lisbonne nécessite une ratification par les Etats membres de l'Union européenne conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (article 6 alinéa 1 phrase 1 du Traité de Lisbonne). Les instruments de ratification sont à déposer auprès du gouvernement de la République italienne (article 6 alinéa 1 phrase 2 du Traité de Lisbonne).

97

Suite à la demande des auteurs des saisines et des requérants sous III., IV. et V. d'une ordonnance provisoire, afin d'éviter un engagement international de la Répu-

98

blique fédérale d'Allemagne par le dépôt des instruments de ratification, le Président fédéral fit déclarer par la voie du chef de l'Office présidentiel fédéral qu'il n'établirait l'instrument de ratification qu'une fois rendue la décision finale de la Cour constitutionnelle fédérale sur le fond du litige.

II.

1. Les requérants auteurs des recours constitutionnels contestent la loi d'approbation du Traité de Lisbonne. Les recours constitutionnels des requérants sous III. et VI. sont en outre dirigés également contre la loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93), ainsi que contre la loi d'extension et de renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne.

99

a) Les requérants soutiennent tous que le droit qu'ils tiennent en vertu de l'article 38 GG serait violé. En tant qu'électeurs allemands, cette disposition leur confère le droit subjectif de participer à l'élection du Bundestag allemand, de concourir ainsi à la légitimation de la puissance étatique au niveau fédéral et d'influencer l'exercice de cette puissance. Le transfert de droits de souveraineté au profit de l'Union européenne par la loi d'approbation du traité apporterait une atteinte à ce droit, au motif que la légitimation et l'exercice de la puissance étatique seraient soustraits à l'influence des électeurs. Cette atteinte outrepasserait les limites imposées par l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG et serait ainsi injustifiée. Le principe de démocratie serait violé dans la mesure où ce principe est déclaré intangible par les dispositions combinées des articles 79 alinéa 3 et 20 alinéas 1 et 2 GG et ce, d'un double point de vue : d'une part, parce que les compétences du Bundestag allemand seraient vidées de leur sens et d'autre part, parce que la légitimité démocratique de l'Union européenne serait insuffisante.

100

aa) Le requérant sous III. conteste une violation du principe de démocratie sous les deux aspects qui viennent d'être énoncés. Dans la mesure où il avance que les compétences du Bundestag allemand seraient vidées, il affirme que l'Union européenne ne serait plus une communauté économique sectorielle. Au contraire, l'Union assumerait des fonctions dans tous les domaines politiques importants de la vie et disposerait de la possibilité de combler elle-même toute lacune de compétences subsistante. En ce qui concerne la légitimité démocratique de l'Union européenne, il avance que le déficit démocratique européen ne serait pas diminué, mais au contraire aggravé par le Traité de Lisbonne. Le Conseil ne serait plus en mesure d'apporter une légitimité démocratique suffisante découlant des peuples des Etats membres. La légitimité découlant d'un lien continu avec les Parlements nationaux serait rompue, notamment en raison du principe des décisions à la majorité, érigé en procédure de droit commun. L'application du principe de l'unanimité ne serait plus non plus justifiable. Une fois adopté, un acte juridique ne pourrait plus être abrogé tant qu'un seul Etat membre souhaiterait son maintien. En dépit du renforcement du Parlement européen, ce dernier ne serait pas démocratiquement légitimé tant qu'il ne serait pas élu dans des conditions d'égalité démocratique.

101

Le requérant sous III. estime en outre que de nombreuses dispositions particulières du Traité de Lisbonne porteraient atteinte au principe de démocratie. Selon lui, font partie de ces dispositions, premièrement, l'article 14 alinéa 2 TUE Lisbonne, lequel créerait un nouveau sujet conférant de la légitimité démocratique en ce sens qu'il ferait du peuple de l'Union, pris en tant qu'ensemble des citoyens de l'Union, une source de légitimité à égalité avec les peuples Etats membres, deuxièmement, l'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne et l'article 311 TFUE, lesquels rendraient possibles des modifications des traités sans l'approbation du Bundestag allemand, troisièmement, des dispositions tel l'article 48 alinéa 7 TUE Lisbonne, qui permettraient au Conseil d'adopter à la majorité des décisions pour lesquelles les traités prévoient l'unanimité et sans que le Bundestag allemand n'obtienne l'occasion de concourir suffisamment à ce passage de l'unanimité à la majorité, puis quatrièmement, la clause de flexibilité prévue par l'article 352 TFUE qui, désormais, deviendrait presque universellement applicable. 102

bb) Le requérant sous IV. avance qu'avec les droits de souveraineté transférés à l'Union européenne par le Traité de Lisbonne, « *le seuil de l'insignifiance des compétences législatives allemandes originaires* » serait franchi. Il y aurait « *liquidation totale des compétences intrinsèques de l'Etat* ». La politique étrangère et de sécurité commune passerait dans le champ du supranational, puisque les mesures prises dans ce domaine seraient attribuées à l'Union européenne, dotée de la personnalité juridique et représentée au niveau international non plus par les ministres des Affaires étrangères des Etats membres, mais par le Haut représentant pour la politique extérieure et de sécurité commune. La politique de sécurité et de défense commune prendrait délibérément le chemin d'une « *défense européenne sous drapeau européen* ». Les Etats membres seraient contraints d'augmenter leurs armements. La coopération policière et judiciaire en matière pénale passerait également dans le domaine du supranational. Finalement, la clause de flexibilité permettrait de modifier le traité sans procédure de révision formelle. 103

Le requérant sous IV. fait en plus valoir le manque de légitimité démocratique de l'Union européenne. Certes, le Traité de Lisbonne renforcerait notablement les compétences du Parlement européen, mais cela ne saurait légitimer l'exercice de droits de souveraineté par l'Union européenne que si l'égle pondération des voix des électeurs était assurée. Or, les Etats membres à faible population continueraient de se voir reconnaître un nombre de voix disproportionné par rapport aux Etats membres fortement peuplés. 104

cc) Les requérants sous V. contestent uniquement le manque de légitimité démocratique de l'Union européenne. Ils soutiennent que l'extension des compétences ne serait pas accompagnée d'une extension ou d'un approfondissement de la légitimité démocratique de l'Union européenne. Le niveau requis de légitimité démocratique ne dépendrait cependant pas de la qualité d'Etat de l'Union européenne, mais de l'étendue des compétences de l'Union européenne et de l'importance des décisions européennes pour les droits fondamentaux. Les requérants sous V. avancent que l'exer- 105

cice des droits de souveraineté par l'Union européenne ne serait pas suffisamment légitimé par les Parlements nationaux. Les différentes compétences spécifiques transférées par le Traité de Lisbonne ne seraient pas suffisamment déterminées et la procédure de contrôle du respect du principe de subsidiarité ne permettrait aux Parlements nationaux que de critiquer des projets d'actes législatifs au niveau européen. Elle ne leur permettrait cependant pas de faire échouer des projets. De même, la portée des traités pourrait être étendue sans la participation des Parlements nationaux.

En outre, l'exercice des droits de souverainetés par l'Union européenne ne serait pas suffisamment légitimé par les institutions européennes. Le Conseil ne saurait *a priori* servir que de source limitée de légitimité. Le principe de démocratie exigerait que les décisions substantielles soient prises par le Parlement. Le lien, essentiel dans un Etat démocratique, entre les organes de l'Etat et le peuple ne s'épuiserait pas uniquement dans l'élection périodique du Parlement. La formation de la volonté de l'Etat serait plutôt un processus influencé par les différentes opinions, conceptions philosophiques et intérêts du peuple. En tant que représentant des intérêts nationaux, le Conseil ne serait pas en mesure de suffisamment remplir cette fonction. En premier lieu, il ne serait pas un organe de représentation, c'est-à-dire que la formation de la volonté du peuple serait si diluée et réduite sur le plan personnel que la fonction délibérante qui revient à tout Parlement ne pourrait être exercée que de façon réduite par le Conseil. En second lieu, l'opposition dans les Etats membres ne serait pas représentée au Conseil. Le Parlement européen ne constituerait pas lui non plus une source suffisante pour légitimer l'exercice des droits de souveraineté par l'Union européenne et ce, pour les raisons suivantes : d'une part, le principe de l'égalité des suffrages ne s'appliquerait pas à l'élection du Parlement européen et d'autre part, le Parlement européen ne légitimerait pas suffisamment la Commission et finalement, le niveau de légitimité des décisions européennes ne correspondrait pas à celui exigé à l'égard d'une législation démocratique par le principe de démocratie et accepté par les Etats démocratiques développés. La procédure de codécision, rebaptisée « procédure législative ordinaire » ne deviendrait qu'en apparence la procédure habituelle, car il se trouverait de nombreuses dispositions spéciales s'appliquant aux différentes politiques de l'Union et prévoyant des règles de procédures dérogatoires. Des décisions importantes, portant atteinte aux droits fondamentaux – par exemple dans le domaine des articles 87 alinéa 3, 89 et 113 TFUE – pourraient être prises sans l'approbation du Parlement européen.

Finalement, le Traité de Lisbonne violerait le principe démocratique du changement de majorités. La concurrence pour le pouvoir politique fait partie du processus démocratique, c'est-à-dire que la minorité d'aujourd'hui peut devenir la majorité de demain, et vice versa. Cette concurrence n'aurait cependant pas lieu au niveau européen. Le conflit politique ne serait pas la règle centrale régissant les institutions européennes. Le fait de ne pouvoir distinguer entre lignes de conflit politiques conduirait à l'apathie politique, manifestée par l'abstention lors des élections du Parlement européen.

dd) Les requérants sous VI. avancent eux aussi que le fondement démocratique de l'Union européenne n'aurait pas suivi le pas du processus d'intégration. Ils demandent à la Cour constitutionnelle fédérale de vérifier si les attentes à l'évolution démocratique et d'Etat de droit de l'Union européenne, telles qu'elles avaient été formulées par la Cour dans son jugement relatif au Traité de Maastricht (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 ss.), ont été remplies, eu égard aux droits de souveraineté déjà transférés et restant à transférer. Les requérants sous VI. soutiennent que la réponse à cette question est négative. La pratique de décision et d'exécution de la Commission aurait conduit à « *un régime d'auto-habilitation* ». Le pacte de stabilité serait vidé de sa substance, en raison des dérogations accordées par le passé. Il serait alors impossible de continuer d'affirmer le consentement de l'Allemagne à l'Union monétaire européenne. 108

De plus, le Traité de Lisbonne érigerait le vote à la majorité qualifiée en règle générale au sein du Conseil et viderait ainsi de leur substance les compétences du Bundestag allemand. La procédure prévue par le protocole sur la subsidiarité pour assurer le respect de ce principe ne serait, en raison de la surcharge structurelle des Parlements nationaux, pas appropriée pour imposer de manière suffisante les principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité. Ces procédures conduiraient en outre à ce que les petits Etats soient pris en compte dans la même mesure que l'Allemagne, en ce qui concerne le nombre d'avis motivés des Parlements nationaux aboutissant à un réexamen obligatoire d'un projet d'acte législatif (article 7 du protocole sur la subsidiarité). Le droit d'opposition des Parlements nationaux dans le cadre de la procédure passerelle ne garantirait pas non plus le respect du principe d'approbation démocratique et l'extension du champ d'application matériel de la clause de flexibilité aboutirait à une « *compétence d'extension de la compétence libérée de toute restriction* ». 109

Selon les requérants sous VI., il importe peu, en revanche, d'examiner si la répartition des sièges au Parlement européen est compatible avec le principe de la représentativité démocratique. Il serait bien plus déterminant de souligner que le Parlement européen ne dispose pas de la possibilité d'opposer au monopole d'initiative de la Commission la compétence d'obliger la Commission à renoncer à certaines initiatives législatives. De plus, la compétence de la Commission en matière de législation tertiaire relativiserait le droit de codécision du Parlement européen dans le cadre de l'activité législative (cf. l'article 290 et suivant TFUE). 110

b) Les requérants sous III. et IV. soutiennent en plus que la loi d'approbation du Traité de Lisbonne conduit à la perte de la qualité d'Etat de la République fédérale d'Allemagne. Ce grief est lui aussi fondé sur l'article 38 GG. 111

aa) Selon le requérant sous III., la limite tracée par le principe de la qualité d'Etat souverain au transfert de droits de souveraineté serait franchie par le Traité de Lisbonne. L'Union européenne deviendrait un sujet de droit international public et pourrait agir au niveau international comme le fait un Etat. Elle disposerait d'une adminis- 112

tration de politique extérieure revêtant un caractère quasi-étatique vis-à-vis de l'extérieur, et de compétences étendues en matière de politique étrangère. Le droit de l'Union serait revêtu d'une primauté sans restriction par rapport au droit des Etats membres, y compris à la Loi fondamentale, ce qui aurait pour conséquence que le contrôle par la Cour constitutionnelle fédérale serait écarté. L'Union européenne disposerait de la compétence de la compétence (article 48 alinéas 6 et 7 TUE Lisbonne) ; articles 311 et 352 TFUE) et en ayant les compétences relatives à la sécurité intérieure et aux poursuites pénales, elle se serait introduite dans le noyau dur des caractéristiques définissant un Etat. Ni le principe d'attribution, qui ne constituerait plus de limite effective, ni le principe de subsidiarité ne permettraient de s'opposer à cette perte de souveraineté des Etats membres. La seule possibilité de régler ce problème consisterait à organiser concrètement les compétences, soit en définissant des compétences définitives et limitées, soit en formulant des catalogues négatifs de compétences, puis à confier à un organe indépendant, telle une cour d'arbitrage des conflits de compétences, le soin de veiller au respect de cette répartition des compétences.

Outre la puissance étatique, l'Union européenne disposerait aussi d'un territoire – l'espace de liberté, de sécurité et de justice – et d'un peuple. Le Parlement européen ne serait plus composé de représentants du peuple de chaque Etat membre, mais de représentants des citoyens de l'Union. L'évolution de l'Union européenne vers un Etat fédéral excéderait les fonctions et les compétences des organes constitutionnels de la République fédérale d'Allemagne. Seule une loi constitutionnelle que le Peuple allemand se serait donnée conformément aux dispositions de l'article 146 GG serait en mesure de donner un fondement à un tel degré d'intégration.

113

bb) Selon le requérant sous IV. la communauté créée par le Traité de Lisbonne ne serait, dans les faits, plus un regroupement d'Etats régi par une convention de droit international public. Il s'agirait plutôt d'une « *vaste fédération dotée d'une personnalité juridique propre* » et agissant comme un Etat indépendant – disposant d'organes législatifs propres, de services administratifs propres et d'une citoyenneté propre. La compétence pour rapprocher les législations pénales et de procédure pénale toucherait à un élément du noyau dur de la puissance étatique, puisque rien ne manifeste plus clairement l'exercice de prérogatives de puissance étatique que le droit d'établir des normes matérielles pénales et d'en imposer le respect par la voie de la procédure pénale. De même, la défense d'un Etat et les modalités de cette défense seraient un aspect déterminant de la qualité d'Etat d'un Etat.

114

c) Les requérants sous IV., V. et VI. contestent en outre sur le fondement de l'article 38 GG une violation par la loi d'approbation du traité d'autres principes constitutifs d'un Etat.

115

aa) Le requérant sous IV. invoque une atteinte au principe de l'Etat de droit, dans la mesure où ce principe est déclaré intangible par les dispositions combinées des articles 79 alinéa 3 et 20 alinéa 3 GG. Eu égard à l'étendue des compétences de

116

l'Union européenne, le contrôle du respect des droits fondamentaux serait insuffisant au niveau européen. Le Traité de Lisbonne n'aurait notamment pas prévu de recours pour violation des droits fondamentaux devant la Cour de justice de l'Union européenne.

bb) Selon les requérants sous V., la marge de décision démocratique et de politique sociale du Bundestag allemand serait limitée par le Traité de Lisbonne en raison du fait que ce dernier imposerait à l'Union européenne une « *économie de marché ouverte* » et orientée vers la concurrence comme mode d'organisation économique. Certes, la Loi fondamentale n'imposerait pas un mode d'organisation économique déterminé, mais le principe de l'Etat social imposerait néanmoins au législateur de compenser les déséquilibres sociaux, tout en laissant à ce dernier une marge d'appréciation très large. En violation de l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG, le principe de l'Etat social pourrait être miné par une législation et une jurisprudence européennes soi-disant encourageant la concurrence. Ainsi, l'Union européenne serait revêtue en vertu du Traité de Lisbonne de compétences étendues dans tous les domaines de la politique économique, mais pas dans les domaines du droit fiscal et de la protection sociale. Selon des arrêts récents de la Cour de justice, le droit de grève ne serait licite que dans la mesure où son exercice n'entraîne pas une restriction disproportionnée des libertés fondamentales (cf. CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, affaire C-438/05, *Viking*, Recueil 2007, p. I-10779, point 90 ; arrêt du 18 décembre 2007, affaire C-341/05, *Laval*, Recueil 2007, p. I-11767, point 111).

cc) Les requérants sous VI. critiquent une violation du principe de séparation des pouvoirs. Dans la mesure où augmente la quantité de droits de souveraineté transférés à l'Union européenne, les exigences qualitatives à l'organisation interne de l'Union européenne devraient, sous l'aspect de la séparation des pouvoirs, augmenter elles aussi. A l'exception de la Cour de justice de l'Union européenne, dont la fonction est clairement juridictionnelle, les autres organes de l'Union mêleraient fonctions législatives et exécutives. Contrairement à la Commission, le Parlement européen ne disposerait pas d'un droit d'initiative, mais seulement de droits de codécision en matière législative.

d) Les requérants sous III. et V. avancent des griefs supplémentaires contre la loi d'approbation, griefs fondés non pas sur l'article 38 GG, mais sur d'autres dispositions de la Loi fondamentale.

aa) Le requérant sous III. avance dans sa saisine du 23 mai 2008 que l'article 20 alinéa 4 et l'article 2 alinéa 1 GG seraient violés. Dans son mémoire du 21 octobre 2008, il retire partiellement ce grief – dans la mesure où l'article 2 alinéa 1 GG avait été invoqué à l'encontre d'atteintes à des principes constitutionnels objectifs – et invoque en outre une violation de l'article 1 alinéa 1, de l'article 2 alinéas 1 et 2, de l'article 3, de l'article 4 alinéas 1 et 2, de l'article 5 alinéas 1 et 3, des articles 8 à 14, de l'article 16, de l'article 19 alinéa 4, de l'article 101, de l'article 103, ainsi que de

l'article 104 de la Loi fondamentale.

(1) Préalablement au droit de résistance, l'article 20 alinéa 4 GG garantirait un droit dirigé contre toute action visant à supprimer en totalité ou en partie les principes constitutionnels fondamentaux déclarés intangibles par l'article 79 alinéa 3 GG. Un recours constitutionnel fondé sur ce droit ne serait pas subsidiaire par rapport aux recours constitutionnels fondés sur d'autres droits fondamentaux. Les articles 38 et 20 alinéa 4 GG seraient certes violés si les limites, découlant du principe de démocratie et du principe de la qualité d'Etat souverain, au transfert de droits de souveraineté à l'Union européenne étaient franchies, mais qui plus est la violation des autres principes constitutionnels protégés par l'article 79 alinéa 3 GG, notamment du principe de la séparation des pouvoirs, conduirait à elle seule à une atteinte à l'article 20 alinéa 4 GG. La loi d'approbation resterait inférieure au minimum nécessaire de séparation des pouvoirs exigé par l'article 79 alinéa 3 combiné à l'article 20 alinéa 2 GG, minimum dont il faudrait tenir compte lors de l'application de l'article 23 GG. Au niveau européen, le gouvernement fédéral dominerait le Bundestag allemand en ce qui concerne la fonction législative. En tant que membre du Conseil, le gouvernement fédéral serait en mesure d'adopter des normes juridiques supérieures, écartant le droit adopté par le Bundestag allemand. Par le biais de ce « *jeu par la touche* » le gouvernement fédéral serait en mesure de contourner le Parlement et d'imposer en passant par le niveau européen des normes pour l'adoption desquelles il n'obtiendrait pas de majorité au Bundestag.

121

Le requérant sous III. est persuadé qu'un « *autre remède* » au sens de l'article 20 alinéa 4 GG peut être apporté par la Cour constitutionnelle fédérale saisie en vertu d'un recours constitutionnel. L'article 20 alinéa 4 GG pourrait cependant être aussi interprété comme garantissant une voie de recours extraordinaire dans le sens d'un « *droit à un autre remède* » accordé par analogie à la procédure du recours constitutionnel.

122

(2) A l'appui de la violation alléguée de l'article 1 alinéa 1, de l'article 2 alinéas 1 et 2, de l'article 3, de l'article 4 alinéas 1 et 2, de l'article 5 alinéas 1 et 3, des articles 8 à 14, de l'article 16, de l'article 19 alinéa 4, de l'article 101, de l'article 103, ainsi que de l'article 104 de la Loi fondamentale, le requérant invoque le caractère juridiquement contraignant conféré à la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne. Ce caractère contraignant conduirait non seulement à ce que, dans le cadre de l'Union européenne, la dignité humaine puisse être pesée contre d'autres droits, notamment les libertés fondamentales économiques, mais également à dispenser dans une large mesure les organes de l'Etat allemand de l'obligation de respecter les droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale et ce, non seulement dans les domaines dans lesquels ces organes exécutent des dispositions contraignantes du droit de l'Union, mais également dans des domaines où ils ne seraient pas liés par le droit de l'Union. En dernier lieu, la Charte des droits fondamentaux aboutirait à supprimer le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale en tant que garant des droits fondamentaux selon la jurisprudence dite « *Solange II* » (cf. Recueil BVerfGE 73, 339

123

et suivantes).

bb) Les requérants sous V. contestent également une violation de l'article 1 alinéa 1 GG. Selon eux, eu égard au principe général selon lequel toute restriction à un droit fondamental doit être prévue par une loi (article 52 alinéa 1 de la Charte), il manquerait dans le Traité de Lisbonne une précision selon laquelle la dignité humaine ne saurait être pesée contre d'autres droits, notamment les libertés fondamentales à caractère économique. 124

e) Les requérants sous III. et VI. affirment en outre que les lois d'accompagnement, tant la loi de révision constitutionnelle que la loi d'extension, violent les droits qu'ils tirent de l'article 38 GG. Le requérant sous III. avance en plus une violation de l'article 2 alinéa 1 et de l'article 20 alinéa 4 GG. 125

aa) Dans un premier temps, le requérant sous III. a demandé dans sa requête du 23 mai 2008 que soit constaté que les lois d'accompagnement l'atteignent en tant que telles dans son droit garanti par l'article 38 GG. Dans son mémoire du 21 octobre 2008, il limite sa demande à certaines dispositions des lois d'accompagnement, à savoir l'article 1 n^{os} 1 et 2 de la loi de révision constitutionnelle et l'article 1 § 3 alinéa 2, § 4 alinéa 3 n^o 3 et alinéa 6, ainsi que § 5 de la loi d'extension. Les requérants sous VI. limitent eux aussi leur requêtes aux dispositions citées. 126

bb) Les requérants sous III. et VI. affirment de manière identique que l'article 1 n^o 1 de la loi de révision et l'article 1 § 3 alinéa 2 de la loi d'extension portent atteinte au principe démocratique des décisions à la majorité, au motif que le Bundestag allemand serait obligé de former un recours pour violation du principe de subsidiarité contre la volonté de la majorité de ses membres. L'article 1 § 4 alinéa 3 n^o 3 et alinéa 6 de la loi d'extension ne serait également pas compatible avec le principe de démocratie, dans la mesure où ce principe est déclaré intangible par l'article 79 alinéa 3 combiné à l'article 20 alinéas 1 et 2 GG. Le droit de rejet selon l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne serait refusé au Bundestag allemand dans les cas où l'objet principal de l'initiative du Conseil européen concerne des matières soumises à la compétence législative concurrente de la Fédération et des Länder ou dans les cas où un tel objet principal serait impossible à déterminer. En dernier lieu, l'article 1 n^o 2 de la loi de révision et l'article 1 § 5 de la loi d'extension violeraient également le principe de représentation démocratique par le fait que les droits de participation introduits par le Traité de Lisbonne au profit du Bundestag allemand peuvent être délégués à la commission des affaires de l'Union européenne. 127

Le requérant sous III. argumente que le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale relatif au Traité de Maastricht n'exclurait du moins pas qu'un droit subjectif au respect du principe de démocratie à l'intérieur de la République fédérale d'Allemagne puisse découler de l'article 38 GG. Ce droit existerait au moins dans la mesure où le droit garanti par l'article 38 GG de participer à la légitimation de la puissance étatique serait indirectement touché. Les requérants sous VI. affirment que leur droit de former un recours contre la législation d'accompagnement découlerait des circons- 128

tances de l'affaire. Sans la loi d'approbation, les lois d'accompagnement perdraient leur raison d'être. La loi d'approbation et la législation d'accompagnement devraient alors être considérées comme un texte unique du point de vue du contentieux constitutionnel. Il découlerait de cette affirmation qu'exceptionnellement, la législation d'accompagnement pourrait, à l'instar de la loi d'approbation du traité, être contestée avant d'avoir été promulguée et publiée.

cc) Le requérant sous III. invoque finalement dans sa requête du 23 mai 2008 une atteinte à l'article 20 alinéa 4 et à l'article 2 alinéa 1 GG par la législation d'accompagnement. Dans son mémoire du 21 octobre 2008, il limite sa demande à certaines dispositions des lois d'accompagnement, à savoir l'article 1 n^{os} 1 et 2 de la loi de modification de la Loi fondamentale et l'article 1 § 3 alinéa 2, § 4 alinéa 3 n^o 3 et alinéa 6, et § 5 de la loi d'extension et il se distance de son grief initial fondé sur une atteinte à l'article 2 alinéa 1 GG. A l'appui de son argumentation, il avance que l'incompatibilité des dispositions critiquées des lois d'accompagnement avec le principe de démocratie peut également être invoquée par le biais de l'article 20 alinéa 4 GG. 129

2. Les auteurs des saisines dans le cadre des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération contestent la loi d'approbation du Traité de Lisbonne, l'auteur de la saisine sous I. en outre aussi la législation d'accompagnement. 130

a) L'auteur de la saisine sous I. est député au Bundestag allemand et aussi le requérant sous III. Dans sa requête du 23 mai 2008, il a demandé dans un premier temps à la Cour de constater que la loi d'approbation et les lois d'accompagnement violent la Loi fondamentale, en particulier l'article 20 alinéas 1 et 2, l'article 2 alinéa 1, l'article 38 alinéa 1 phrase 2 combiné à l'article 79 alinéa 3, ainsi que l'article 23 alinéa 1 GG et sont donc nulles. Comme partie adverse du litige, il désigne le Président fédéral, le Bundestag allemand et la République fédérale d'Allemagne. Dans son mémoire du 21 octobre 2008, il reformule sa demande. Désormais, il demande à la Cour de constater que la loi d'approbation du Traité de Lisbonne, l'article 1 n^{os} 1 et 2 de la loi de modification de la Loi fondamentale, ainsi que l'article 1 § 3 alinéa 2, § 4 alinéa 3 n^o 3 et alinéa 6, et § 5 de la loi d'extension violent l'article 20 alinéas 1 et 2, l'article 23 alinéa 1 et l'article 79 alinéa 3 GG et portent également atteinte aux droits du requérant consacrés par l'article 38 alinéa 1 GG. Il se distance du grief d'une atteinte aussi contre l'article 2 alinéa 1 GG. Comme partie opposée du litige sont cités le Bundestag allemand et le gouvernement fédéral. 131

L'auteur de la saisine sous I. avance qu'en tant que député au Bundestag allemand, il est atteint par la loi d'approbation et les lois d'accompagnement dans les droits qui découlent de ce statut en vertu de l'article 38 alinéa 1 GG. S'il est vrai que l'article 38 alinéa 1 GG confère à chaque citoyen le droit subjectif de participer à l'élection des membres du Bundestag allemand et de concourir ainsi à la légitimation de la puissance étatique par le peuple au niveau de la Fédération et d'influencer l'exercice de cette puissance étatique, ceci serait vrai *a fortiori* pour les députés du Bundestag allemand dont le statut est également déterminé par l'article 38 alinéa 1 GG. Si les 132

fonctions et les compétences du Bundestag allemand étaient vidées de leur substance par le transfert de droits de souveraineté à l'Union européenne, ceci ne concernerait pas non seulement la possibilité de l'électeur de participer à la légitimation démocratique de la puissance étatique, mais encore plus la faculté du député de représenter le peuple dans l'exercice la puissance étatique et de conférer de la légitimité démocratique lors de l'adoption des lois et du contrôle du gouvernement. A titre subsidiaire, l'auteur de la saisine sous I. avance à l'appui de son grief selon lequel le droit qu'il tire de son statut en vertu de l'article 38 alinéa 1 GG serait violé, qu'il serait responsable, en tant que « *représentant* » d'un organe constitutionnel, que le Bundestag allemand n'agisse pas *ultra vires*. Le Bundestag n'aurait pas le droit d'adopter des lois excédant ses compétences. En tous les cas, il n'aurait pas le droit d'adopter de telles décisions, lorsque ces lois contribueraient à renoncer à l'Etat constitutionnel mis en place par la Loi fondamentale ou à apporter des limitations substantielles à la qualité d'Etat de ce dernier.

En outre, l'auteur de la saisine sous I. fait valoir en substance que ses droits de participation qu'il tient en tant que député du Bundestag allemand en vertu de l'article 38 alinéa 1 GG auraient été réduits lors de la procédure législative. Il serait impossible d'affirmer qu'a eu lieu une formation de volonté substantielle, fondée sur le pouvoir des arguments, et qui aurait permis aux députés d'assumer la responsabilité de leur décision. Le fait qu'un député ait pu exprimer ses réserves d'ordre constitutionnel dans le cadre d'un débat au Bundestag par la voie d'une question à l'orateur conformément au § 27 alinéa 2 du Règlement intérieur du Bundestag allemand [*Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages* – GOBT] ne saurait être considéré comme suffisant en égard au statut des députés. Le fait qu'un député ait pu lire à haute voix une déclaration relative à l'inconstitutionnalité de la loi d'approbation ne saurait lui non plus être considéré comme suffisant.

133

b) L'auteur de la saisine sous II., un groupe parlementaire du Bundestag allemand, demande, en faisant valoir en son propre nom les droits du Bundestag allemand, que la Cour constate que la loi d'approbation viole les droits du Bundestag allemand en tant qu'organe législatif et est donc incompatible avec la Loi fondamentale. Il ne désigne pas de partie adverse dans sa saisine.

134

A l'appui de sa demande, l'auteur de la saisine sous II. avance que la loi d'approbation transférerait des droits de souveraineté au-delà de la limite autorisée par l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG. Le principe de démocratie, dans la mesure où il est déclaré intangible par l'article 79 alinéa 3 GG, serait violé à plusieurs égards. Sur ce point, l'argumentation de l'auteur de la saisine sous II. est identique à celle des requérants sous V. (pour cette argumentation, cf. *supra* A. II. 1. c) bb). En outre, l'auteur de la saisine sous II. fait valoir que le principe d'organisation de l'armée en tant qu'armée du Parlement, principe découlant du principe de démocratie, serait vidé de sa substance par le fait que dans le domaine des interventions de crise européennes, le Bundestag allemand perdrait son pouvoir de décision en matière d'engagement des forces armées allemandes. Selon l'article 42 alinéa 4 TUE

135

Lisbonne, la décision d'engager une mission à laquelle les Etats membres sont tenus de participer avec leurs propres forces armées en vertu de l'article 42 alinéa 3 TUE Lisbonne doit être adoptée à l'unanimité par le Conseil. Cependant, il manquerait une mention selon laquelle cette décision devrait être prise conformément aux règles constitutionnelles respectives des Etats membres. Il serait certes possible d'avancer que le domaine réservé du Parlement en matière de défense n'est pas aboli par la loi d'approbation et que les représentants du gouvernement allemand au sein du Conseil doivent recueillir l'accord du Bundestag allemand avant de donner leur accord à une participation des forces armées allemandes à une mission. Une telle démarche constituerait cependant une rupture dans le système, puisque la représentation de la République fédérale d'Allemagne au sein du Conseil tombe normalement dans le domaine de compétence du gouvernement.

III.

1. Le Bundestag allemand (a), le gouvernement fédéral (b) et le Bundesrat (c) se sont prononcés par écrit en ce qui concerne les recours constitutionnels sous III. et sous V. Le gouvernement fédéral et le Bundesrat ont en outre pris position en ce qui concerne le recours constitutionnel sous IV. Le Landtag du Land de Bade-Wurtemberg limite sa prise de position aux recours constitutionnels cités sous III. et sous IV. 136

a) Le Bundestag allemand soutient l'opinion que les recours constitutionnels sous III. et V. sont irrecevables (aa) et non fondés (bb). 137

aa) Le droit de former un recours contre des actes d'intégration selon l'article 23 alinéa 1 GG, droit tiré de l'article 38 GG, serait limité aux cas dans lesquels le principe de démocratie tel qu'il est garanti par l'article 79 alinéa 3 GG serait violé de manière grave et manifeste. Les requérants sous III. et V. auraient manqué d'établir de manière suffisamment motivée que tel serait le cas ici. L'article 20 alinéa 4 GG ne saurait lui non plus servir de fondement au recours constitutionnel sous III. Etant donné qu'il serait impossible d'établir une défaillance des organes de l'Etat chargés de la protection et de la défense de la Constitution, il n'y aurait pas de situation ouverte au droit de résistance. Il ne serait pas non plus possible de déduire de l'article 20 alinéa 4 GG une voie de recours autonome, indépendante du recours constitutionnel. En outre, il n'y aurait pas de raison apparente d'une atteinte au droit des requérants sous III. et V. consacré par l'article 1 alinéa 1 GG. La dignité humaine serait garantie comme inviolable au niveau européen. En outre, la Charte des droits fondamentaux ne supplanterait pas les droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale. En dernier lieu, le requérant sous III. n'aurait pas établi de manière suffisamment motivée la possibilité d'une atteinte à ses droits par la législation d'accompagnement. 138

bb) Les recours constitutionnels sous III. et V. seraient en tout état de cause non fondés, car le Traité de Lisbonne serait compatible avec la Loi fondamentale. A ce sujet, le Bundestag allemand considère que l'étendue matérielle du contrôle de constitutionnalité opéré dans le cadre des recours constitutionnels devrait être limitée aux innovations introduites par le Traité de Lisbonne. Le processus d'intégration en 139

tant que tel ne saurait faire l'objet de la procédure engagée. L'autorité de la chose jugée du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale relatif au Traité de Maastricht s'y opposerait et une décision sur l'évolution découlant des Traités d'Amsterdam et de Nice serait exclue en raison du § 93 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale [*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*].

(1) L'article 38 GG ne serait pas violé par la loi d'approbation du traité. Dans la mesure où le Traité de Lisbonne établit de nouvelles compétences de l'Union européenne ou transfère certaines politiques du domaine de la coopération intergouvernementale au mode d'intégration communautaire, les limites que l'article 79 alinéa 3 GG impose au transfert de droits de souveraineté ne seraient pas franchies. Les Etats membres n'auraient à subir qu'une perte minimale de leurs compétences et obtiendraient en contrepartie de nouvelles marges d'action et de nouvelles possibilités politiques d'agir. Le fait que le vote à la majorité qualifiée devienne la règle générale pour l'adoption de décisions au Conseil ne serait pas à critiquer. La procédure de prise des décisions à la majorité et, par conséquent, la possibilité de se voir mis en minorité au Conseil auraient été acceptées par la Cour constitutionnelle fédérale dans son jugement sur le Traité de Maastricht (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 ss.). Les Etats membres disposeraient toujours de compétences substantielles. Le domaine de la sécurité intérieure comme extérieure et celui de la politique de défense demeureraient entièrement dans le champ de compétence des Etats membres, de même que la politique économique, la politique financière et la politique de l'emploi.

140

De la même manière, un droit éventuel découlant de l'article 38 GG à ce que l'Union européenne soit démocratiquement légitimée ne serait pas violé. La légitimité démocratique du Conseil reposerait d'une part, sur le fondement constitutionnel déterminant la procédure de prise des décisions au sein du Conseil et d'autre part, sur le débat qui s'y déroule. Le Parlement européen serait lui aussi une source de légitimité démocratique, malgré le défaut d'égalité de succès des suffrages exprimés à l'occasion des élections au Parlement européen. Cette inégalité serait plutôt la conséquence de la structure particulière de l'Union européenne, structure reposant sur les Etats membres et entraînant des formes particulières de représentation démocratique. Le Traité de Lisbonne renforcerait la légitimité démocratique non seulement par une revalorisation du Parlement européen, mais également par la publicité accrue des réunions du Conseil, ainsi que par l'introduction d'un mécanisme d'alerte précoce destiné à assurer le respect du principe de subsidiarité. En outre, la position du Bundestag allemand serait améliorée par le Traité de Lisbonne.

141

Le Traité de Lisbonne ne conférerait pas à l'Union européenne la compétence de la compétence. La clause de flexibilité de l'article 352 TFUE ne saurait être interprétée comme ouvrant une compétence illimitée d'extension de la compétence et l'article 311 TFUE n'irait pas au-delà des règles actuelles régissant l'obtention de ressources propres. De même, les dispositions relatives à la révision simplifiée des traités ou celles relatives au passage au vote à la majorité au sein du Conseil ne fonderaient pas non plus une compétence de la compétence au profit de l'Union européenne.

142

Les modifications en question des traités seraient au contraire anticipées par ces dispositions. Le contenu et les modalités des procédures de décision seraient suffisamment déterminés.

(2) Le Bundestag allemand estime également qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de l'Etat souverain. La Loi fondamentale garantit la qualité d'Etat de la République fédérale d'Allemagne sous la forme d'un Etat ouvert, telle qu'elle est entre autres prévue par le Préambule de la Loi fondamentale et les articles 23 à 25 GG. Par conséquent, l'intégration européenne ne serait pas simplement autorisée, mais voulue par la Loi fondamentale. Le Traité de Lisbonne ne fonderait pas de qualité d'Etat au profit de l'Union européenne. Une telle évolution ne pourrait être déduite ni de l'attribution de la personnalité juridique à l'Union européenne, ni de la fusion du droit communautaire et du droit de l'Union. En outre, la distinction entre champs d'action supranationaux et domaines soumis à la coopération intergouvernementale ne serait pas abandonnée. La référence aux citoyens de l'Union à l'article 14 alinéa 2 TUE Lisbonne servirait à souligner l'importance de ces derniers en tant que sujets conférant de la légitimité démocratique, mais ne créerait pas de peuple européen. La primauté d'application du droit de l'Union évoquée dans la Déclaration n° 17 ne conférerait pas à l'Union la qualité d'un Etat, mais soulignerait juste le caractère de communauté de droit de l'Union européenne. Cette déclaration, qui ne fait pas partie des éléments normatifs du traité, ne modifierait pas la situation juridique actuelle et n'aboutirait pas non plus à une supériorité de principe du droit de l'Union par rapport à la Constitution nationale. Le droit de se retirer de l'Union s'opposerait à l'affirmation que l'Union européenne serait revêtue de la qualité d'un Etat ; l'Union européenne n'aurait pas de compétence pour appliquer des mesures de contrainte ou d'exécution forcée.

143

(3) Il n'y aurait pas non plus de violation du principe de séparation des pouvoirs. Le Traité de Lisbonne ne fonderait ni un pouvoir législatif du gouvernement fédéral, ni de nouvelles possibilités de ce que le requérant a qualifié de « *jeu par la touche* ». De tels agissements pourraient justement être mieux empêchés du fait des nouvelles dispositions relatives à la publicité des séances du Conseil et aux droits de contrôle renforcés des Parlements nationaux.

144

(4) Finalement, le recours constitutionnel sous III. ne serait pas non plus fondé en ce qui concerne ses griefs dirigés contre la législation d'accompagnement. Le fait qu'en vertu de l'article 1 n° 1 de la loi de révision constitutionnelle et de l'article 1 § 3 alinéa 2 de la loi d'extension le Bundestag allemand puisse être obligé, à la demande d'un quart de ses membres, de former un recours pour violation du principe de subsidiarité, ne violerait pas le principe de démocratie. Cette disposition serait la manifestation du souci, inhérent à toute démocratie intacte, de protection de la minorité. Les règles établies par l'article 1 n° 1 de la loi de révision et par l'article 1 § 4 alinéas 3 et 6 de la loi d'extension en ce qui concerne l'exercice du droit de rejet ouvert par l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne seraient conformes tant à la répartition en droit interne des compétences entre le Bundestag et le Bundesrat qu'au prin-

145

cipe de l'Etat fédéral. La possibilité prévue par l'article 1 n° 2 de la loi de révision et par l'article 1 § 5 de la loi d'extension de déléguer des compétences de décision à la commission des affaires européennes ne saurait pas constituer une atteinte au droit, déjà pour la raison que ces dispositions, prises en tant que telles, ne procéderaient pas à un transfert de compétences, mais y habiliterait juste le Bundestag.

b) Le gouvernement fédéral considère lui aussi que les recours constitutionnels sous III., IV. et V. sont irrecevables (aa) et qu'en tout état de cause, ils sont non fondés (bb). 146

aa) Les recours constitutionnels seraient déjà irrecevables au motif que les requérants sous III., IV. et V. ne seraient pas concernés personnellement, actuellement et directement dans leur droit découlant de l'article 38 GG par la loi d'approbation du traité et les lois qui l'accompagnent. De plus, les lois d'accompagnement ne pourraient pas valablement faire l'objet d'un contentieux, car, contrairement à la loi d'approbation, elles ne sauraient faire l'objet d'un recours constitutionnel qu'au terme de la procédure législative parlementaire. Les griefs tirés par les requérants sous III. et V. de l'article 1 alinéa 1 GG et par le requérant sous III. des autres droits fondamentaux garantissant la liberté, l'égalité et les droits devant la justice seraient dépourvus de substance. La dignité humaine serait intangible selon la Charte des droits fondamentaux et les droits fondamentaux consacrés par le droit de l'Union seraient, dans le champ d'application de la Charte, appliqués parallèlement aux droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale. 147

bb) (1) La loi d'approbation du Traité de Lisbonne serait en particulier compatible avec le principe de démocratie. Le rôle du Conseil lors de la procédure d'adoption d'actes juridiques et la représentation réduite, qui y est liée, de l'importance réelle des populations ne seraient pas à critiquer. Ils découleraient des particularités de l'Union européenne en tant que regroupement d'Etats. Le Parlement européen jouerait un rôle important dans le cadre de la procédure législative européenne, rôle qui serait renforcé par l'extension du champ d'application de la procédure législative ordinaire. Le fait que le principe de l'égalité des citoyens ne serait qu'insuffisamment réalisé lors des élections du Parlement européen serait dû à la nécessité d'adapter ce principe à la lumière du principe de l'égalité des Etats. 148

Le Traité de Lisbonne ne permettrait pas de modification des traités sans l'accord de la République fédérale d'Allemagne. Une décision du Conseil sur le fondement de l'article 48 alinéa 6 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne nécessiterait préalablement, conformément à l'article 59 alinéa 2 GG, une loi d'approbation de la part du Bundestag. De même, dans le cadre du passage de l'unanimité au vote à la majorité qualifiée, rendu possible par l'article 48 alinéa 7 TUE Lisbonne, la République fédérale d'Allemagne dispose d'un droit de veto. 149

(2) Le Traité de Lisbonne ne conduirait pas à la création d'un Etat fédéral et il n'affaiblirait pas non plus la qualité d'Etat de la République fédérale d'Allemagne. Il éviterait toute référence terminologique à un vocabulaire se référant à un Etat et la re- 150

connaissance de la personnalité juridique de l'Union européenne ne fournirait pas non plus d'indice en ce sens. Le droit de se retirer librement de l'Union confirmerait la préservation de la souveraineté de l'Etat. Les Etats membres demeureraient les « maîtres des traités » et n'auraient pas attribué à l'Union européenne la compétence de la compétence. Le principe d'attribution resterait valable et l'utilisation de la clause de flexibilité serait soumise par le Traité de Lisbonne à des conditions matérielles et des mécanismes procéduraux de sauvegarde.

Il ne serait pas procédé à un transfert de nouvelles compétences substantielles à l'Union européenne. Même après la fin de la distinction entre l'Union européenne et la Communauté européenne, les mesures prises dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune ne revêtiraient pas de caractère supranational. L'espace de liberté, de sécurité et de justice n'affecterait pas la souveraineté territoriale des Etats membres, mais garantirait la coopération nécessaire de la part des Etats membres dans un espace sans frontières intérieures. De même, il n'y aurait pas non plus de création d'un « peuple de l'Union ». Ni la Charte des droits fondamentaux ni la primauté du droit communautaire ne conduiraient à l'instauration d'un Etat européen. 151

(3) L'édifice institutionnel de l'Union européenne tel qu'il est mis en place par le Traité de Lisbonne serait en outre compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs. L'organisation de l'Union européenne en tant que regroupement d'Etats serait accompagnée d'un renforcement des pouvoirs de décision du pouvoir exécutif des Etats. De plus, la Cour constitutionnelle fédérale aurait déjà considéré le système institutionnel actuel de l'Union européenne comme compatible avec la Loi fondamentale, et le Traité de Lisbonne renforcerait les Parlements nationaux. 152

c) Le Bundesrat estime que les lois contestées sont conformes à la Constitution. Le Traité de Lisbonne renforcerait la légitimité de l'Union européenne notamment par la revalorisation du rôle du Parlement européen et des Parlements nationaux. Le traité n'aboutirait pas à priver la République fédérale d'Allemagne de sa qualité d'Etat. La délimitation des compétences serait améliorée ; de nouvelles compétences ne seraient transférées que de manière limitée. Le respect de la souveraineté de l'Etat se manifesterait clairement par la reconnaissance explicite du respect de l'identité nationale par l'article 4 alinéa 2 TUE Lisbonne, ainsi que par le droit de quitter l'Union conformément à l'article 50 TUE Lisbonne. 153

d) Le Landtag du Land de Bade-Wurtemberg estime que les recours constitutionnels sous III. et IV. ne sont pas fondés. 154

2. Dans le cadre des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération, le Bundestag allemand (a), le gouvernement fédéral (b), le Bundesrat et le Landtag du Land de Bade-Wurtemberg (c) se sont prononcés par écrit. 155

a) Selon le Bundestag allemand, les requêtes introduites dans le cadre des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération sont irrecevables (aa) 156

et en tout état de cause dépourvues de fondement (bb).

aa) (1) Dans la mesure où l'auteur de la saisine sous I. demande de faire déclarer nulle la loi d'approbation et les lois qui l'accompagnent, le contenu des requêtes serait typique d'un contrôle abstrait des normes selon l'article 93 alinéa 1 n° 2 GG, procédure dans le cadre de laquelle le requérant ne posséderait pas, en tant que député isolé, la qualité en vue de présenter une telle requête. Le Bundestag allemand ne se prononce pas à l'égard de la requête modifiée par le mémoire du 21 octobre 2008 présenté par l'auteur de la saisine sous I. Dans la mesure où l'auteur de la saisine sous I. avance un déficit lors de la formation de la volonté à l'occasion du débat au Bundestag allemand, son argumentation ne serait pas suffisamment motivée. En outre, l'auteur de la saisine sous I. n'aurait pas la capacité d'ester en justice dans la mesure où, en tant que partie de l'organe constitutionnel qu'est le Bundestag allemand, il ferait valoir en son propre nom les droits de cet organe. La Cour constitutionnelle fédérale aurait explicitement rejeté la possibilité pour un député isolé de faire valoir en son propre nom les droits du Bundestag allemand. En effet, l'auteur de la saisine ne fait pas valoir les droits de l'organe auquel il appartient contre un autre organe, mais conteste justement une décision de son organe. Cette situation aboutirait à un procès contre soi-même, irrecevable selon le droit processuel constitutionnel.

157

(2) La requête introduite dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous II. serait irrecevable. L'auteur de la saisine ne posséderait pas la qualité en vue de présenter une telle requête, parce qu'il n'aurait pas expliqué de manière plausible avoir été atteint dans ses droits en tant que groupe parlementaire. A l'encontre du Bundestag, il ne disposerait ni d'un droit au respect des limites de l'intégration, ni d'un droit général au respect de la Loi fondamentale. Il n'existerait pas non plus de droit du groupe parlementaire à ce que la compétence de décision du Bundestag soit préservée. L'auteur de la saisine ne pourrait pas non plus faire valoir en son propre nom des droits du Bundestag contre ce dernier. En outre, l'auteur de la saisine n'aurait pas non plus d'intérêt légitime pour agir, puisque sur le fond, sa requête correspondrait à un contrôle abstrait des normes, procédure dans le cadre de laquelle un groupe parlementaire n'est pas capable d'être partie.

158

bb) Le Bundestag allemand souligne que l'étendue du contrôle opéré dans le cadre des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous I. et II. se limiterait au rapport concret de droit constitutionnel. La constitutionnalité objective des lois contestées ne pourrait être examinée. Au sujet du caractère non fondé des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous I. et II., le Bundestag allemand renvoie à ses observations relatives aux recours constitutionnels sous III. et V. (cf. *supra*, A. III. 1. a) bb).

159

b) Le gouvernement fédéral considère lui aussi que les requêtes dans le cadre des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération sont irrecevables (aa) et en tout état de cause dépourvues de fondement (bb).

160

aa) (1) L'auteur de la saisine dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous I. ne posséderait pas la qualité en vue de présenter une telle requête. Il ne serait pas touché dans sa situation juridique qui lui est conférée par l'article 38 alinéa 1 GG et qui découle de son appartenance à un organe constitutionnel, mais essaierait plutôt de parvenir, par le biais d'une procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération, à un contrôle général, par la Cour constitutionnelle fédérale, de la constitutionnalité des lois contestées. Ainsi, seul un contrôle abstrait des normes pourrait être envisagé le cas échéant, mais l'auteur de la saisine n'aurait pas le droit de déclencher une telle procédure. La législation d'accompagnement contestée ne conduirait qu'à renforcer les droits du Bundestag allemand, ce qui exclurait une violation des droits de l'auteur de la saisine. 161

Dans la mesure où l'auteur de la saisine fait valoir qu'il n'aurait pas eu l'occasion suffisante pour exprimer son opinion différente au Bundestag, il ne serait pas évident en quoi une mesure du Bundestag serait contestée. En outre, les dispositions concernées du Règlement intérieur du Bundestag apporteraient une restriction licite au regard du droit constitutionnel aux droits du député qui découlent de son statut. De plus, l'auteur de la saisine aurait eu la possibilité, en vertu du § 31 alinéa 1 GOBT, de présenter une déclaration écrite ou une brève prise de position orale. 162

(2) La requête introduite dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous II. serait elle aussi irrecevable. Il n'y aurait pas de partie adverse adéquate. Dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération, il ne serait pas possible de justifier de contester une loi. En outre, il ne serait pas évident dans quelle mesure, pour le groupe parlementaire auteur de la saisine, des droits découlant de son statut seraient violés. L'auteur de la saisine ne saurait non plus faire valoir en son propre nom des droits du Bundestag contre le Bundestag. Etant donné que l'auteur de la saisine n'atteint pas le quorum requis en vertu de l'article 93 alinéa 1 n° 2 GG, une interprétation de sa demande comme requête introduisant une procédure de contrôle abstrait des normes est exclue. 163

bb) Au sujet du caractère non fondé des requêtes introduites dans le cadre des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous I. et II., le gouvernement fédéral renvoie à ses développements relatifs au caractère non fondé des recours constitutionnels sous III. et V. (cf. *supra*, A. III. 1. b) bb). Dans la mesure où la loi d'approbation est contestée, le gouvernement fédéral ajoute à titre complémentaire que le Traité de Lisbonne n'apporterait que peu d'innovations dans le domaine de la politique de sécurité et de défense commune. Les droits de participation du Bundestag seraient préservés, puisqu'aucun Etat membre ne pourrait être obligé de participer contre sa volonté à des mesures militaires. 164

c) Le Bundesrat et le Landtag du Land de Bade-Wurtemberg estiment, pour les mêmes raisons que celles avancées à l'égard des recours constitutionnels (cf. *supra*, A. III. 1. c) et d), que les requêtes présentées dans le cadre des procédures de rè- 165

glement des litiges entre organes de la Fédération sont dépourvues de fondement.

IV.

Les 10 et 11 février 2009, la Cour constitutionnelle fédérale a tenu une audience publique au cours de laquelle les personnes intéressées ont pu expliquer et approfondir leurs positions juridiques. 166

B.

Les recours constitutionnels introduits contre la loi d'approbation du Traité de Lisbonne sont recevables dans la mesure où, fondés sur l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, ils contestent une violation du principe de démocratie, une perte de la qualité d'Etat de la République fédérale d'Allemagne et une violation du principe de l'Etat social. Les recours constitutionnels formés sous III. et VI. contre les lois d'accompagnement sont recevables dans la mesure où ils sont fondés sur l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG (I.). La requête dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous II. est recevable dans la mesure où l'auteur de la saisine allègue une atteinte aux compétences de décision du Bundestag allemand en matière d'engagement des forces armées allemandes (II.). Pour le reste, les demandes formées dans le cadre des recours constitutionnels et des procédures de règlement des litiges entre organes de la Fédération sont irrecevables. 167

I.

Les recours constitutionnels sont recevables dans la mesure où les requérants contestent, sur le fondement de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, une atteinte au principe de démocratie, une perte de la qualité d'Etat de la République fédérale d'Allemagne, ainsi qu'une violation du principe de l'Etat social par la loi d'approbation du traité et les lois qui l'accompagnent. 168

1. Les requérants ont la qualité pour former un recours constitutionnel. Ils font partie des personnes couvertes par la notion de « quiconque » au sens du § 90 alinéa 1 BVerfGG et ayant le droit d'introduire un recours constitutionnel. Ceci vaut également pour les requérants sous III. et V., qui sont membres du Bundestag allemand, mais forment leur recours constitutionnel en leur qualité de citoyens de la République fédérale d'Allemagne. Ils n'invoquent pas leur statut constitutionnel à l'encontre d'un organe constitutionnel susceptible d'être une partie adverse dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération, mais allèguent une atteinte à leurs droits fondamentaux par la puissance publique (cf. Recueil BVerfGE 64, 301 < 312 > ; 99, 19 < 29 > ; 108, 251 < 267 >). 169

2. La loi d'approbation du Traité de Lisbonne et la législation qui l'accompagne sont des actes de la puissance publique allemande et peuvent valablement faire l'objet d'un recours constitutionnel et ce, indépendamment du fait que ces lois ne sont pas encore entrées en vigueur. Etant donné que le caractère contraignant du Traité de Lisbonne sur le plan du droit international public ne dépend plus que de l'établisse- 170

ment de l'instrument de ratification par le Président fédéral et le dépôt de cet instrument auprès du dépositaire, la loi d'approbation du traité peut exceptionnellement faire l'objet d'un recours constitutionnel préalablement à son entrée en vigueur (cf. Recueil BVerfGE 108, 370 < 385 >). Il en va de même en ce qui concerne la législation d'accompagnement, dont l'entrée en vigueur dépend de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. L'article 2 de la loi de révision constitutionnelle se réfère à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, tandis que l'article 3 de la loi d'extension se réfère à l'entrée en vigueur de la loi de révision constitutionnelle.

3. La qualité de pouvoir former un recours constitutionnel exige que les requérants allèguent qu'ils sont atteints personnellement, actuellement et directement par les mesures contestées de la puissance publique dans l'un de leurs droits fondamentaux ou de leurs droits équivalents à un droit fondamental susceptibles, en vertu de l'article 93 alinéa 1 no 4a GG et du § 90 alinéa 1 BVerfGG, d'être l'objet d'un recours constitutionnel. Les requérants doivent établir de manière suffisamment motivée qu'une telle violation est possible (§ 23 alinéa 1 phrase 2, § 92 BVerfGG ; cf. Recueil BVerfGE 99, 84 < 87 > ; 112, 185 < 204 >). Les requérants remplissent ces conditions à des degrés variables. 171

a) Dans la mesure où les requérants avancent une violation par la loi d'approbation du traité de leur droit équivalent à un droit fondamental tiré de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, leur droit de former un tel recours doit être apprécié au regard du contenu des différents griefs. 172

aa) Lorsqu'ils avancent le grief selon lequel le principe de démocratie serait violé au motif que les compétences du Bundestag allemand seraient vidées de leur substance, les requérants sous III., IV. et VI. établissent de manière suffisamment motivée la possibilité d'une telle violation du droit équivalent à un droit fondamental qu'ils tiennent en vertu de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG. 173

L'article 38 alinéas 1 et 2 GG garantit le droit subjectif de participer à l'élection des députés au Bundestag (cf. Recueil BVerfGE 47, 253 < 269 > ; 89, 155 < 171 >). Cette garantie individualisée assure que le citoyen dispose du droit de vote aux élections du Bundestag et que les principes constitutionnels en matière de droit électoral sont respectés lors du scrutin. Cette garantie s'étend également au contenu démocratique fondamental de ce droit (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 171 >). L'élection ne permet pas seulement de légitimer la puissance étatique au niveau fédéral conformément aux exigences de l'article 20 alinéas 1 et 2 GG, mais également d'exercer une influence déterminante sur l'exercice de cette puissance étatique (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 172 >). En effet, les électeurs ont le choix entre des candidats et des partis en concurrence les uns avec les autres et défendant des propositions et des concepts politiques différents. 174

Le vote n'aurait plus grand sens si l'organe de l'Etat ainsi élu ne disposait pas suffisamment de fonctions et de compétences propres au sein desquelles le pouvoir légitimé par le vote peut s'exercer. En d'autres termes, le Parlement n'est pas seulement 175

investi d'une « responsabilité abstraite cautionnant » les actes de souveraineté d'autres entités exerçant un pouvoir politique, mais de la responsabilité concrète pour les actions de l'Etat. 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 GG, 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 GG, l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG 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 (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 172 >).

bb) Dans la mesure où les requérants sous III., IV. V. et VI. font valoir un déficit de légitimité démocratique de l'Union européenne, l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG leur confère la qualité en vue de former un recours constitutionnel. 176

Les électeurs ont le droit de contester des déficits importants de la légitimité démocratique de l'Union européenne au même titre qu'ils ont le droit de contester des déficits de la démocratie en droit interne affectée par le processus d'intégration européenne dans l'étendue de ses compétences. Le rapport, initialement limité au droit interne, entre l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG et l'article 20 alinéas 1 et 2 GG est élargi progressivement du fait de l'intégration européenne de plus en plus poussée. A la suite du transfert de droits de souveraineté conformément à l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG, des décisions qui concernent directement les citoyens sont désormais prises au niveau européen. Eu égard au principe de démocratie que l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG transforme en droit public subjectif dont une violation peut être contestée, la question de savoir si le pouvoir de souveraineté exercé au niveau européen possède une légitimité démocratique est d'importance lorsque des droits de souveraineté sont transférés à l'Union européenne. Etant donné que la République fédérale d'Allemagne ne peut, en vertu de l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG, participer à une Union européenne que si cette dernière est attachée aux principes de la démocratie, il faut qu'il existe un rapport de légitimation entre les citoyens et la puissance publique européenne, rapport auquel le citoyen a un droit en vertu de la conception d'origine et toujours actuelle que la Constitution a exprimée dans l'article 38 alinéa 1 phrase 1 combiné à l'article 20 alinéas 1 et 2 GG. 177

cc) Dans la mesure où les requérants sous III. et IV. allèguent la perte, par la République fédérale d'Allemagne, de sa qualité d'Etat, la qualité en vue de former un recours constitutionnel découle également de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG. 178

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 Etat fédéré d'un Etat fédéral européen, et de la caducité de la Loi fondamentale qui en serait la conséquence. A l'instar de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, l'article 146 GG ouvre un droit de participation aux électeurs : L'article 146 GG confirme le droit pré-constitutionnel 179

de se donner une constitution qui met en place et lie le pouvoir constitué. L'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG consacre le droit de participer à la légitimation du pouvoir constitué et d'en influencer l'exercice. A côté des conditions matérielles énumérées à l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG, l'article 146 GG trace l'ultime limite jusqu'à laquelle la République fédérale d'Allemagne peut participer à l'intégration européenne. Seul le pouvoir constituant a le droit d'abandonner l'Etat créé par la Loi fondamentale. Le pouvoir constitué ne dispose pas de ce droit.

Le fait que l'article 146 GG ne contienne pas de droit fondamental individuel au sens de l'article 93 alinéa 1 no 4a GG et dont la violation pourrait être contestée de manière autonome dans le cadre d'un recours constitutionnel ne fait pas obstacle à la possibilité de critiquer dans le cadre d'un procès constitutionnel un éventuel « abandon de la qualité d'Etat » de l'Allemagne (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 180 >). En effet, la faculté d'alléguer une violation de l'article 146 GG combiné à l'un des droits fondamentaux ou droits équivalents à des droits fondamentaux visés à l'article 93 alinéa 1 no 4a GG – ici l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG – n'est pas écartée. L'objectif direct de l'argumentation des requérants sous III. et IV. n'est pas non plus de faire organiser un référendum. Les arguments des requérants sous III. et IV. sont au contraire dirigés contre la perte, alléguée par les requérants, par la République fédérale d'Allemagne de sa qualité d'Etat souverain en raison de la loi d'approbation du traité d'une part, et le remplacement tacite de la Loi fondamentale qui en découlerait d'autre part.

dd) Dans la mesure où, sur le fondement de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, les requérants sous IV., V. et VI. contestent une violation d'autres principes structurels de l'Etat, les recours constitutionnels ne sont recevables que pour autant qu'ils avancent une atteinte au principe de l'Etat social.

Les requérants sous V. établissent le lien nécessaire avec le principe de démocratie susceptible d'être invoqué par l'intermédiaire de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, lorsqu'ils avancent de manière suffisamment précise que les possibilités d'action démocratiques du Bundestag allemand sur le plan de la politique sociale seraient limitées de manière telle par les compétences attribuées à l'Union européenne en vertu du Traité de Lisbonne que le Bundestag allemand ne serait plus en mesure d'assurer les exigences minimales du principe de l'Etat social telles qu'elles découlent de l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG.

Dans la mesure où les requérants sous IV. et VI. invoquent une violation du principe de l'Etat de droit et du principe de la séparation des pouvoirs, ils n'établissent pas un tel lien. Les recours constitutionnels sont irrecevables dans la mesure où ils avancent ces griefs.

b) Dans la mesure où ils ne se fondent pas sur l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, les recours constitutionnels des requérants sous III. et V. contre la loi d'approbation du traité sont irrecevables.

aa) Dans la mesure où il invoque le droit équivalent à un droit fondamental découlant de l'article 20 alinéa 4 GG, le requérant sous III. n'a pas la qualité en vue de former un recours constitutionnel. Il n'établit pas de manière suffisamment motivée que le droit à ce que ne soit adoptée aucune mesure susceptible de déclencher une situation de résistance, droit qui, selon le requérant, découlerait de l'article 20 alinéa 4 GG, se situerait préalablement à l'exercice du droit de résistance et serait invocable en justice, puisse jouer un rôle ici. Il en va de même en ce qui concerne la voie de recours extraordinaire relative à un « autre remède » dont le requérant prétend qu'elle découlerait de l'article 20 alinéa 4 GG. 185

Le droit de résistance conformément à l'article 20 alinéa 4 GG est un droit subsidiaire exceptionnel et en tant que dernier recours, il ne saurait être envisagé en tout état de cause que dans une situation où toutes les voies de recours ouvertes par l'ordre juridique auraient une chance si réduite d'apporter un remède efficace à la situation que la résistance serait l'ultime moyen de préserver ou de rétablir le droit (au sujet du droit de résistance, cf. déjà BVerfGE 5, 85 < 377 >). Par conséquent, une violation de l'article 20 alinéa 4 GG ne peut être invoquée dans le cadre d'un recours dont l'objectif est justement qu'une juridiction apporte un remède à la prétendue élimination de l'ordre constitutionnel. Le fait que l'article 20 alinéa 4 GG soit mentionné à l'article 93 alinéa 1 no 4a GG n'y change rien. Le caractère subsidiaire de ce droit n'est pas affecté par le fait qu'il constitue un droit équivalent à un droit fondamental, y compris sur le plan du droit processuel. 186

bb) Les requérants sous III. et V. n'ont pas non plus la qualité en vue de former un recours constitutionnel en ce qui concerne la violation par la loi d'approbation du traité d'autres droits fondamentaux ou droits équivalents à des droits fondamentaux. 187

(1) Lorsqu'ils soutiennent qu'en raison de la Charte des droits fondamentaux, rendue contraignante en vertu de l'article 6 alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne, la dignité humaine se trouverait transformée en droit susceptible d'être concilié avec d'autres droits, les requérants n'établissent pas de manière suffisamment motivée la possibilité d'une violation de leur droit fondamental consacré par l'article 1 alinéa 1 GG. 188

La fixation d'une limite générale aux droits par l'article 52 alinéa 1 de la Charte des droits fondamentaux peut tout au plus restreindre la dignité humaine telle qu'elle est garantie par l'article 1 de la Charte, mais non pas l'article 1 alinéa 1 GG. En effet, il est nécessaire de distinguer entre le niveau européen et le niveau national des droits fondamentaux. L'exposé des requérants ne distingue déjà pas suffisamment entre ces niveaux de droits fondamentaux. En outre, l'article 52 alinéa 1 de la Charte ne pourrait a priori avoir d'importance pour le niveau national des droits fondamentaux que dans la mesure où il aurait pour conséquence qu'une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la Loi fondamentale, telle qu'elle est exigée par l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG, ne serait plus assurée au niveau européen. De tels déficits ne peuvent être déduits de l'exposé des requérants. Ces derniers soutiennent qu'il y aurait une relativisation générale de la dignité humaine, 189

mais une telle relativisation ne découle a priori ni de la Charte des droits fondamentaux, ni de la jurisprudence citée de la Cour de justice des Communautés européennes. Il reviendra à des décisions rendues à l'occasion de procédures ultérieures de déterminer si et dans quelle mesure un abaissement au niveau européen de la protection des droits fondamentaux par des modifications du droit primaire européen peut valablement être contesté sur le fondement de l'article 1 alinéa 1 GG et quelles exigences doivent être formulées en ce qui concerne l'exposé des griefs (au sujet de la violation des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale par des actes de droit dérivé, cf. Recueil BVerfGE 102, 147 < 164 >).

(2) Dans la mesure où le requérant sous III. soutient en outre que les organes de l'Etat allemand seraient pour l'essentiel dispensés, dans le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux contraignante en vertu de l'article 6 alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne, de l'obligation de respecter les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale, il n'établit pas non plus de manière suffisamment motivée la possibilité d'une violation de ses droits fondamentaux ou de ses droits équivalents à des droits fondamentaux. 190

Indépendamment de l'étendue du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux tel qu'il est défini par l'article 51 de cette dernière, les droits fondamentaux de la Loi fondamentale font partie du noyau dur constitutionnel, dont les éléments limitent le transfert de droits de souveraineté à l'Union européenne selon l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG (cf. Recueil BVerfGE 37, 271 < 279 s. > ; 73, 339 < 376 >). La Cour constitutionnelle fédérale n'exerce plus sa juridiction à l'égard de l'applicabilité du droit dérivé de l'Union et d'autres actions de l'Union européenne qui servent de fondement juridique à l'action de la part des services administratifs et des tribunaux allemands dans le champ d'exercice de la puissance étatique de la République fédérale d'Allemagne uniquement tant que l'Union européenne assure une protection des droits fondamentaux dont le contenu et l'efficacité sont essentiellement équivalents à la protection des droits fondamentaux considérée comme impérative par la Loi fondamentale (cf. Recueil BVerfGE 73, 339 < 376, 387 > ; 102, 147 < 164 >). 191

c) Les griefs des requérants sous III. et VI. selon lesquels le principe de démocratie serait violé également par la législation d'accompagnement sont recevables dans la mesure où ils sont fondés sur l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG. 192

Les requérants sous III. et VI. établissent de manière suffisamment motivée qu'une atteinte à l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG par la législation d'accompagnement est possible. La qualité en vue de former un recours constitutionnel, laquelle découle de l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, peut s'étendre à des lois directement liées à une loi d'approbation au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG. A cet égard, les requérants sous VI. expliquent de manière compréhensible qu'au regard du droit proces- 193
suel constitutionnel, la loi d'approbation du Traité de Lisbonne et la législation d'accompagnement forment une unité. Le grief, selon lequel, en substance, la législation

d'accompagnement ne prévoit pas de conditions suffisantes en droit interne pour l'exercice des droits de participation reconnus au Bundestag allemand et au Bundsrat par le Traité de Lisbonne, se rapporte au contenu démocratique de l'article 38 alinéa 1 GG. En ce qui concerne la loi de révision constitutionnelle, les requérants sous III. et VI. établissent en outre une référence suffisante au critère d'appréciation spécial découlant de l'article 79 alinéa 3 GG combiné à l'article 20 alinéas 1 et 2 GG en ce qui concerne le contrôle de lois de révision constitutionnelle.

II.

La requête introduite dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous I. est irrecevable (1.). La requête introduite dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous II. est recevable dans la mesure où l'auteur de la saisine fait valoir une atteinte des compétences de décision du Bundestag allemand en matière d'engagement des forces armées allemandes (2.).

1. La requête formée dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous I. et pour l'appréciation de laquelle il convient de se baser sur la version telle qu'elle résulte du mémoire de l'auteur de la saisine sous I. du 21 octobre 2008 est irrecevable.

a) La requête est irrecevable dans la mesure où elle est dirigée contre le gouvernement fédéral. Les mesures contestées – les décisions du Bundestag allemand adoptant la loi d'approbation et de la législation d'accompagnement – ne peuvent être imputées qu'au Bundestag allemand, non pas au gouvernement fédéral (cf. Recueil BVerfGE 84, 304 < 320 s. > ; 86, 65 < 70 > ; 99, 332 < 336 >). Le gouvernement fédéral a juste déposé au Bundestag allemand les projets de loi relatifs à la loi d'approbation et aux lois d'accompagnement (article 76 alinéa 1 GG).

b) La requête est également irrecevable pour le surplus.

aa) Lorsqu'il soutient que son droit de participer aux travaux du Bundestag aurait été réduit, l'auteur de la saisine sous I. n'explique pas de manière satisfaisante la possibilité d'une violation ou d'une mise en danger de ce droit (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 218 > ; 90, 286 < 343 >) par la législation contestée (§ 64 alinéa 1 et § 23 alinéa 1 phrase 2 BVerfGG). Il est possible que l'adoption de la loi d'approbation et les décisions relatives aux lois d'accompagnement reposent, comme l'affirme l'auteur de la saisine sous I., sur un débat insuffisant au Bundestag ; les lois elles-mêmes ne violent cependant pas les droits de participation de l'auteur de la saisine sous I.

bb) Dans la mesure où l'auteur de la saisine sous I. avance que son droit en tant que député du Bundestag allemand de représenter le peuple lors de l'exercice de la puissance étatique et de conférer de la légitimité démocratique aurait été violé, tant la question de l'existence d'un tel droit que l'auteur de la saisine veut déduire de l'article 38 alinéa 1 GG que celle de l'éventuelle violation de ce droit par les lois contestées peuvent rester ouvertes. En tant que citoyen de la République fédérale d'Alle-

magne, l'auteur de la saisine sous I. dispose du droit de former un recours constitutionnel, ce qu'il a fait. Le recours constitutionnel permet d'invoquer tous les droits dérivés de l'article 38 alinéa 1 GG sur la violation desquels se fonde la requête introduite dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération. Parallèlement à ce recours constitutionnel, il n'y a pas en l'espèce, pour cette requête, d'intérêt légitime pour agir, autonome et spécifique au statut du député.

cc) L'auteur de la saisine n'a pas non plus qualité pour faire valoir en son propre nom – comme personne exerçant en son propre nom les droits d'un tiers en justice ou comme « représentant » du Bundestag – des droits du Bundestag allemand. La possibilité de faire valoir en justice en son propre nom les droits d'un tiers est une exception au principe général du droit processuel selon lequel les personnes intéressées par la procédure ne peuvent faire valoir que des droits qui leur sont propres. Une personne exerçant en son propre nom les droits d'un tiers en justice nécessite donc une autorisation explicite de la part de la loi (cf. Recueil BVerfGE 60, 319 < 325 > ; 90, 286 < 343 >). Cette condition n'est pas remplie en l'espèce, car le § 63 et le § 64 alinéa 1 BVerfGG ne s'appliquent qu'au fait pour une partie d'un organe de faire valoir en son propre nom les droits de l'organe dans son entier et qu'un député n'est pas une telle partie d'un organe (cf. Recueil BVerfGE 2, 143 < 160 > ; 67, 100 < 126 > ; 90, 286 < 343 s. > ; 117, 359 < 367 s. >). Seules les subdivisions permanentes du Bundestag selon le Règlement intérieur de ce dernier sont des parties d'un organe et en tant que telles habilitées à faire valoir les droits du Bundestag. Un député isolé n'est pas une telle « subdivision » du Bundestag.

2. La requête introduite dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous II. est partiellement recevable. 201

a) En tant que groupe parlementaire du Bundestag allemand, l'auteur de la saisine sous II. est capable d'être partie dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération (§ 13 no 5, §§ 63 et suivants BVerfGG). Il est une subdivision permanente du Bundestag au sens du Règlement intérieur de ce dernier et en tant que tel peut faire valoir en son propre nom des droits revenant au Bundestag (cf. Recueil BVerfGE 1, 351 < 359 > ; 2, 143 < 165 > ; 104, 151 < 193 > ; 118, 244 < 255 >). Le Bundestag allemand, contre lequel est dirigée la requête suite à l'interprétation de son contenu, est une partie adverse possible au sens du § 63 BVerfGG. 202

b) L'auteur de la saisine sous II. a partiellement qualité en vue de présenter une telle requête. 203

aa) Avec le grief selon lequel la loi d'approbation du Traité de Lisbonne porterait atteinte au domaine réservé du Parlement en matière de défense (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 383 >), l'auteur de la saisine sous II. explique de manière suffisante la possibilité d'une violation ou d'un danger immédiat des droits du Bundestag allemand (§ 23 alinéa 1 phrase 2, § 64 alinéa 1 BVerfGG). L'auteur de la saisine sous 204

II. affirme que les dispositions du Traité de Lisbonne feraient perdre au Bundestag ses compétences de décision relatives à l'engagement des forces armées allemandes dans le domaine des interventions de crise européennes, au motif que, d'après l'article 42 alinéa 4 TUE Lisbonne, c'est le Conseil qui décide du « lancement d'une mission ». Etant donné que cette décision n'a pas besoin d'être prise en accord avec les règles constitutionnelles respectives des Etats membres, la question se poserait de savoir si le représentant du gouvernement allemand au sein du Conseil serait tenu d'obtenir l'accord du Bundestag préalablement au vote au sein du Conseil.

La qualité en vue de former une telle requête ne peut être niée au motif qu'il s'agirait d'un procès interdit contre soi-même. La possibilité de faire valoir en justice en son propre nom le droit d'un tiers prévue par le § 64 alinéa 1 BVerfGG replace la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération dans le contexte réel du rapport des forces politiques, dans lequel la séparation des pouvoirs ne se réalise pas tant comme antagonisme classique entre des blocs de détenteurs de pouvoir, mais surtout par l'organisation de droits de l'opposition politique et de la minorité. Le sens et l'objectif de la possibilité de faire valoir en justice en son propre nom les droits d'un tiers sont alors de permettre à l'opposition et minorité parlementaires de faire valoir les droits du Bundestag non seulement dans le cas où ce dernier ne veut pas exercer ses droits, notamment à l'encontre du gouvernement fédéral qu'il soutient (cf. Recueil BVerfGE 1, 351 < 359 > ; 45, 1 < 29 s. > ; 121, 135 < 151 >), mais également dans celui où la minorité parlementaire veut défendre des droits du Bundestag contre la majorité parlementaire qui soutient le gouvernement fédéral (cf. Lorenz, dans Festschrift aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, t. 1, 1976, p. 225 < 253 et suivante >). La reconnaissance du droit de faire valoir en justice en son propre nom les droits d'un tiers est autant l'expression de la fonction de contrôle exercée par le Parlement qu'un instrument de protection de la minorité (cf. Recueil BVerfGE 45, 1 < 29 s. > ; 60, 319 < 325 s. > ; 68, 1 < 77 s. > ; 121, 135 < 151 > ; Schlaich / Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht, 7e édition, 2007, no 94).

205

bb) Dans la mesure où il fait valoir que la loi d'approbation du traité transférerait des compétences de décision démocratiques au-delà de ce qui est permis par l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG, l'auteur de la saisine sous II. ne possède pas la qualité en vue de présenter sa requête. L'auteur de la saisine sous II. n'expose pas de manière satisfaisante que les droits du Bundestag allemand pourraient être violés ou immédiatement menacés par la loi d'approbation (§ 23 alinéa 1 phrase 2 et § 64 alinéa 1 BVerfGG). Le principe de démocratie garanti par l'article 20 alinéas 1 et 2 GG n'est pas, même dans la mesure où il est déclaré intangible par l'article 79 alinéa 3 GG, un droit du Bundestag. La procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération n'est pas le lieu pour exercer un contrôle général et abstrait, c'est-à-dire sans lien avec les droits du Bundestag, de la constitutionnalité d'une mesure contestée (cf. Recueil BVerfGE 68, 1 < 73 > ; 73, 1 < 30 > ; 80, 188 < 212 > ; 104, 151 < 193 s. >).

206

C.

I.

Dans la mesure où ils sont recevables, les recours constitutionnels sous III. et VI. sont partiellement fondés. Certaines dispositions nécessaires manquent à la loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne, qui, dans cette mesure, est contraire à la Constitution. Pour le reste, les recours constitutionnels et la requête introduite par l'auteur de la saisine dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération sous II. sont, dans la mesure où ils sont recevables, non fondés. Sur la base des motifs de la présente décision, il n'y a pas d'objections décisives d'ordre constitutionnel contre la loi d'approbation du Traité de Lisbonne et la loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93). 207

1. Les critères pour l'appréciation de la constitutionnalité de la loi d'approbation du Traité de Lisbonne sont déterminés par le droit de vote en tant que droit équivalent à un droit fondamental (article 38 alinéa 1 phrase 1 GG combiné à l'article 93 alinéa 1 n° 4a GG). Le droit de vote établit un droit à l'autodétermination démocratique, à une participation libre et égale à la puissance étatique exercée en Allemagne, ainsi qu'au respect du principe de démocratie, y compris le respect du pouvoir constituant du peuple. L'examen d'une éventuelle atteinte au droit de vote englobe en l'espèce aussi celui d'atteintes aux principes qui, d'après l'article 79 alinéa 3 GG, sont inhérents à l'identité constitutionnelle allemande (cf. Recueil BVerfGE 37, 271 < 279 > ; 73, 339 < 375 >). 208

a) L'article 38 alinéa 1 GG garantit à chaque électeur allemand le droit de participer à l'élection des députés au Bundestag allemand. Lorsqu'il élit les députés au Bundestag par des élections générales, libres et égales, le Peuple fédéral manifeste directement sa volonté politique. Il se gouverne régulièrement à travers la majorité (article 42 alinéa 2 GG) qui se dégage au sein de l'assemblée représentative ainsi élue. C'est de cette assemblée qu'émane le chancelier – et avec lui le gouvernement fédéral – et c'est devant elle qu'il est responsable. Au niveau fédéral de l'Etat constitutionnel régi par la Loi fondamentale, l'élection des députés est la source du pouvoir d'Etat – avec chaque élection qui a lieu périodiquement, ce pouvoir est renouvelé par le peuple (article 20 alinéa 2 GG). 209

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). Dans l'organisation de l'Etat régie par la Loi fondamentale, une signification déterminante revient à l'élection des députés au Bundestag allemand. Sans élection libre et égale de l'organe qui exerce une influence déterminante sur le gouvernement et la législation fédérale, le principe, constitutif pour un Etat démocratique, de la liberté personnelle demeure incomplet. Pour cette raison, le citoyen a le droit, en invoquant le droit de vote, de contester par la voie d'un recours constitutionnel une violation des principes démocratiques (article 38 alinéa 1 phrase 1 et article 20 alinéas 1 et 2 GG). Le droit, 210

qui revient à chaque citoyen, de participation égale à l'autodétermination démocratique (droit de participation démocratique) peut également être violé par une modification de l'organisation du pouvoir d'Etat telle que la volonté du peuple ne peut plus se former efficacement au sens de l'article 20 alinéa 2 GG et que les citoyens ne sont plus en mesure de gouverner par la volonté majoritaire. Le principe du gouvernement représentatif par le peuple peut être violé si les droits du Bundestag dans la structure des organes mis en place par la Loi fondamentale sont réduits de manière significative, entraînant par là-même une perte substantielle du pouvoir d'action démocratique au détriment de celui des organes constitutionnels qui émane directement des principes d'une élection libre et égale (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 171 s. >).

b) Le droit des citoyens de déterminer librement et également la puissance publique, tant sur le plan des personnes qui l'exercent que celui de son contenu, par des élections et des votations est la partie intégrante élémentaire du principe de démocratie. Le droit à une participation libre et égale à la puissance publique est ancré dans la dignité humaine (article 1 alinéa 1 GG). Il fait partie de ceux des principes du droit constitutionnel allemand dont l'article 20 alinéas 1 et 2 GG combiné à l'article 79 alinéa 3 GG interdit toute modification.

211

aa) Dans la mesure où des décisions contraignantes pour les citoyens sont prises dans l'espace public, notamment des décisions apportant des restrictions aux droits fondamentaux, ces décisions doivent pouvoir être rattachées à une volonté majoritaire du peuple librement formée. L'ordre constitutionnel mis en place par la Loi fondamentale est axé sur les principes de la valeur intrinsèque et de la dignité de l'Homme en tant qu'être capable de liberté. Cet ordre constitutionnel est celui d'un pouvoir d'Etat de droit sur le fondement de l'autodétermination du peuple basée sur la volonté, formée dans des conditions de liberté et d'égalité, de la majorité du moment (cf. Recueil BVerfGE 2, 1 < 12 >). Ainsi, les citoyens ne sont-ils pas assujettis à un pouvoir politique auquel ils ne pourraient échapper et qu'ils ne pourraient en principe déterminer également et en toute liberté, tant sur le plan des personnes exerçant ce pouvoir que de celui de son contenu.

212

bb) 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.

213

Cette exigence démocratique centrale peut être assurée sur la base de différents modèles. Selon les modalités du droit électoral allemand, le régime parlementaire représentatif exigé par la Constitution est réalisé par le fait que la volonté des électeurs se reflète de manière aussi proportionnelle que possible lors de la répartition des sièges. Une décision de la majorité parlementaire représente en même temps une décision de la majorité du peuple. Chaque député est un représentant du peuple tout entier et de ce fait, membre d'un corps représentatif formé de membres égaux (article 38 alinéa 1 GG) qui ont accédé à leur mandat dans des conditions conformes au principe d'égalité. La Loi fondamentale exige que tous les citoyens soient libres et égaux en droit (égalité devant la loi). En ce qui concerne le principe de démocratie, ceci signifie qu'une part égale de l'exercice de la puissance étatique revient à chaque ressortissant national en âge de voter et qui n'a pas été déchu de son droit de vote (cf. Recueil BVerfGE 112, 118 < 133 s. >). L'égalité entre les électeurs doit ensuite se poursuivre à d'autres échelons du développement de la volonté démocratique, notamment dans le statut des députés. Pour cette raison, fait partie du statut des députés le droit garanti par l'article 38 alinéa 1 phrase 2 GG de participer de manière égale au processus de formation de la volonté parlementaire (cf. Recueil BVerfGE 43, 142 < 149 > ; 70, 324 < 354 > ; 80, 188 < 218 > ; 96, 264 < 278 > ; 112, 118 < 133 >).

214

Dans un régime présidentiel ou dans les systèmes à scrutin majoritaire, l'aménagement concret de cette exigence démocratique centrale peut revêtir une forme différente. Cependant, il y a un point commun à toutes les démocraties représentatives : La volonté de la majorité dégagée dans des conditions d'égalité et de liberté est formée par l'opération de vote – soit dans la circonscription, soit dans l'assemblée élue à la proportionnelle. La décision de la majorité des citoyens sur l'orientation politique doit se refléter au Parlement et au gouvernement ; la minorité politique vaincue demeure 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 agit en tant qu'opposition susceptible d'accéder à la majorité lors de scrutins ultérieurs.

215

c) Le principe de démocratie ne peut pas être pesé contre d'autres valeurs ; il est intangible (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 182 >). Le pouvoir constituant des Allemands, qui s'est donné la Loi fondamentale, a voulu tracer une limite qu'aucune évolution politique ultérieure ne saurait franchir. Une modification de la Loi fondamentale qui aurait pour effet de toucher aux principes consacrés par les articles 1 et 20 GG est interdite (article 79 alinéa 3 GG). Avec cette « garantie de pérennité », même le législateur constitutionnel ne peut disposer de l'identité de l'ordre constitutionnel libéral. Ainsi, la Loi fondamentale ne présuppose-t-elle pas seulement la qualité d'Etat souverain de l'Allemagne, mais elle la garantit aussi.

216

La question de savoir si, en raison de l'universalité des valeurs de dignité, de liberté et d'égalité, cette restriction 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

217

de décision mais en continuité avec le régime constitutionnel établi par la Loi fondamentale, une nouvelle constitution (cf. Isensee, dans Isensee / Kirchhof, HStR VII, 1992, § 166 nos 61 ss. ; Moelle, Der Verfassungsbeschluss nach Art. 146 GG, 1996, pages 73 et suivantes ; Stückrath, Art. 146 GG : Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, 1997, pages 240 et suivantes ; cf. également Recueil BVerfGE 89, 155 < 180 >) peut demeurer sans réponse ici. Dans le cadre de l'ordre juridique établi par la Loi fondamentale, 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.

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. En ce sens, le pouvoir constituant n'a pas donné de mandat aux représentants et aux organes du peuple pour disposer de l'identité constitutionnelle. La compétence de modifier les principes constitutionnels fondamentaux selon l'article 79 alinéa 3 GG n'a été reconnue à aucun organe constitutionnel. La Cour constitutionnelle fédérale y veille. Avec la « garantie de pérennité », la Loi fondamentale réagit, d'une part, aux expériences historiques d'une érosion lente ou brutale de la substance libérale d'un ordre constitutionnel démocratique. Cette « garantie de pérennité » illustre aussi, d'autre part, que la Constitution des Allemands possède un fondement universel en accord avec l'évolution internationale y compris et surtout depuis qu'existent les Nations Unies et que ce fondement ne doit pouvoir être modifié par le droit positif.

218

2. L'organisation du principe de démocratie telle qu'elle est réalisée par la Loi fondamentale est ouverte à l'objectif d'intégrer l'Allemagne dans un ordre international et européen de paix. La nouvelle forme de pouvoir politique ainsi rendue possible n'est pas soumise de manière automatique aux mêmes exigences que celles qui s'appliquent à l'Etat constitutionnel en droit interne et par conséquent, elle ne saurait être appréciée sans réflexion par rapport aux aménagements concrets du principe de démocratie dans un Etat membre ou un Etat partie à une convention internationale. L'habilitation à participer à l'intégration européenne autorise un aménagement de la formation de la volonté politique différent de l'organisation que la Loi fondamentale prévoit pour l'ordre constitutionnel allemand. Ceci vaut jusqu'à ce que soit atteinte la limite de l'identité constitutionnelle inaliénable (article 79 alinéa 3 GG). Le principe d'autodétermination démocratique et de la participation égale à la puissance publique n'est pas affecté par l'objectif de réaliser la paix et l'intégration voulu par la Loi fondamentale, ni par le principe constitutionnel d'ouverture à l'égard du droit international public (cf. Recueil BVerfGE 31, 58 < 75 s. > ; 111, 307 < 317 > ; 112, 1 < 26 > ; Recueil BVerfGK [Recueil des décisions des chambres de la Cour constitutionnelle fédérale] 9, 174 < 186 >).

219

a) La Constitution allemande poursuit une ouverture de l'ordre étatique à la coopération pacifique entre les nations et à l'intégration européenne. Ni l'intégration entre Etats égaux au sein de l'Union européennes, ni la participation à des systèmes collectifs de maintien de la paix comme les Nations Unies ne constituent une soumission à des pouvoirs étrangers. Il s'agit plutôt d'un engagement libre, mutuel et égal, qui maintient la paix et renforce les marges de manœuvre politiques par la voie d'actions communes concertées. Lorsque la Loi fondamentale protège la liberté individuelle – en tant que libre autodétermination de chaque personne – elle ne le fait pas pour encourager ni un comportement arrogant évitant tout engagement ni une réalisation d'intérêts personnels sans considération pour autrui. Il en va de même en ce qui concerne le droit souverain d'autodétermination de la communauté politique. 220

L'Etat constitutionnel se lie avec d'autres Etats qui reposent sur le même fondement des valeurs de liberté et d'égalité juridique et qui, comme lui, placent au cœur de l'ordre juridique la dignité humaine et les principes d'une liberté personnelle revenant de manière égale à chaque individu. Les Etats constitutionnels démocratiques ne peuvent gagner d'influence déterminante sur une société de plus en plus mobile et interconnectée en dépassant les frontières nationales que s'ils agissent raisonnablement en commun, tout en respectant leur intérêt individuel et l'intérêt collectif. Seul celui qui se lie, parce qu'il a pris conscience de la nécessité d'une conciliation pacifique d'intérêts divergents et des possibilités ouvertes par des actions communes, gagne les marges de manœuvre nécessaires lui permettant aussi à l'avenir d'exercer une influence responsable sur les conditions de vie d'une société libre. Par son ouverture à l'intégration européenne et aux engagements internationaux, la Loi fondamentale tient compte de ces exigences. 221

b) Suite à l'expérience de guerres dévastatrices, justement aussi entre les peuples européens, le Préambule de la Loi fondamentale souligne non seulement le fondement moral de l'autodétermination responsable, mais également la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie. Ceci est concrétisé tant par l'habilitation à participer à l'intégration européenne (article 23 alinéa 1 GG) et à des institutions internationales (article 24 alinéa 1 GG), et par celle d'adhérer à des systèmes de sécurité mutuelle collective (article 24 alinéa 2 GG), que par l'interdiction de mener une guerre d'agression (article 26 GG). La Loi fondamentale veut la participation de l'Allemagne à des organisations internationales, un ordre établi entre les Etats caractérisé par une conciliation mutuelle pacifique des intérêts et une coexistence organisée en Europe. 222

Cette conception de la souveraineté se reflète dans les objectifs poursuivis par le Préambule. La Loi fondamentale se sépare d'une conception autoritaire et autarcique de la souveraineté de l'Etat et revient à une conception du pouvoir d'Etat national selon laquelle la souveraineté est une « liberté organisée et encadrée par le droit international public » (von Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, t. I, 1888, p. 416). La Loi fondamentale rompt avec toutes les formes de machiavélisme politique et avec une conception rigide de la souveraineté qui, encore au début du 20e 223

siècle considérait que le droit de mener une guerre – y compris une guerre d'agression – était un droit qui allait de soi pour un Etat souverain (cf. Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, pages 356 et suivante ; Randelzhofer, *Use of force*, dans Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, t. IV, 2000, pages 1246 et suivantes), bien qu'avec les conventions signées le 29 juillet 1899 lors de la Première conférence de La Haye sur la paix, qui confirmaient cependant encore le droit à la guerre (*ius ad bellum*), eussent eu lieu les premiers pas vers un bannissement progressif de la violence entre Etats.

La Loi fondamentale fixe la préservation de la paix et le dépassement des antagonismes meurtriers entre les Etats européens comme objectifs politiques primordiaux de la République fédérale. Selon la conception qu'en a la Loi fondamentale, la qualité d'Etat souverain est synonyme d'un espace pacifié qui garantit un ordre fondé sur la liberté individuelle et l'autodétermination collective. L'Etat n'est ni un mythe, ni une fin en soi, mais la forme d'organisation mondialement reconnue et résultat de l'évolution historique d'une communauté politique ayant la capacité d'agir. 224

Pour les organes de l'Etat allemand, l'objectif constitutionnel découlant tant de l'article 23 alinéa 1 GG que du Préambule d'édifier une Europe unie (cf. Schorkopf, *Grundgesetz und Überstaatlichkeit*, 2007, p. 247) signifie notamment qu'ils ne peuvent décider à convenance politique si l'Allemagne doit ou non participer à l'Union européenne. La Loi fondamentale veut une intégration européenne et un ordre de paix international : Par conséquent, il existe non seulement le principe d'ouverture à l'égard du droit international public, mais également le principe de l'ouverture à l'égard du droit européen. 225

c) La Loi fondamentale habilite certes le législateur à procéder à un transfert étendu de droits de souveraineté à l'Union européenne, mais cette habilitation est liée à la condition que soit d'une part, respectée la qualité d'Etat constitutionnel souverain sur le fondement d'un programme d'intégration régi par le principe d'attribution et respectant l'identité constitutionnelle des Etats membres et d'autre part, conservée la capacité des Etats membres d'aménager politiquement et socialement et sous leur propre responsabilité les conditions de vie. 226

aa) L'objectif d'intégration imposé au Peuple allemand par le Préambule et l'article 23 alinéa 1 de la Loi fondamentale reste muet quant au caractère définitif de l'organisation politique de l'Europe. La Loi fondamentale donne par son article 23 l'habilitation à participer à un ordre de coopération supranational et destiné à préserver la paix. Cela n'inclut cependant pas l'obligation de réaliser l'autodétermination démocratique au niveau européen de manière identique à la forme que la Loi fondamentale impose en droit interne à la Fédération et, par la voie de l'article 28 alinéa 1 phrase 1 GG, aux Länder, mais permet des divergences par rapport aux principes d'organisation de la démocratie en droit interne, divergences résultant des exigences particulières d'une Union européenne fondée sur le principe de l'égalité entre les Etats et négociée dans le cadre d'un traité de droit international public. 227

L'intégration nécessite la volonté d'une organisation commune et l'acceptation d'une formation de volonté commune et autonome. L'intégration dans une communauté libérale n'exige cependant ni soumission sans limitation constitutionnelle et possibilité de contrôle, ni renonciation à sa propre identité. La Loi fondamentale n'habilite pas les organes agissant pour le compte de l'Allemagne à renoncer au droit d'autodétermination du Peuple allemand, manifesté ici par la souveraineté internationale de l'Allemagne, par l'adhésion à un Etat fédéral. En raison du transfert irrévocable de souveraineté à un nouveau sujet de légitimité qu'un tel pas impliquerait, ce dernier est réservé à un acte de volonté exprimé directement par le Peuple allemand. 228

bb) La Constitution actuellement en vigueur suit une approche différente : Elle poursuit l'objectif d'une adhésion à égalité de droits de l'Allemagne à des systèmes de sécurité mutuelle comme les Nations Unies ou l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) et d'une participation à l'unification de l'Europe. L'article 23 alinéa 1 GG souligne autant que l'article 24 alinéa 1 GG que la République fédérale d'Allemagne concourt au développement d'une Union européenne conçue comme un regroupement d'Etats et à laquelle sont transférés des droits de souveraineté. La notion de regroupement renvoie à une association étroite et permanente d'Etats demeurant souverains, laquelle exerce des prérogatives de puissance publique sur le fondement de 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. 229

Ce lien est illustré par l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG qui impose des conditions structurelles à la participation de l'Allemagne au développement de l'Union européenne. D'après l'article 23 alinéa 1 phrase 3, la Loi fondamentale peut être adaptée à l'évolution de l'Union européenne ; en même temps, l'article 79 alinéa 3 GG, auquel renvoie cette norme, impose une limite absolue à cette possibilité. Même l'intégration de l'Allemagne dans des structures supranationales ne permet pas de descendre en dessous du niveau minimal protégé par l'article 79 alinéa 3 GG. 230

cc) L'habilitation à transférer des droits de souveraineté à l'Union européenne ou d'autres institutions interétatiques permet le transfert de pouvoir politique à des organisations internationales. L'habilitation à exercer des compétences supranationales dérive cependant des Etats membres d'une telle organisation. Ainsi, ces derniers demeurent-ils toujours les maîtres des traités. La source de la puissance publique communautaire et de la constitution européenne – au sens pratique du terme – qui en est le fondement sont les peuples de l'Europe dans leurs Etats constitutionnels démocratiques. La « constitution de l'Europe », c'est-à-dire le droit des traités de droit international public ou droit primaire, demeure un ordre juridique dérivé. Elle fonde une autonomie supranationale qui déploie certes des effets très étendus pour la politique quotidienne, mais qui demeure néanmoins toujours limitée à certains domaines déterminés. Le terme d'autonomie ne peut être entendu ici – comme cela est habituel en droit de l'administration autonome – que comme une puissance publique indépendante, mais dérivée, c'est-à-dire accordée par d'autres sujets de droit. La souverai- 231

neté internationale et constitutionnelle en revanche revendique notamment pour ses bases constitutionnelles l'indépendance de toute volonté étrangère (cf. Carlo Schmid, Generalbericht in der Zweiten Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 8. September 1948, dans Bundestag allemand / Archives fédérales, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, t. 9, 1996, pages 20 et suivantes). Il n'est pas déterminant de savoir si une organisation internationale possède la personnalité juridique, c'est-à-dire de savoir si elle peut agir et s'engager en tant que sujet de droit international public. La question déterminante est celle de savoir comment est organisé le rapport juridique fondamental entre l'organisation internationale et les Etats membres ou les Etats contractants, lesquels ont créé cette organisation et l'ont dotée de la personnalité juridique.

Selon l'habilitation à participer à l'intégration donnée par l'article 23 alinéa 1 GG combiné au Préambule, à l'article 20, à l'article 79 alinéa 3 et à l'article 146 GG, il ne saurait y avoir, pour la puissance publique de l'Union, un sujet conférant de la légitimité qui pourrait de son propre chef et sans être dérivé d'une volonté extérieure se doter d'une constitution à un niveau pour ainsi dire supérieur. 232

d) 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 (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 187 s., 192, 199 > ; cf. également Recueil BVerfGE 58, 1 < 37 > ; 104, 151 < 210 >). Une autonomisation étendue du pouvoir politique de l'Union européenne par l'attribution de compétences de plus en plus nombreuses et une évolution permettant de surmonter les cas dans lesquels l'unanimité est encore requise ou les règles découlant de l'égalité entre les Etats et caractérisant jusqu'alors l'Union ne peuvent avoir lieu, du point de vue du droit constitutionnel allemand, qu'en vertu de la liberté d'action du peuple indépendant. De par la Constitution, de telles mesures d'intégration doivent être matériellement circonscrites par l'acte de transfert et en principe révocables. Pour cette raison – et nonobstant l'engagement illimité dans le temps prévu par le traité – 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 – (Tomuschat, Secession and Self-Determination, dans Kohen, Secession – International Law Perspectives, 2006, pages 23 et suivantes), mais juste d'un retrait d'un regroupement d'Etats, regroupement qui repose sur le principe d'un engagement autonome et révocable. 233

Pour cette raison, le principe d'attribution n'est pas seulement un principe du droit européen (article 5 alinéa 1 TCE ; article 5 alinéa 1 phrase 1 et alinéa 2 TUE Lisbonne ; cf. Kraußer, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 1991), mais – tout comme l'obligation de l'Union européenne de respecter l'identité constitutionnelle des Etats membres (ar- 234

ticle 6 alinéa 3 TUE ; article 4 alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne) – il reprend des principes constitutionnels des Etats membres. En ce sens, le principe d’attribution, principe de droit européen, 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.

L’obligation de droit européen de respecter le pouvoir constituant des Etats membres en tant que maîtres des traités correspond à l’identité constitutionnelle non transférable et soustraite à l’intégration (article 79 alinéa 3 GG). Dans le cadre de sa compétence, il revient à la Cour constitutionnelle fédérale de vérifier, le cas échéant, si ces principes sont respectés. 235

e) Le programme d’intégration de l’Union européenne doit être suffisamment déterminé. 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 (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 212 >). Les organes constitutionnels allemands n’ont pas le droit de donner une habilitation en blanc à exercer des prérogatives de puissance publique, surtout si cette dernière doit produire des effets contraignants directs en droit interne (cf. Recueil BVerfGE 58, 1 < 37 > ; 89, 155 < 183 s. ; 187 >). Dans la mesure où les Etats membres organisent le droit conventionnel de manière telle que, tout en maintenant en vigueur le principe d’attribution, une modification de ce droit puisse être réalisée sans procédure de ratification par les organes de l’Union, seuls ou de manière décisive, – bien que l’unanimité reste requise – une responsabilité particulière pèse, outre sur le gouvernement fédéral, sur les organes législatifs dans le cadre de la participation. En Allemagne, cette responsabilité doit satisfaire aux exigences requises par l’article 23 alinéa 1 GG (responsabilité d’intégration) et le cas échéant, elle peut être engagée dans le cadre d’un recours devant la Cour constitutionnelle. 236

aa) Toute adhésion à un système de préservation de la paix ou à une organisation inter- ou supranationale comporte la possibilité que les institutions ainsi créées, y compris et surtout lorsque leurs organes agissent conformément aux missions qui leur sont assignées, se développent de manière autonome et fassent preuve d’une tendance à renforcer elles-mêmes leurs pouvoirs politiques. Pour cette raison, une loi qui autorise l’intégration – telle la loi d’approbation du traité – ne peut, malgré le principe d’attribution, que tracer le cadre général d’un programme, dans les limites duquel a lieu une évolution politique qui ne peut être prévue dans chaque détail. Celui qui compte sur l’intégration doit être conscient qu’une formation de la volonté propre des organes de l’Union est possible. Il faut donc accepter une tendance à vouloir préserver ce qui a déjà été acquis (acquis communautaire) et à interpréter utilement les compétences attribuées dans le sens de la doctrine américaine des « implied powers » (cf. également l’avis de la Cour internationale de justice, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949, Recueil 1949, p. 174 < 182 ss. >). Il faut également accepter la règle de l’effet utile en droit des conventions internationales (pour le sens raisonnable de cette règle, 237

cf. Gill, *The League of Nations from 1929 to 1946*, 1996 ; Rouyer-Hameray, *Les compétences implicites des organisations internationales*, 1962, pages 90 et suivantes ; spécifiquement sur le droit européen, cf. Pescatore, *Monisme, dualisme et « effet utile »* dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne, dans *Mélanges en l'honneur de Rodríguez Iglesias*, 2003, pages 329 et suivantes ; au sujet de l'évolution correspondante de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, cf. Höreth, *Die Selbstautorisierung des Agenten, Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum US Supreme Court*, 2008, pages 320 et suivantes). Ceci fait partie de la mission d'intégration voulue par la Loi fondamentale.

bb) En vertu de la Constitution, la confiance apportée à la force constructive du mécanisme d'intégration ne saurait cependant être illimitée. Lorsque dans le cadre du processus d'intégration européenne, le droit primaire est modifié ou interprété de manière extensive par des organes, il en résulte une situation, importante au regard du droit constitutionnel, de tension avec le principe d'attribution et avec la responsabilité d'intégration de chaque Etat membre. Lorsque des compétences législatives ou administratives sont transférées de manière indéterminée ou pour évoluer de façon dynamique ou lorsque les organes peuvent établir de nouvelles compétences, compléter des compétences de manière extensive ou étendre le champ matériel de compétences, ces organes s'exposent au risque de transgresser le programme d'intégration prédéterminé et d'agir en dehors de l'habilitation qui leur a été donnée. Ils s'engagent alors sur un chemin au bout duquel se trouve le pouvoir de disposition sur leurs fondements conventionnels, autrement dit, la compétence de la compétence. Il y a un risque de transgression du principe d'attribution, principe constitutif de l'Union, et de la responsabilité d'intégration qui revient aux Etats membres, si les organes de l'Union européenne peuvent décider sans restriction et sans contrôle extérieur – même très retenu et entendu comme exceptionnel – de la manière dont le droit des traités doit être interprété.

238

Par conséquent, la Constitution exige soit de ne pas adopter des dispositions conventionnelles dynamiques en blanc, soit, lorsque de telles dispositions sont encore susceptibles d'être interprétées d'une manière préservant la responsabilité nationale d'intégration, de prévoir en droit interne des mécanismes adéquats de sauvegarde permettant un exercice effectif de cette responsabilité. La loi d'approbation du traité 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 de 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. En ce qui concerne les cas à la limite de ce que la Constitution permet encore, il appartient au législateur allemand, le cas échéant dans les lois qui accompagnent son approbation du traité, de prévoir des mesures effectives permettant à la responsabilité d'intégration des organes législatifs de s'exercer de manière adéquate.

239

Devant les juridictions allemandes, il doit en outre être possible d'invoquer la responsabilité d'intégration tant lorsque se présente un cas de dépassement manifeste des limites lors de l'exercice de compétences par l'Union européenne – ceci a été souligné également par les mandataires du Bundestag allemand et du gouvernement fédéral à l'occasion de l'audience publique –, que pour préserver le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale dans le cadre d'un contrôle juridictionnel portant sur la sauvegarde de cette identité constitutionnelle (cf. Recueil BVerfGE 75, 223 < 235, 242 > ; 89, 155 < 188 > ; 113, 273 < 296 >). A cette fin, la Cour constitutionnelle fédérale a déjà ouvert la voie d'un contrôle ultra vires qui s'applique en cas de violation des limites lors de l'exercice de compétences par les organes communautaires ou de l'Union. Lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir de protection juridique au niveau de l'Union, la Cour constitutionnelle fédérale vérifie que, dans le respect du principe de subsidiarité, principe du droit communautaire comme du droit de l'Union (art. 5 alinéa 2 TCE ; art. 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 3 TUE Lisbonne), 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 (cf. Recueil BVerfGE 58, 1 < 30 s. > ; 75, 223 < 235, 242 > ; 89, 155 < 188 > ; cf. ces deux dernières décisions pour la notion « d'acte juridique outrepassant les compétences attribuées »). En outre, la Cour constitutionnelle vérifie que le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale selon l'article 23 alinéa 1 phrase 3 GG combiné à l'article 79 alinéa 3 GG n'est pas atteint (cf. Recueil BVerfGE 113, 273 < 296 >). L'exercice de cette compétence de contrôle tirée de la Loi fondamentale respecte le principe de l'ouverture de la Loi fondamentale à l'égard du droit européen et pour cette raison, elle n'est pas contraire au principe de coopération loyale (art. 4 alinéa 3 TUE Lisbonne). Dans le cadre de l'avancement d'une intégration de plus en plus approfondie, il serait impossible d'assurer autrement le respect des structures fondamentales politiques et constitutionnelles des Etats membres souverains, respect garanti par l'article 4 alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne. Ainsi, les garanties de l'identité constitutionnelle dans l'espace juridique européen par la Constitution d'une part, et par le droit de l'Union d'autre part, se rejoignent-elles. Le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle permet de vérifier si les principes des articles 1 et 20 GG, déclarés intangibles par l'article 79 alinéa 3 GG, ont été violés par une action des organes européens. Ceci permet d'assurer que la primauté d'application du droit de l'Union ne s'applique qu'en vertu et dans les limites de l'habilitation constitutionnelle persistante.

Tant le contrôle ultra vires que le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle peuvent conduire à ce qu'une disposition de droit communautaire ou, à l'avenir, de droit de l'Union soit déclarée inapplicable en Allemagne. Afin de préserver le bon fonctionnement de l'ordre juridique communautaire, l'application du droit constitutionnel de manière ouverte au droit européen et tenant compte de la finalité juridique de l'article 100 alinéa 1 GG exige que tant la constatation qu'un acte juridique est un acte ultra vires que la constatation d'une atteinte à l'identité constitutionnelle ne puissent être prononcées que par la Cour constitutionnelle fédérale. Il n'est pas né-

cessaire de déterminer ici dans quels types de procédure la Cour constitutionnelle fédérale peut être saisie de tels contrôles dans un cas particulier. Ces contrôles peuvent être envisagés par la voie de procédures existantes tels les contrôles abstraits (article 93 alinéa 1 no 2 GG) ou concrets (article 100 alinéa 1 GG) des normes, la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération (article 93 alinéa 1 no 1 GG), la procédure de règlement des litiges entre la Fédération et les Länder (article 93 alinéa 1 no 3 GG) ou encore le recours constitutionnel (article 93 alinéa 1 no 4a GG). Toutefois, il est également possible d'envisager 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, afin de garantir l'obligation des organes allemands de ne pas appliquer en Allemagne dans un cas particulier des actes du droit de l'Union, lorsque ces derniers outrepassent les compétences de l'Union ou violent l'identité constitutionnelle allemande.

Si le droit des traités fixe les compétences de l'Union européenne d'une manière qui peut en principe recueillir l'approbation, mais que ces compétences peuvent évoluer au-delà des possibilités ouvertes par une interprétation suivant le principe de l'effet utile ou par un complément implicite des compétences transférées, si, en d'autres termes, le contenu d'une compétence n'est défini concrètement que par un acte juridique spécifique au niveau de l'Union et que des procédures de décision à ce niveau peuvent être modifiées de manière autonome, l'Allemagne n'a le droit d'y participer que s'il est garanti au niveau du droit interne que les exigences constitutionnelles seront respectées. Par la ratification de traités de droit international public qui règlent les relations politiques de la Fédération (article 59 alinéa 2 GG), la participation des organes législatifs aux relations extérieures est garantie de façon générale (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 194 >) et l'ordre d'appliquer en droit interne le droit conventionnel négocié par l'exécutif est donné (cf. Recueil BVerfGE 99, 145 < 158 > ; Recueil BVerwGE [décisions de la Cour fédérale administrative] 110, 363 < 366 >).

242

L'intégration européenne fait partie du domaine spécial réservé à la loi conformément à l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG, selon lequel des droits de souveraineté ne peuvent être transférés que par une loi approuvée par le Bundesrat. Afin de préserver la responsabilité d'intégration et de protéger la structure constitutionnelle, ce domaine réservé de la loi doit être interprété dans un sens qui permet d'y inclure toute modification des textes qui constituent le fondement du droit primaire européen. Ainsi, les organes législatifs de la Fédération exercent-ils leur responsabilité politique comparable à celle exercée dans le cadre de la procédure de ratification et ce, également à l'occasion de procédures de révision simplifiées des traités, de complément des traités, de modifications, déjà prévues, mais nécessitant encore une concrétisation par d'autres actes juridiques, de compétences, ainsi qu'à l'occasion de la modification de dispositions touchant aux procédures de prise de décision. La protection juridique apportée est ainsi comparable à celle apportée par la ratification.

243

3. L'organisation de l'Union européenne doit répondre à des principes démocratiques (article 23 alinéa 1 et article 20 alinéas 1 et 2 combinés à l'article 79 alinéa 3 GG), tant en ce qui concerne les modalités et l'étendue du transfert de droits de souveraineté que dans l'aménagement sur les plans de l'organisation et de la procédure de la puissance publique de l'Union agissant de manière autonome. L'intégration européenne ne saurait conduire à vider de sa substance le système de pouvoir démocratique en Allemagne (a) et la puissance publique supranationale en tant que telle ne saurait méconnaître les exigences démocratiques fondamentales (b).

a) Une responsabilité durable d'intégration revient aux organes constitutionnels allemands. Cette responsabilité vise à ce que soit pris soin, lors du transfert de droits de souveraineté comme de l'aménagement des procédures européennes de décision, que, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble, tant le système politique de la République fédérale d'Allemagne que celui de l'Union européenne correspondent aux principes démocratiques au sens de l'article 20 alinéas 1 et 2 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG.

L'élection par le peuple des députés au Bundestag allemand ne peut remplir son rôle déterminant dans le système dans lequel s'entrelacent les pouvoirs fédéral et supranational que si 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. Ceci 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 (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 207 >).

aa) La fédéralisation à l'intérieur et la supranationalisation à l'extérieur peuvent offrir de nouvelles possibilités de participation citoyenne. De celles-ci découlent une cohésion renforcée d'unités plus petites ou plus grandes et des chances accrues d'une conciliation d'intérêts divergents entre régions ou entre Etats. Les interdépendances fédérales ou supranationales créent des possibilités d'action qui, autrement, se heurteraient à des limites pratiques ou territoriales et elles facilitent la conciliation pacifique d'intérêts divergents. En même temps, elles rendent toutefois plus difficile la formation d'une volonté majoritaire capable de s'imposer et qui émane directement du peuple (article 20 alinéa 2 phrase 1 GG). 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. Pour cette raison, le principe de démocratie impose des limites matérielles au transfert de droits de souveraineté qui ne découlent pas déjà de l'indisponibilité du pouvoir constituant et de la souveraineté de l'Etat.

bb) La préservation de la souveraineté dans son acception ouverte à l'intégration et au droit international public voulue par la Loi fondamentale, préservation exigée par le principe de démocratie dans le cadre du système constitutionnel en vigueur, ne

signifie pas en elle-même qu'un nombre déterminable à l'avance ou que certains types de droits de souveraineté doivent demeurer auprès de l'Etat. A côté de la création d'une union économique et monétaire, le concours de l'Allemagne, autorisé par l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG, au développement de l'Union européenne englobe aussi une union politique. Le terme d'union politique signifie l'exercice en commun de puissance publique, y compris du pouvoir législatif et jusque dans les domaines centraux classiques des compétences de l'Etat. Ceci est prévu par l'idée de paix et d'unification de l'Europe notamment là où il s'agit de coordonner des situations de vie transfrontalières et d'assurer un espace commun économique et juridique dans lequel les citoyens de l'Union peuvent s'épanouir librement (article 3 alinéa 2 TUE Lisbonne).

cc) L'unification de l'Europe sur la base d'une union conventionnelle d'Etats souverains régie par des traités ne saurait cependant être réalisée de manière telle qu'il ne resterait plus dans les Etats membres de marge d'action politique suffisante à l'égard de la vie économique, culturelle et sociale. Ceci vaut notamment pour les matières qui marquent les conditions de vie des citoyens, notamment leur espace privé – protégé par les droits fondamentaux – de sécurité personnelle et sociale et dans lequel ils mènent leur vie sous leur propre responsabilité. Ceci vaut également pour les décisions politiques dont la prise nécessite de manière particulière la compréhension préalable d'aspects culturels, historiques ou linguistiques particuliers et qui dans un espace marqué par le régime parlementaire et par les partis politiques se développent de manière discursive face au public politique. Font entre autres partie des domaines essentiels d'action démocratique le régime de la nationalité, le monopole de la force civile et de la force militaire, les recettes et les dépenses, y compris le recours à l'emprunt, ainsi que les restrictions les plus importantes dans le cadre de la réalisation des droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne les restrictions les plus intenses comme la privation de la liberté prononcée par la justice pénale ou dans le cadre d'un internement. Font également partie de ces domaines matériels d'importance des questions culturelles comme l'utilisation de la langue, la réglementation relative à la famille et à l'éducation, le régime de la liberté d'opinion, de la liberté de la presse et de la liberté de réunion, ou encore l'approche relative aux convictions religieuses ou philosophiques.

249

dd) Démocratie ne signifie pas seulement que des principes d'organisation formels sont respectés (cf. BVerfGE 89, 155 < 185 >) et que des groupes d'intérêts sont intégrés de manière corporative. 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. C'est cette opinion publique qui rend visibles les choix en présence lors des élections et des votations et c'est elle qui rappelle constamment ces derniers, y compris pour des décisions particulières sur le fond d'un sujet, afin que, par l'intermédiaire des partis ouverts à tous les citoyens et dans l'espace public d'information, la formation de la volonté politique du peuple de-

250

meure constamment présente et effective. En ce sens, l'article 38 et l'article 20 alinéas 1 et 2 GG protègent également le rapport entre une décision politique sur le fond d'un sujet et la volonté de la majorité telle qu'elle s'est manifestée lors des élections et dont découle le dualisme gouvernement – opposition dans le cadre d'un système caractérisé par l'existence de nombreux partis concurrents et par une opinion publique qui observe et contrôle.

Bien que, en raison des grands succès de l'intégration européenne, une opinion publique européenne commune et dont les éléments interagissent sur certains sujets particuliers dans leurs Etats respectifs se développe visiblement (à ce sujet, cf. déjà Recueil BVerfGE 89, 155 < 185 > ; Trenz, Europa in den Medien, Die europäische Integration im Spiegel nationaler Öffentlichkeit, 2005), il faut constater que la perception publique de certains sujets et des dirigeants politiques reste considérablement liée à des modèles d'identification nationaux, linguistiques, historiques et culturels. Pour cette raison, tant le principe de démocratie que le principe de subsidiarité, également exigé structurellement par l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG, exigent que le transfert et l'exercice de droits de souveraineté au niveau de l'Union européenne soient matériellement limités de façon prévisible, en particulier dans des domaines politiques centraux de l'espace d'épanouissement personnel et d'organisation sociale des conditions de vie. Dans ces domaines, il est particulièrement opportun de tracer la limite là où la coordination de situations transfrontalières est objectivement nécessaire.

251

Les domaines particulièrement sensibles pour la capacité d'autodétermination démocratique d'un Etat constitutionnel sont depuis toujours les décisions relatives au droit pénal matériel et formel (1), la disposition du monopole de la force – force de police à l'intérieur, force armée vers l'extérieur – (2), les décisions fondamentales fiscales relatives aux recettes et aux dépenses publiques – notamment celles motivées par des considérations de politique sociale – (3), la réglementation des conditions de vie par l'Etat social (4), ainsi que les décisions particulièrement importantes du point de vue culturel, par exemple relatives au droit de la famille, au système scolaire et de l'éducation nationale, ou encore au traitement de communautés religieuses (5).

252

(1) La justice pénale dépend, tant en ce qui concerne les conditions pour qu'un comportement soit punissable qu'en ce qui concerne les conceptions de ce qu'est une procédure pénale équitable et adéquate, d'une part, de préconceptions culturelles qui se sont développées au fil de l'histoire et sont aussi marquées par la langue, et d'autre part, des options qui se dégagent au cours du processus de délibération et qui agitent l'opinion publique (à ce sujet, cf. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur ?, dans la revue ZStW 1993, p. 774 < 785 >). Les points communs, mais aussi les différences sur ces questions entre les nations européennes sont illustrés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme se rapportant aux garanties dans le cadre de la procédure pénale (cf. les contributions de Bank < chapitre 11 >, Grabenwarter / Pabel < chapitre 14 > et Kadelbach < chapitre 15 > dans Grote / Marauhn EMRK /

253

GG, 2006 ; Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren : MRK und IPBPR, 2005). La qualification d'un comportement social comme répréhensible ne peut cependant être déduite normativement que de manière limitée de valeurs et de prémisses morales communes à toute l'Europe. La décision de prévoir une peine pour un comportement répréhensible, ainsi que les décisions relatives au rang de certains droits et au sens et montant de la sanction prévue sont plutôt laissées de manière particulière au processus de décision démocratique (cf. Recueil BVerfGE 120, 224 < 241 s. >). Dans ce domaine sensible pour les droits fondamentaux, un transfert de droits de souveraineté dépassant la coopération intergouvernementale ne peut conduire à une harmonisation qu'en ce qui concerne certaines situations transfrontalières et sous des conditions restrictives ; il faut également que des marges d'action substantielles subsistent au profit des Etats membres (cf. Recueil BVerfGE 113, 273 < 298 s. >).

(2) La Loi fondamentale trace une limite similaire en ce qui concerne les décisions sur l'engagement de la Bundeswehr. Une opération des forces armées à l'extérieur n'est, en dehors du cas de défense du territoire national, autorisée que dans le cadre de systèmes collectifs de sécurité mutuelle (article 24 alinéa 2 GG) et l'engagement concret des forces armées dépend de l'accord du Bundestag (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 381 s. > ; 100, 266 < 269 > ; 104, 151 < 208 > ; 108, 34 < 43 > ; 121, 135 < 153 s. > ; jurisprudence constante). La Bundeswehr est une « armée du Parlement » (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 382 >) et il appartient à l'organe représentant le peuple d'en décider de l'emploi (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 383 ss. >). L'engagement des forces armées a une influence importante sur les droits individuels des soldats et d'autres personnes concernées par des mesures militaires et comporte le danger d'engendrer des complications profondes.

254

Même en supposant que l'Union européenne soit développée vers un système régional de préservation de la paix et de sécurité mutuelle collective au sens de l'article 24 alinéa 2 GG, une supranationalisation accompagnée d'une primauté d'application du droit supranational en ce qui concerne l'engagement concret de forces armées allemandes ne serait pas permise dans ce domaine et ce, en raison de l'exigence de paix et de démocratie, exigence qui, à cet égard, prime sur l'habilitation donnée par l'article 23 alinéa 1 GG à participer à l'intégration européenne. Le droit d'approbation préalable du Bundestag, condition indispensable pour une opération de la Bundeswehr à l'extérieur, est soustrait à l'intégration. Toutefois, cela ne signifie pas que la Constitution trace une limite infranchissable à une intégration technique, par l'intermédiaire d'états-majors communs, d'une intervention armée européenne, ni qu'elle trace une telle limite à la formation de dispositifs communs de forces armées ou à une concertation et une coordination de l'acquisition commune européenne d'armements. Seule la décision sur l'engagement concret des forces armées dépend dans chaque cas de la condition indispensable d'une approbation par le Bundestag.

255

(3) Si la fixation de la nature et du montant des impositions touchant les citoyens était transférée de manière considérable au niveau supranational, il y aurait un transfert des droits du Bundestag en matière budgétaire, transfert qui violerait dans leur

256

substance le principe de démocratie et le droit de vote aux élections du Bundestag allemand. Il revient au Bundestag allemand de décider du montant des charges imposées aux citoyens et d'en assumer la responsabilité devant le peuple. La même chose vaut en ce qui concerne les dépenses essentielles de l'Etat. Dans ce domaine, c'est justement la responsabilité en matière de politique sociale qui s'exerce dans le cadre d'un processus démocratique de décision que les citoyens veulent influencer par l'intermédiaire d'élections libres et égales. La prérogative budgétaire est le lieu où sont prises les décisions politiques de principe sur le rapport entre charges économiques et avantages octroyés par l'Etat. Pour cette raison, le débat parlementaire sur le budget – y compris l'étendue de l'endettement – est considéré comme un débat de politique générale. La capacité d'action du Bundestag en tant que législateur en matière budgétaire n'est pas menacée par chaque engagement européen ou international ayant des incidences budgétaires. L'adaptation à des exigences et des engagements dont le législateur budgétaire doit, dans ses projets, tenir compte en tant qu'éléments soustraits à son influence directe fait partie de l'ouverture, poursuivie par la Loi fondamentale, de l'ordre juridique et social à l'intégration européenne. Il est cependant déterminant que la responsabilité d'ensemble demeure auprès du Bundestag allemand et que ce dernier dispose encore de marges de décision politiques suffisantes en ce qui concerne les recettes et les dépenses.

(4) Le principe de l'Etat social fonde l'obligation de l'Etat d'assurer un ordre social juste (cf. Recueil BVerfGE 59, 231 < 263 > ; 100, 271 < 284 >). Cette obligation doit être satisfaite par l'Etat sur la base d'une marge de manœuvre étendue, ce qui a pour conséquence que jusqu'à présent, une obligation constitutionnelle concrète d'agir n'a été déduite de ce principe que dans quelques cas rares. Il revient juste à l'Etat de garantir les conditions minimales nécessaires à une existence de ses citoyens conforme à la dignité humaine (cf. Recueil BVerfGE 82, 60 < 80 > ; 110, 412 < 445 >). Le principe de l'Etat social impose une mission à l'Etat, mais il reste muet sur la question des moyens pour la réaliser concrètement.

257

Les exigences constitutionnelles à l'égard d'une intégration en matière sociale ou d'une « union sociale » sont clairement réduites. Certes, la participation de l'Allemagne au processus d'intégration dépend, selon l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG, de l'obligation de l'Union européenne de respecter entre autres des principes sociaux. Ainsi, la Loi fondamentale ne défend-elle pas uniquement les fonctions sociales de l'Etat allemand contre un empiètement par des institutions supranationales, mais elle veut également lier la puissance publique européenne à la responsabilité sociale, lorsqu'elle exerce les fonctions qui lui ont été transférées (cf. Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, pages 531 et suivantes). Cependant, le principe, selon lequel le principe de l'Etat social suppose nécessairement une concrétisation politique et juridique pour pouvoir déployer ses effets, s'applique aussi à l'égard des organes de l'Union européenne.

258

Ainsi, les décisions essentielles en matière de politique sociale doivent-elles être prises par les organes législatifs allemands sous leur propre responsabilité. En parti-

259

culier la tâche d'assurer le minimum vital de l'individu, une mission de l'Etat qui trouve son fondement non seulement dans le principe de l'Etat social, mais également dans l'article 1 alinéa 1 GG, doit en premier lieu demeurer une mission des Etats membres, bien qu'une coordination pouvant aboutir à une harmonisation progressive ne soit pas exclue. Ceci correspond aux possibilités réduites, en droit comme en fait, de l'Union européenne pour aménager les structures de l'Etat social.

(5) En dernier lieu, l'autodétermination démocratique dépend de manière notable de la possibilité de se réaliser dans son propre espace culturel, lorsqu'il s'agit d'adopter des décisions comme celles prises en ce qui concerne le système scolaire et celui de l'éducation nationale, en matière du droit de la famille, dans le domaine de la langue, dans certains domaines du régime des médias, ou encore en ce qui concerne le statut des églises, des communautés religieuses et des communautés philosophiques. Les actions que l'Union européenne peut déjà exercer dans ces domaines concernent la société à un niveau qui relève de la responsabilité primaire des Etats membres et de leurs subdivisions. La fixation du programme des cours et du contenu de l'enseignement, ainsi que par exemple la détermination de l'organisation d'un système scolaire structuré sont des décisions politiques fondamentales qui présentent un lien fort avec les racines culturelles et les valeurs de chaque Etat. La réglementation de l'école et de l'éducation touche, de la même manière que le régime des rapports familiaux et les décisions relatives aux questions de la langue et de l'intégration de la transcendance dans la vie publique, de manière particulière à des convictions et des valeurs développées, qui sont ancrées dans des traditions et des expériences historiques propres à chaque Etat. Ici, l'autodétermination démocratique exige que la communauté politique concernée, unie par de telles traditions et valeurs, demeure le sujet source de légitimité démocratique.

260

b) La clause de préservation des structures fondamentales qui figure à l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG, limite l'objectif, cité parmi les objectifs de l'Etat, de participer à une Union européenne dont les structures fondamentales sont conformes aux principes centraux qui, en vertu de l'article 79 alinéa 3 GG, ne peuvent être modifiés, y compris par le législateur constitutionnel. L'organisation de l'Union européenne doit être conforme aux principes démocratiques en ce qui concerne les droits de souveraineté transférés, les organes de l'Union et les procédures de décision (article 23 alinéa 1 phrase 1 GG). Les exigences concrètes à l'encontre des principes démocratiques dépendent de l'étendue des droits de souveraineté transférés et du degré d'acquisition d'autonomie par les procédures européennes de décision.

261

aa) Les exigences constitutionnelles du principe de démocratie à l'égard de la structure organisationnelle et des procédures de décision de l'Union européenne dépendent de la question de savoir dans quelle mesure des fonctions de puissance publique sont transférées à l'Union et quel est le degré d'autonomie politique lors de l'exercice des droits de souveraineté transférés. Un approfondissement de l'intégration peut être contraire à la Constitution, si le niveau de légitimité démocratique ne va pas de pair avec l'étendue et l'importance du pouvoir politique supranational. Tant

262

que et dans la mesure où demeure respecté le principe d'attribution dans un regroupement d'Etats souverains revêtant des caractéristiques prononcées de coopération exécutive et gouvernementale, 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 direct (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 184 >).

Si en revanche le seuil vers un Etat 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 Etat. Un tel niveau de légitimité ne pourrait alors plus être imposé par les ordres constitutionnels nationaux. 263

Il y aurait un déficit démocratique structurel intolérable au regard de l'article 23 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG, si l'étendue des compétences, le pouvoir d'action politique et le degré de formation autonome de la volonté des organes de l'Union atteignaient un niveau correspondant à celui du niveau de la fédération dans un Etat fédéral (niveau analogue à celui d'un Etat), par exemple parce que les compétences législatives essentielles à l'autodétermination démocratique seraient exercées en plus grande partie à l'échelon de l'Union. 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. 264

bb) Pour la préservation des principes démocratiques, il peut être nécessaire de souligner avec force le principe d'attribution dans les traités et dans l'application et l'interprétation de ces derniers, afin de maintenir l'équilibre des forces politiques en Europe entre les Etats membres et le niveau de l'Union, équilibre qui est la condition pour la répartition des droits de souveraineté dans le cadre du regroupement d'Etats. 265

En ce qui concerne le respect des principes démocratiques par l'Union européenne, l'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG n'exige cependant pas qu'il y ait une « équivalence structurelle » (au sujet de ce terme, cf. Kruse, Strukturelle Kongruenz und Homogenität, dans Mensch und Staat in Recht und Geschichte, Mélanges en l'honneur de Herbert Kraus, 1954, p. 112 < 123 >), voire une identité entre l'ordre institutionnel de l'Union européenne et l'ordre juridique que le principe de démocratie selon la Loi fondamentale impose pour le niveau du droit interne. Ce qui est cependant exigé est une organisation démocratique adéquate eu égard au statut et à la fonction de l'Union européenne (cf. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, p. 153 ; Pernice, dans Dreier, GG, t. II, 2e édition, 2006, Art. 23, no 48 ; Rojahn, dans von Münch / Kunig, GG, t. 2, 5e édition, 2001, Art. 23, no 21 ; Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, p. 321 où figure le terme de « compa- 266

tibilité structurelle »). Il résulte du sens et du but de la clause de préservation des structures fondamentales qu'au niveau européen, le principe de démocratie ne doit pas nécessairement être réalisé de la même manière que celle qui était encore exigée dans les années 1950 et 1960 à l'égard d'institutions internationales au sens de l'article 24 alinéa 1 GG (cf. par exemple Kruse, op. cit., p. 112 < 123 > ; Friauf, Zur Problematik rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturelemente in zwischensstaatlichen Gemeinschaften, dans la revue DVBI 1964, p. 781 < 786 >).

Le principe de démocratie est en principe ouvert aux exigences découlant d'une organisation supranationale et ce, non pas pour adapter son contenu normatif à la situation de fait de chaque organisation de pouvoir politique concernée, mais pour conserver une vigueur constante dans des situations changeantes (cf. Recueil BVerfGE 107, 59 < 91 >). L'article 23 alinéa 1 phrase 1 GG se base ainsi sur la prémisses que les principes démocratiques ne peuvent être réalisés dans l'Union européenne de la même manière qu'ils le sont dans la Loi fondamentale (cf. impression du Bundestag 12/3338, p. 6).

267

cc) Dans les Etats territoriaux modernes, l'autodétermination d'un peuple se réalise essentiellement par l'élection des organes d'une entité de pouvoir qui exercent la puissance publique. Les organes doivent être constitués par une décision majoritaire des citoyens, lesquels peuvent, à intervalles réguliers, influencer l'orientation politique de base, tant sur le plan personnel que matériel. Une opinion publique libre et une opposition politique doivent être en mesure d'apporter leurs observations critiques aux grandes lignes du processus de décision et d'imputer ce dernier à ceux qui en sont responsables – en général, un gouvernement (cf. l'article 20 alinéa 2 phrase 2 GG ; Recueil BVerfGE 89, 155 < 185 > ; 97, 350 < 369 > ; pour des exemples de droit comparé, cf. Cruz Villalón, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Vergleich, dans von Bogdandy / Cruz Villalón / Huber, Handbuch, Ius Publicum Europaeum, t. I, 2007, § 13, nos 102 et suivants et les autres références qui y sont indiquées).

268

Les manifestations pratiques de la démocratie concrétisent de deux manières différentes ces exigences tout en respectant les principes de la liberté et de l'égalité du suffrage : soit seulement dans le cadre d'un système d'élection directe d'un organe parlementaire de représentation du peuple, organe duquel émane alors le gouvernement – tel est le cas par exemple de la Grande-Bretagne, de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Autriche et de l'Espagne –, soit dans le cadre d'un régime présidentiel où le chef de l'exécutif est lui aussi élu directement – comme cela est par exemple le cas aux Etats-Unis d'Amérique, en France, en Pologne et en Bulgarie. La volonté directe du peuple peut se manifester tant par l'élection de la représentation (parlementaire) du peuple ou d'un chef suprême de l'exécutif (président) que par la décision majoritaire rendue dans le cadre d'un référendum organisé au sujet d'une question matérielle particulière. Les régimes présidentiels comme les Etats-Unis d'Amérique ou la France sont des démocraties représentatives dualistes, tandis que la Grande-Bretagne ou l'Allemagne sont l'exemple d'un système parlementaire de représenta-

269

tion moniste. En Suisse en revanche, le monisme parlementaire est complété par de forts éléments plébiscitaires qui permettent de remplir en partie aussi le rôle d'une opposition parlementaire (cf. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 2e édition, 1959 avec un supplément en 1969, pages 67 et suivantes ; Sommermann, *Demokratiekonzepte im Vergleich*, dans Bauer / Huber / Sommermann, *Demokratie in Europa*, 2005, pages 191 et suivantes ; Mastroradi, *Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, 2007, pages 268 et suivante).

Dans une démocratie, le peuple doit pouvoir désigner le gouvernement et le pouvoir législatif au suffrage libre et égal. Ce noyau dur peut être complété par la possibilité de référendums sur des questions de fond, possibilité qui pourrait être ouverte aussi en Allemagne par une révision de la Loi fondamentale. En démocratie, la décision du peuple est au centre de la formation et de l'affirmation du pouvoir politique : Tout gouvernement démocratique connaît la crainte de perdre le pouvoir en cas de non-réélection. Dans son jugement relatif à l'interdiction du Parti communiste d'Allemagne rendu en 1956, la Cour constitutionnelle fédérale a décrit la démocratie comme étant la « lutte pour le pouvoir politique » selon une procédure déterminée et qui est menée pour l'obtention de la majorité. Il s'agit de déterminer la volonté de la majorité réelle du peuple, volonté qui se manifeste conformément à une procédure soigneusement fixée et qui est précédée par un débat libre. Que la majorité « puisse toujours changer », qu'il existe un système pluripartite et un droit « à une opposition politique organisée » a été considéré dans ce jugement comme étant d'ordre primordial pour l'organisation démocratique du pouvoir de l'Etat (cf. Recueil BVerfGE 5, 85 < 198 s. >).

270

De son côté, l'Union européenne reconnaît que cette idée centrale de démocratie fait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (cf. l'article 3 alinéa 1 du Protocole additionnel du 20 mars 1952 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, < 1er Protocole additionnel à la CEDH >, Journal officiel fédéral BGBl. 2002 II p. 1072 > ; CSCE, Document de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE, dans la revue EuGRZ 1990, pages 239 et suivantes, no 7), lorsqu'elle impose des exigences structurelles en ce sens aux Etats membres et qu'elle érige leur réalisation permanente réelle en condition pour pouvoir participer à l'intégration européenne (article 6 alinéa 1 TUE ; article 2 TUE Lisbonne ; cf. déjà les conclusions de la présidence du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993, Bulletin UE 6-1993, I. 13 ; Agenda 2000, COM (97) 2000 version finale, partie I, p. 52). Etant donné que et dans la mesure où l'Union européenne elle-même n'exerce qu'une puissance publique dérivée, il n'est pas nécessaire qu'elle satisfasse intégralement à ces conditions. Contrairement à l'organisation dans un Etat fédéral, le Conseil au niveau européen n'est pas une seconde chambre parlementaire, mais l'organe de représentation des maîtres des traités et par conséquent, il n'est pas composé selon une représentation proportionnelle, mais d'après le principe de l'égalité entre les Etats membres. Le Parlement européen en tant qu'organe de représen-

271

tation des peuples élu directement par les citoyens de l'Union constitue une source supplémentaire et autonome de légitimité démocratique (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 184 s. >). En tant qu'organe de représentation des peuples dans une communauté supranationale qui, en tant que telle, est caractérisée par une volonté limitée d'unité, la composition du Parlement européen ne peut et ne doit pas forcément satisfaire aux exigences qui, au niveau de l'Etat, découlent du droit de suffrage égal. Il n'est pas nécessaire non plus que la Commission, en tant qu'organe supranational spécifique, remplisse toutes les conditions d'un gouvernement pleinement responsable soit devant le Parlement soit devant la décision majoritaire des citoyens, parce qu'elle-même ne dépend pas manière comparable de la volonté des électeurs.

Tant que l'organisation européenne des compétences est régie par le principe d'attribution et exercée par des procédures de décision coopératives et qu'elle respecte la responsabilité d'intégration des Etats membres, et aussi longtemps que subsiste un équilibre entre les compétences de l'Union et celles des Etats membres, il ne sera ni possible ni nécessaire d'organiser la démocratie de l'Union européenne de manière analogue à celle dans un Etat. L'Union européenne est au contraire libre de rechercher des chemins particuliers de complément démocratique, par exemple par des formes supplémentaires et innovantes de procédures de décision politique transparentes ou participatives. La simple participation des citoyens et de leurs organisations au pouvoir politique – c'est-à-dire leur association directe aux débats des organes compétents pour adopter des décisions politiques contraignantes – ne peut certes remplacer le rapport de légitimité qui se rattache aux élections et votations. De tels éléments de démocratie participative peuvent cependant remplir une fonction accessoire dans la légitimation du pouvoir de la puissance publique européenne. Ceci inclut en particulier des formes de légitimation dans lesquelles l'engagement citoyen peut être apporté de manière plus directe, plus spécialisée et plus approfondie à l'égard des sujets concernés, par exemple lorsqu'est donnée la possibilité aux citoyens de l'Union et à leurs organisations sociales importantes (article 11 alinéa 2 TUE Lisbonne : « associations représentatives ») d'exprimer leurs points de vue de manière adéquate. De telles formes de participation décentralisée et marquée par la division du travail, participation susceptible d'accroître la légitimité, contribuent de leur côté à la mise en œuvre effective du rapport de légitimité primaire représentatif et démocratique.

272

II.

Le Traité de Lisbonne et la loi d'approbation satisfont – dans la mesure indiquée dans les motifs du présent jugement – aux exigences constitutionnelles qui viennent d'être dégagées (1.). La loi de modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) ne soulève pas non plus d'objections du point de vue du droit constitutionnel (2.). La loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne ne remplit pas les exigences découlant de l'article 38 alinéa 1 combiné à l'article 23 alinéa 1 GG et doit être remaniée de manière conforme à la Constitution préalablement à la ratification du traité (3.).

273

1. La loi d'approbation du Traité de Lisbonne est compatible avec les exigences de la Loi fondamentale, notamment le principe de démocratie. Le droit de vote garanti par l'article 38 alinéa 1 GG n'est pas violé. Par l'élection au suffrage libre et égal des députés du Bundestag allemand et par les élections similaires dans le cadre des Länder, le Peuple allemand prend toujours, au niveau fédéral comme à celui des Länder, des décisions sur des sujets politiques d'importance. Par l'élection du contingent de députés réservé aux Allemands au Parlement européen, une possibilité de participation supplémentaire est ouverte aux citoyens allemands dans le cadre du système institutionnel européen et, dans le cadre du système des compétences transférées selon le principe d'attribution, cette possibilité confère un niveau de légitimité suffisant. 274

Eu égard à l'étendue des compétences transférées et au degré atteint d'autonomisation des procédures de décision, le niveau de légitimité de l'Union européenne est encore conforme aux exigences constitutionnelles, pourvu que le principe d'attribution soit préservé sur le plan procédural dans une mesure plus étendue que celle prévue par les traités (a). Avec le Traité de Lisbonne, le pouvoir constituant soustrait à la disposition des organes constitutionnels n'est pas transféré et la souveraineté de l'Etat de la République fédérale d'Allemagne n'est pas abandonnée (b). Des fonctions et des compétences d'importance suffisante demeurent au Bundestag allemand (c). 275

a) En l'état actuel du processus d'intégration et même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'Union européenne ne revêt pas encore une organisation qui correspondrait au niveau de légitimité d'une démocratie organisée sous forme d'un Etat constitutionnel. 276

La participation de l'Allemagne à l'Union européenne ne constitue pas une transposition au niveau européen du modèle de l'Etat fédéral, mais un ajout au modèle fédéral constitutionnel d'une dimension supplémentaire, celle d'une coopération supranationale. Ce point de vue n'est pas seulement celui de la Loi fondamentale : Le Traité de Lisbonne a lui aussi rejeté le concept d'une constitution fédérale européenne au centre de laquelle trônerait un Parlement européen en tant qu'organe de représentation d'un nouveau peuple fédéral uni sous une même constitution. Une volonté de fonder un nouvel Etat ne peut être constatée. L'Union européenne ne correspond pas non plus au niveau fédéral dans un Etat fédéral, si on la jauge d'après les principes d'une élection au suffrage libre et égal et les exigences d'un pouvoir exercé par une majorité capable d'agir. Par conséquent, le Traité de Lisbonne ne change rien au fait que le Bundestag allemand en tant qu'organe de représentation du Peuple allemand se trouve au centre d'un système démocratique aux interdépendances multiples. 277

L'Union européenne est conforme aux principes démocratiques, parce qu'à la lumière d'un examen qualitatif de l'organisation de ses fonctions et de son pouvoir, elle ne revêt justement pas une structure analogue à celle d'un Etat. L'argument, avancé 278

par les requêtes et saisines et qui constitue l'élément central des griefs, selon lequel le Traité de Lisbonne procéderait à un remplacement du sujet conférant la légitimité démocratique, est erroné. Même en tant que regroupement doté d'une personnalité juridique propre, l'Union européenne demeure l'œuvre d'Etats démocratiques souverains. En l'état actuel du processus d'intégration, il n'est alors pas impératif d'organiser le système institutionnel européen sur un mode démocratique analogue à celui des Etats. Eu égard au maintien du principe d'attribution et suivant une interprétation conforme à la lettre, au sens et aux objectifs des compétences nouvellement attribuées à l'Union par le Traité de Lisbonne, la composition du Parlement européen ne doit pas nécessairement être conforme au principe d'égalité d'une manière telle qu'il faudrait renoncer, lors de la pondération des voix des citoyens de l'Union, à toute différenciation selon le chiffre de population des Etats membres.

aa) La règle démocratique fondamentale d'égalité du poids de chaque suffrage (« one man, one vote ») ne s'applique qu'au sein d'un peuple, mais non à l'égard d'un organe représentatif supranational qui, bien que la citoyenneté de l'Union soit désormais soulignée de manière particulière, demeure la représentation des peuples liés entre eux sur la base du traité. 279

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. De manière liée à ce premier manque, 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 se développer une compétition réelle et transparente pour les citoyens entre un gouvernement et une opposition. Le Parlement européen n'est pas, même après la nouvelle rédaction de l'article 14 alinéa 2 TUE Lisbonne et contrairement à la prétention que la teneur de l'article 10 alinéa 1 TUE Lisbonne pourrait induire, l'organe de représentation d'un peuple européen souverain. Cela se reflète dans le fait que le Parlement 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. 280

Une souveraineté populaire autonome au profit de l'ensemble des citoyens de l'Union ne résulte pas non plus de la manière dont le Traité de Lisbonne a aménagé les compétences de l'Union européenne. Lorsqu'une décision serrée entre les camps politiques est adoptée au Parlement européen, il n'y a pas de garantie que la majorité des votes exprimés représentent aussi une majorité des citoyens de l'Union. Pour cette raison, la formation d'un gouvernement autonome et doté des pouvoirs habituels pour un gouvernement national émanant du Parlement se heurterait à des objections de principe. Il se pourrait par exemple qu'une minorité numérique de ci- 281

toyens, sur la base du rapport de représentation, possède une majorité de députés et, par l'intermédiaire de celle-ci, gouverne contre la volonté politique de la majorité des citoyens de l'Union qui se retrouveraient dans l'opposition et dont le caractère majoritaire ne serait pas reflété dans l'hémicycle parlementaire. Certes, le principe du poids égal des voix des électeurs réalise une représentation la plus exacte qui soit de la volonté du peuple uniquement si un système de scrutin à la proportionnelle est appliqué rigoureusement. Cependant, il existe aussi dans les systèmes de scrutin majoritaire une garantie suffisante de l'égalité des suffrages en ce qui concerne leur poids et leur chance de succès. En revanche, cette garantie manque dès qu'un système comporte, dans une mesure non négligeable, un contingentement des sièges.

bb) Aux yeux d'un ordre juridique libéral et démocratique d'un Etat comme celui instauré par la Loi fondamentale, l'égalité de tous les citoyens lors de l'exercice de leur droit de vote est l'un des fondements essentiels de l'ordre juridique (cf. Recueil BVerfGE 6, 84 < 91 > ; 41, 399 < 413 > ; 51, 222 < 234 > ; 85, 148 < 157 s. > ; 99, 1 < 13 > ; 121, 266 < 295 s. >).

L'égalité de valeur des suffrages des citoyens n'est pas une spécificité de l'ordre juridique allemand. Elle fait partie des principes juridiques contraignants pour tous les Etats européens. L'article 3 du 1er Protocole additionnel à la CEDH consacre le droit dans chaque Etat partie à la Convention de participer aux élections législatives, c'est-à-dire d'une part, le droit de voter et d'autre part, le droit de se porter candidat à un mandat électoral. Certes, les Etats parties à la Convention disposent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne l'organisation concrète du droit de vote en tenant compte notamment de particularités nationales et de l'expérience historique. Mais la Cour européenne des droits de l'Homme déduit du fait que les élections doivent être la « libre expression de l'opinion du peuple » que le principe du traitement égal des citoyens lorsqu'ils exercent leur droit de vote fait essentiellement partie de la garantie de ce droit. La Cour européenne des droits de l'Homme inclut explicitement le poids égal de chaque suffrage dans cette égalité de traitement exigée, tandis qu'elle accepte des exceptions en ce qui concerne l'égalité des chances de succès du vote et l'égalité des chances de succès des candidats (Cour EDH, arrêt du 2 mars 1987, no 9267/81, Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique, point 54 ; arrêt du 7 février 2008, no 39424/02, Kovach c/ Ukraine, point 49 ; sur l'application de l'article 3 du Protocole additionnel à l'égard du Parlement européen en tant que « corps législatif », cf. Cour EDH, arrêt du 18 février 1999, no 24833/94, Matthews c/ Royaume-Uni, point 40, publié dans la revue NJW 1999, p. 3107 < 3109 >).

cc) A cet égard et 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. Le principe de proportionnalité dégressive que l'article 14 alinéa 2 sous-alinéa 1 phrase 3 TUE Lisbonne impose en ce qui concerne la composition du Parlement européen se situe à mi-chemin entre le principe de droit international public d'égalité entre les Etats d'une part, et le principe de l'égalité des suffrages dans le cadre d'un Etat d'autre part. Selon les dispositions du droit primaire

de l'Union qui concrétisent dans ses grandes lignes le principe de proportionnalité dégressive, le nombre maximal des députés est de 750 (plus le président du Parlement européen) ; aucun Etat membre ne se voit attribuer plus de 96 sièges ou moins de six sièges (article 14 alinéa 2 sous-alinéa 1 phrases 2 à 4 TUE Lisbonne). Ceci 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.

Le 11 octobre 2007, le Parlement européen a présenté un projet de décision anticipant sur l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (résolution du Parlement européen sur la composition du Parlement européen, J.O. 2008 No C 227 E/132, annexe 1). Ce projet de décision a recueilli l'approbation de la Conférence intergouvernementale (cf. la Déclaration no 5 concernant l'accord politique du Conseil européen sur le projet de décision relative à la composition du Parlement européen). Il ne pourra cependant être adopté par le Conseil européen qu'après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Selon le projet de décision, le principe de proportionnalité dégressive devra être appliqué de manière telle que la taille minimale et maximale des contingents nationaux de mandats soit pleinement utilisée, que le nombre de mandats figurant dans le contingent attribué à un Etat membre reflète autant que faire se peut le chiffre de sa population et que le nombre d'habitants représentés par un député soit plus grand dans les Etats avec un chiffre de population plus élevé (article 1 du projet de décision). La République fédérale d'Allemagne se voit attribuer 96 sièges (article 2 du projet de décision). Selon le projet de décision, un député élu en France représenterait environ 857 000 citoyens de l'Union, ce qui équivaut au chiffre de l'Allemagne où un député représenterait également environ 857 000 citoyens. En revanche, un député élu au Luxembourg ne représenterait qu'environ 83 000 citoyens luxembourgeois de l'Union, ce qui équivaut environ à un dixième du chiffre de l'Allemagne ou de la France. Dans le cas de Malte, il ne s'agirait même que d'un douzième, un député élu dans ce pays ne représentant qu'environ 67 000 citoyens de l'Union. Dans un Etat de taille moyenne comme la Suède, chaque député élu représenterait environ 455 000 citoyens de l'Union de son pays au Parlement européen (pour les chiffres à la base de ces calculs, cf. Eurostat, L'Europe en chiffres, Annuaire Eurostat 2008, 2008, p. 25).

285

Dans un Etat fédéral, de tels déséquilibres prononcés ne sont en principe tolérés qu'en ce qui concerne la composition de la seconde chambre à côté du Parlement – le Bundesrat en Allemagne et en Autriche, le Sénat en Australie, en Belgique et aux Etats-Unis d'Amérique. Ils ne sont cependant pas admis au sein de la représentation du peuple elle-même, sinon cet organe ne pourrait représenter le peuple d'une façon conforme au principe d'égalité et fondée sur le principe de la liberté individuelle. L'aménagement du droit de vote dans l'Union européenne n'entre cependant pas nécessairement en conflit avec l'article 10 alinéa 1 TUE Lisbonne, selon lequel le fonctionnement de l'Union européenne est fondé sur la démocratie représentative, car les démocraties des Etats membres, avec leurs rapports de forces et leurs orientations

286

politiques, sont représentées, à l'échelon des organes européens, au sein du Conseil et aussi du Parlement européen. Il ne s'agit donc que d'une représentation indirecte des rapports entre les forces politiques dans les Etats membres. Ceci est une raison déterminante pour laquelle il serait considéré comme insuffisant que, dans le sens d'une prise en compte plus grande du principe de l'égalité du suffrage, un petit Etat membre ne se voie attribuer par exemple qu'un seul député. Dans une telle hypothèse, l'illustration représentative au niveau européen des rapports nationaux entre majorité et opposition ne serait plus possible ; tel est l'argument avancé par les Etats concernés. Déjà en raison de cette considération, il est possible d'affirmer que ce n'est pas le peuple européen qui est représenté au sens de l'article 10 alinéa 1 TUE Lisbonne, mais les peuples européens, organisés dans leurs Etats respectifs, avec leurs rapports des forces politiques déterminés par l'intermédiaire d'élections démocratiques et égales et marqués par les partis politiques.

Cette considération permet en même temps d'expliquer la raison pour laquelle la représentation des citoyens au sein du Parlement européen est rattachée non pas à l'égalité des citoyens de l'Union (article 9 TUE Lisbonne), mais à la nationalité ; un critère qui, en tant que tel, constitue en principe un critère de distinction absolument prohibé dans l'Union européenne. Afin qu'un projet politique comme l'union économique puisse se réaliser, l'une des idées centrales du groupement d'intégration européen a été dès le départ l'interdiction ou la limitation de discriminations fondées sur la nationalité (articles 12 et 18 TCE ; articles 18 et 21 TFUE). Le concept du Marché commun repose sur la conviction que cela ne fait aucune différence de savoir de quel Etat membre proviennent une marchandise ou un service, quelle est l'origine d'un travailleur ou d'un entrepreneur, ou d'où provient un investissement. Mais c'est justement ce critère de la nationalité qui, selon l'article 14 alinéa 2 sous-alinéa 1 phrase 3 TUE Lisbonne, doit être déterminant lorsqu'il s'agit de répartir les possibilités d'influence politique entre les citoyens dans l'Union européenne. Ainsi, l'Union européenne se trouve-t-elle en contradiction par rapport à l'idée qu'elle se fait d'elle-même en tant qu'Union des citoyens et cette contradiction ne peut s'expliquer que par la qualité de l'Union européenne comme regroupement d'Etats souverains.

La démocratie dans l'Union européenne se rapproche certes de celle dans un Etat fédéral, mais si elle était examinée à la lumière du principe de la démocratie représentative, elle serait sérieusement sur-fédéralisée. Le principe de l'égalité des Etats conserve son lien avec des droits de décision en principe égaux pour chaque nation, lorsqu'il s'agit de la composition personnelle du Conseil européen, du Conseil, de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne. Même si le Parlement européen était élu selon des règles strictement conformes au principe d'égalité, cette structure constituerait un obstacle sérieux lorsqu'il s'agit de réaliser sur les plans personnel et matériel une volonté majoritaire parlementaire représentative. Par exemple, même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la composition de la Cour de justice de l'Union européenne restera gouvernée par le principe « un Etat, un juge », sous l'influence déterminante des Etats et sans considération du chiffre de popula-

287

288

tion de ces derniers. Le mode de fonctionnement de l'Union européenne demeure en outre caractérisé par l'influence des gouvernements lors des négociations et par la compétence administrative et organisationnelle de la Commission, bien que les droits de participation du Parlement européen aient, au total, été renforcés. L'influence du Parlement à l'intérieur de ce système a logiquement été développée par la reconnaissance d'un droit de veto dans des domaines législatifs centraux. Avec la procédure législative ordinaire prévue par le Traité de Lisbonne est transformé en règle générale ce qui, sous l'empire du droit actuellement en vigueur, caractérise déjà de nombreux domaines matériels : Dans le cadre de la procédure de codécision, une directive ou un règlement ne peuvent être adoptés contre la volonté du Parlement européen.

dd) 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 d'autres dispositions du Traité de Lisbonne. 289

(1) L'Union européenne essaie de compenser la sur-fédéralisation actuelle considérable, d'une part, en renforçant notamment les droits, tant des citoyens que des associations, poursuivant un objectif de participation et de transparence et d'autre part, en revalorisant les Parlements nationaux et les régions. Le Traité de Lisbonne renforce ces éléments de démocratie participative tournés vers la participation sur le plan des procédures. Outre des éléments complémentaires de démocratie participative, comme l'exigence de donner aux citoyens de l'Union et aux associations « représentatives » une possibilité adéquate d'exprimer leur point de vue, le Traité de Lisbonne prévoit également des éléments de démocratie associative et directe (article 11 TUE Lisbonne). Font partie de ces éléments le dialogue des organes de l'Union avec les associations « représentatives » et la société, ainsi que l'initiative citoyenne européenne. Cette dernière permet d'inviter la Commission de manière non contraignante à élaborer des propositions adéquates de réglementation sur certains sujets politiques. Une telle invitation doit réunir un quorum d'au moins un million de citoyens de l'Union issus « d'un nombre significatif d'Etats membres » (article 11 alinéa 4 TUE Lisbonne). L'initiative citoyenne européenne est limitée aux champs de compétence de la Commission et les modalités de sa mise en œuvre doivent être déterminées par le droit dérivé, au moyen d'un règlement (article 24 alinéa 1 TFUE). L'initiative citoyenne européenne est en même temps censée être une mesure destinée à favoriser l'émergence, souhaitée dans la Déclaration de Laeken, d'une opinion publique européenne. 290

(2) Pour justifier l'inégalité dans le cadre de l'élection du Parlement européen, d'aucuns – à l'instar du gouvernement fédéral (cf. impression du Bundestag 16/8300, p. 133 < 135 s. >) – renvoient à l'autre lien conférant de la légitimité à la puissance publique européenne, à savoir le concours du Conseil dans le cadre de la procédure d'adoption d'actes juridiques et la pondération des voix en cas de décisions adoptées à la majorité par ce dernier. Le système dit de la double majorité qualifiée vise à éviter qu'une majorité de la population ne soit mise en minorité au sein du Conseil. Pour 291

obtenir une majorité au Conseil, il faut alors réunir non seulement une majorité de 55 % des Etats membres, mais également une majorité de 65 % de la « population de l'Union » (article 16 alinéa 4 TUE Lisbonne). Le système actuel de pondération des voix qui attribue aux Etats membres un certain nombre de voix en fonction de leur taille deviendra caduc après une période transitoire.

Avec cette approche par le Traité de Lisbonne, l'Union européenne reprend certes le principe classique de droit international public de l'égalité des Etats – un Etat, une voix. Cependant, le nouveau mécanisme correcteur basé sur une majorité de la population introduit un nouveau sujet d'imputation, constitué par les peuples des Etats membres de l'Union. Toutefois, ce ne sont pas les citoyens de l'Union en tant que sujets du pouvoir politique auxquels il est fait référence par cette disposition, mais aux habitants des Etats membres en tant qu'expression de la force de représentation du représentant de l'Etat concerné au sein du Conseil. Derrière une décision du Conseil, il doit à l'avenir y avoir une majorité numérique des personnes vivant dans l'Union européenne. Avec ce mécanisme de pondération dépendant du chiffre de population, il y a certes un essai de contrebalancer la sur-fédéralisation, mais cela ne permet pas pour autant de satisfaire à l'exigence démocratique de l'égalité du suffrage. Dans le cadre du principe de l'égalité du suffrage comme dans le cadre du mécanisme de représentation parlementaire directe, y compris dans une démocratie dominée par les partis politiques, la légitimation démocratique du pouvoir politique se manifeste à travers l'opération de vote de l'individu et n'est pas mesurée en fonction du nombre de personnes concernées.

292

(3) La reconnaissance institutionnelle par le Traité de Lisbonne des Parlements des Etats membres ne permet pas de compenser le déficit affectant la chaîne directe de légitimation de la puissance publique européenne par l'élection des députés au Parlement européen. La position des Parlements nationaux est sérieusement réduite par la réduction du nombre de décisions qui requièrent l'unanimité, ainsi que par le transfert de la coopération policière et judiciaire en matière pénale dans le domaine du supranational. La compensation que le traité prévoit par un renforcement procédural du principe de subsidiarité transforme – ce point a été unanimement souligné lors de l'audience publique – des droits politiques d'autodétermination actuels en possibilités de prise d'influence procédurales et en droits de participation susceptibles d'être imposés juridiquement.

293

(4) Ni les droits de participation supplémentaires, enchevêtrés en raison des effets produits par les différents niveaux d'action et du nombre élevé de Parlements nationaux, ni les droits de pétition à effet associatif ou direct à l'égard de la Commission ne sont appropriés pour remplacer le gouvernement de la majorité fondé sur des élections. Dans le cadre des conditions d'un regroupement d'Etats limité dans ses fonctions, ils doivent et peuvent cependant augmenter au final le niveau de légitimité.

294

La simple participation des citoyens au pouvoir politique qui prendrait la place d'un gouvernement autonome du peuple par le peuple ne peut pas remplacer le rapport

295

de légitimité entre les élections et les votations d'une part, et le gouvernement s'appuyant sur celles-ci d'autre part : Le Traité de Lisbonne ne conduit pas à un nouveau stade d'évolution de la démocratie. Tant les éléments de démocratie participative, telle l'exigence de donner de manière appropriée aux citoyens de l'Union et aux associations « représentatives » la possibilité de présenter leurs points de vue, que les éléments de démocratie associative ou directe ne peuvent revêtir une fonction que complémentaire et non principale lorsqu'il s'agit de conférer de la légitimité à la puissance publique européenne. Des descriptions ou des revendications allant dans le sens d'une « Europe des citoyens » ou d'un « renforcement du Parlement européen » peuvent politiquement expliquer l'échelon européen et contribuer à augmenter l'acceptation de « l'Europe », de même qu'elles peuvent expliquer les institutions et processus européens. Lorsqu'elles sont cependant transformées en propositions normatives – comme le fait partiellement le Traité de Lisbonne – sans être accompagnées d'une organisation des institutions conforme au principe d'égalité, elles ne sont pas adéquates pour constituer elles-mêmes un modèle fondamentalement nouveau sur le plan du droit.

ee) Le développement de l'architecture institutionnelle par le Traité de Lisbonne ne comporte pas seulement un renforcement des droits de participation et n'améliore pas seulement la transparence du processus de décision, par exemple dans le cadre de l'activité législative du Conseil. Il comporte aussi des contradictions, parce qu'avec ce traité, les Etats membres suivent le schéma de construction d'un Etat fédéral sans être en mesure de créer le fondement conventionnel et démocratique pour cela en prévoyant d'une part, l'élection au suffrage égal d'une représentation populaire fondée uniquement sur la force de la légitimité conférée par un peuple de l'Union et d'autre part, la mise en place d'un gouvernement européen responsable devant le Parlement.

296

Déjà sur la base du droit actuellement en vigueur la Commission s'est glissée dans le rôle d'un gouvernement européen, fonction qu'elle partage avec le Conseil et le Conseil européen. Il n'est pas possible de discerner comment ce processus d'autonomisation politique pourrait être poussé encore plus loin sans rattachement à des élections par le peuple conformes au principe d'égalité, élections qui gagneraient leur efficacité du fait qu'elles incluent la possibilité d'un changement de majorité. Si, comme le souhaitent certaines propositions pour l'avenir de l'Union européenne, ce décalage du centre de gravité de l'action politique au profit de la Commission se poursuivait et que l'élection du Président de la Commission avait lieu, en droit comme en fait, par le seul Parlement européen (cf. l'article 17 alinéa 7 TUE Lisbonne), alors l'élection des députés serait en même temps – plus que cela est le cas en vertu des règles déjà en vigueur actuellement – une décision relative à un gouvernement européen. Pour la situation juridique d'après le Traité de Lisbonne cette considération confirme que sans un lien démocratique la rattachant aux Etats membres, l'action de l'Union européenne est dépourvue d'une base de légitimité suffisante.

297

b) En tant qu'organisation supranationale, l'Union européenne doit, en ce qui concerne l'attribution et l'exercice de ses compétences, toujours suivre le principe d'attribution de compétences particulières, limitées et contrôlées. Justement après l'échec du projet constitutionnel européen, le Traité de Lisbonne illustre clairement que le principe d'un regroupement d'Etats continue de s'appliquer. Les Etats membres demeurent les maîtres des traités. Malgré une extension supplémentaire des compétences, le principe d'attribution reste en vigueur. Les dispositions du traité peuvent être interprétées d'une manière telle que sont respectées tant l'identité constitutionnelle et politique des Etats membres organisés pleinement démocratiquement, que la responsabilité de ces derniers pour l'orientation de principe et l'aménagement de la politique de l'Union. La République fédérale d'Allemagne demeure, même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, un Etat souverain et par conséquent un sujet de droit international public. La puissance étatique allemande y compris le pouvoir constituant sont protégés dans leur substance (aa), le territoire national allemand demeure rattaché à un seul sujet de droit, la République fédérale d'Allemagne (bb), et l'existence continue du Peuple allemand en tant que citoyens de l'Etat allemand ne fait aucun doute (cc).

aa) Avec les règles relatives à la répartition et à l'exercice des compétences, la puissance étatique souveraine est préservée (1). Les nouvelles dispositions de droit primaire relatives aux modifications des traités n'y font pas obstacle (2). La persistance de la puissance étatique souveraine se manifeste également par l'existence du droit de se retirer de l'Union européenne (3) et elle est préservée par la compétence qui revient à la Cour constitutionnelle fédérale de décider en dernier ressort (4).

(1) La répartition et la délimitation des compétences de l'Union européenne par rapport à celles des Etats membres a lieu suivant le principe d'attribution (a) et d'autres mécanismes de protection se référant à des compétences concrètes (b).

(a) Le principe d'attribution est un mécanisme de sauvegarde destiné à préserver la responsabilité des Etats membres. L'Union européenne n'est compétente dans une matière déterminée que dans la mesure où cette compétence lui a été transférée par les Etats membres. Les Etats membres sont alors l'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. Le Traité de Lisbonne réaffirme explicitement le principe d'attribution qui est déjà appliqué actuellement : « 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 » (article 5 alinéa 1 phrase 1 et alinéa 2 TUE Lisbonne ; cf. également l'article 1 alinéa 1, l'article 3 alinéa 6, l'article 4 alinéa 1 et l'article 48 alinéa 6 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne ; article 2 alinéas 1 et 2, article 4 alinéa 1, article 7, article 19, article 32, article 130, article 132 alinéa 1, article 207 alinéa 6 et article 337 TFUE ; Déclaration no 18 concernant la délimitation des compétences ; Déclaration no 24 sur la personnalité juridique de l'Union européenne).

Un mécanisme de sauvegarde suivant une approche formelle est constitué par la catégorisation et la classification, pour la première fois, des compétences de l'Union européenne en compétences exclusives et compétences partagées, ainsi qu'en compétences relatives à des mesures d'appui, de coordination ou de complément (cf. Rossi, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, dans Scholz, Europa als Union des Rechts – Eine notwendige Zwischenbilanz im Prozeß der Vertiefung und Erweiterung, 1999, p. 196 < 201 >). 302

La transparence qui découle de cette catégorisation des compétences est certes amoindrie du fait que les compétences « parallèles » revendiquées tant par les Etats membres que par l'Union européenne ne sont pas classées de manière univoque à une catégorie déterminée dans le Traité de Lisbonne (cf. l'article 2 alinéa 5 sous-alinéa 1 et l'article 4 alinéas 3 et 4 TFUE), du fait que la politique étrangère et de sécurité ainsi que la coordination de la politique économique et de l'emploi demeurent en dehors des trois catégories de compétences et du fait que la méthode dite de la coordination ouverte n'est pas mentionnée. Cependant, ces divergences par rapport à l'approche de systématisation entreprise ne touchent pas au principe d'attribution et, d'après leur nature et leur étendue, ne remettent pas en cause l'objectif d'une délimitation claire des compétences. 303

(b) En plus des mécanismes qui viennent d'être décrits, des mécanismes de protection de droit matériel, notamment des règles relatives à l'exercice des compétences, doivent assurer que les compétences particulières existantes au niveau européen soient exercées d'une manière ménageant les compétences des Etats membres. Parmi les règles relatives à l'exercice des compétences figurent l'obligation de respecter l'identité nationale des Etats membres (article 4 alinéa 2 TUE Lisbonne), le principe de coopération loyale (article 4 alinéa 3 TUE Lisbonne), le principe de subsidiarité (article 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 3 TUE Lisbonne) et le principe de proportionnalité (article 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 4 TUE Lisbonne). Ces principes sont confirmés par le Traité de Lisbonne et leur contenu est en partie précisé. 304

Le principe de subsidiarité est en plus renforcé sur le plan procédural par le Protocole no 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (protocole sur la subsidiarité). Ce renforcement a lieu par l'intermédiaire d'un mécanisme dit d'alerte précoce (article 12 lettre b) TUE Lisbonne, articles 4 et suivants du protocole sur la subsidiarité) qui associe les Parlements nationaux au contrôle du respect du principe de subsidiarité d'une part, et par l'extension aux Parlements nationaux et au Comité des régions du cercle des requérants susceptibles de former un recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne d'autre part. L'efficacité de ce mécanisme dépendra de la question de savoir dans quelle mesure les Parlements nationaux auront la capacité organisationnelle de s'adapter pour pouvoir en tirer utilement profit dans le bref délai de huit semaines (cf. Mellein, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 2007, pages 269 et suivantes). En outre, il faudra également déterminer si le droit de recours des Parlements nationaux et du Co- 305

mité des régions s'étendra à la question, préalable à l'examen du respect du principe de subsidiarité, de savoir si l'Union européenne est compétente pour adopter dans le cas concret le projet d'acte juridique (cf. Wuermeling, *Kalamität Kompetenz : Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents*, dans la revue *EuR* 2004, p. 216 < 225 > ; von Danwitz, *Der Mehrwert gemeinsamen Handelns*, dans le quotidien *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 23 octobre 2008, p. 8).

(2) Le transfert responsable et contrôlé, seule possibilité du point de vue du droit constitutionnel, de droits de souveraineté à l'Union européenne n'est pas remis en cause par certaines dispositions particulières du Traité de Lisbonne. Les institutions de l'Union européenne n'ont pas le droit de modifier de leur propre chef ni les bases conventionnelles de l'Union européenne ni la répartition des compétences avec les Etats membres, que ce soit par la procédure de révision ordinaire (a) ou simplifiée (b), par le biais des clauses dites passerelles (c) ou encore par la clause de flexibilité (d). 306

(a) La procédure de révision ordinaire des bases conventionnelles de l'Union européenne (article 48 alinéas 2 à 5 TUE Lisbonne) correspond à la procédure de révision classique prévue par des traités multilatéraux comparables. Une Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres, convoquée par le président du Conseil, est compétente pour décider de modifications des traités. Ces modifications n'entrent cependant en vigueur qu'après avoir été ratifiées par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (article 48 alinéa 4 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne). Le Traité de Lisbonne précise que de telles modifications peuvent avoir comme objectif d'accroître ou de réduire les compétences attribuées à l'Union européenne dans les traités (article 48 alinéa 2 phrase 2 TUE Lisbonne). 307

Le fait que cette procédure de révision classique des traités soit précédée d'une procédure qui s'est développée au fil du processus d'intégration européenne, procédure selon laquelle en règle générale une Convention obéissant dans une large mesure au principe de l'égalité des Etats et composée de représentants des Parlements nationaux, des chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres, du Parlement européen et de la Commission est associée au processus de révision (article 48 alinéa 3 sous-alinéa 1 TUE Lisbonne), ne change pas cette situation juridique. La procédure de Convention s'ajoute à la procédure de révision de droit international public, au centre de laquelle se trouvent les Etats membres, et permet ainsi de tenir compte des spécificités institutionnelles de l'Union européenne. La Convention examine les projets de modification et adopte par consensus une recommandation à une Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres (article 48 alinéa 3 sous-alinéa 1 phrase 3 TUE Lisbonne). Ceci ne soulève pas d'objection du point de vue du droit constitutionnel, tant que les Etats membres ne sont pas juridiquement liés par le résultat de la Convention et peuvent librement décider de quelles modifications ils souhaitent finalement convenir en droit international public (article 48 alinéa 4 TUE Lisbonne). 308

(b) (aa) Le Traité de Lisbonne prévoit en outre une procédure de révision simplifiée (article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne). Tandis que les modifications des traités selon la procédure de révision ordinaire – le cas échéant après convocation d'une Convention – doivent être adoptées par une conférence des gouvernements et ratifiées par tous les Etats membres, la procédure de révision simplifiée prévoit juste une décision du Conseil européen qui entre en vigueur après « approbation par les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives » (article 48 alinéa 6 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne). Il est clairement précisé que la décision du Conseil européen ne peut pas accroître les compétences attribuées à l'Union dans les traités (article 48 alinéa 6 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne). La distinction entre une procédure de révision ordinaire et une procédure de révision simplifiée illustre que des modifications de principe sont réservées à la procédure de révision ordinaire, car la méthode, prévue en règle générale, comportant la convocation d'une Convention a pour objectif d'atteindre un degré de légitimité plus élevé. Toutefois, le Conseil européen peut également, dans le cadre de la procédure ordinaire, décider à la majorité simple et après approbation du Parlement européen de ne pas convoquer de Convention lorsque l'ampleur des modifications ne justifie pas une telle démarche (article 48 alinéa 3 sous alinéa 2 TUE Lisbonne).

La procédure de révision simplifiée que les traités actuels ne prévoient que dans certains cas particuliers (cf. l'article 17 alinéa 1 TUE – mise en place d'une défense commune ; l'article 42 TUE – applicabilité du titre IV du Traité instituant la Communauté européenne à la coopération policière et judiciaire en matière pénale ; l'article 22 alinéa 2 TCE – extension des droits des citoyens de l'Union ; l'article 190 alinéa 4 TCE – instauration d'une procédure uniforme pour l'élection du Parlement européen ; l'article 269 alinéa 2 TCE – fixation des ressources propres de la Communauté européenne) est, selon le Traité de Lisbonne, applicable pour la modification de dispositions relatives aux politiques internes de l'Union prévues par le titre III du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (article 48 alinéa 6 sous-alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne).

La portée de l'habilitation à modifier les dispositions du titre III du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne peut être déterminée que de manière limitée et matériellement, elle n'est guère prévisible pour le législateur allemand. L'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne offre au Conseil européen une large marge d'action pour procéder à des modifications du droit primaire. Le contenu possible de futures modifications dans le domaine, comportant 172 articles, des politiques internes – parmi elles le Marché intérieur et l'Union économique et monétaire – est seulement limité par l'interdiction d'accroître des compétences déjà transférées à l'Union européenne (article 48 alinéa 6 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne).

La Cour constitutionnelle fédérale a jugé déjà dans son jugement sur le Traité de Maastricht que des modifications du droit primaire peuvent avoir lieu par la voie d'une procédure raccourcie, si les Etats membres donnent leur approbation conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 199 >).

La formulation différente par rapport à l'article 48 alinéa 4 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne en ce qui concerne l'approbation nécessaire par les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ne signifie cependant pas que les exigences de droit interne relatives à la ratification de modifications « simples » seraient moindres que celles relatives à des modifications « ordinaires ». L'« approbation » donnée par la République fédérale d'Allemagne dans le cadre de la procédure de révision simplifiée selon l'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne exige elle aussi en tous les cas l'adoption d'une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG, loi spéciale par rapport à l'article 59 alinéa 2 GG (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 199 > ; sur la mention des exigences de droit interne en ce qui concerne la ratification de telles mesures, cf. également la décision du Conseil constitutionnel No 2007-560 DC du 20 décembre 2007, considérants 26 et suivants). Le rapport d'une décision selon l'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne avec l'organisation des compétences de l'Union européenne impose de traiter la procédure de révision simplifiée de manière générale comme un transfert de droits de souveraineté au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG (cf. également Pernice, dans Dreier, GG, t. II, 2e édition, 2006, Art. 23, no 86), sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une délimitation plus détaillée des modifications possibles. Une modification des traités par laquelle la Loi fondamentale est matériellement modifiée ou complétée ou qui rend possibles de tels modifications ou compléments exige l'approbation par deux tiers des membres du Bundestag et de deux tiers des voix du Bundesrat (article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 2 GG ; cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 199 >).

(bb) Le Traité de Lisbonne introduit en plus dans les traités d'autres dispositions calquées sur le modèle de l'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne, mais limitées à un certain domaine matériel et dont la portée est étendue par le Traité de Lisbonne (cf. l'article 42 alinéa 2 sous-alinéa 1 TUE Lisbonne – mise en place d'une défense commune ; l'article 25 alinéa 2 TFUE – extension des droits des citoyens de l'Union ; l'article 218 alinéa 8 sous-alinéa 2 phrase 2 TFUE – adhésion de l'Union européenne à la CEDH ; l'article 223 alinéa 1 sous-alinéa 2 TFUE – introduction d'une procédure uniforme pour les élections au Parlement européen ; l'article 262 TFUE – compétence de l'Union européenne de créer des titres européens de propriété intellectuelle ; l'article 311 alinéa 3 TFUE – fixation des ressources propres de l'Union européenne).

313

Les observations du point de vue du droit constitutionnel relatives à la procédure de révision simplifiée s'appliquent également à ces procédures de révision prévues par des dispositions spécifiques des traités, à moins que l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG ne soit déjà applicable, parce que les dispositions relatives aux modifications ne prévoient pas d'interdiction analogue à celle de l'article 48 alinéa 6 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne d'accroître les compétences de l'Union européenne déjà transférées dans le cadre des traités.

314

(c) Outre les procédures de révision ordinaire et simplifiée, le Traité de Lisbonne prévoit une autre procédure de modification des traités, la procédure dite de la clause

315

passerelle générale (article 48 alinéa 7 TUE Lisbonne). Le Traité de Lisbonne contient en plus certaines clauses passerelles spécifiques dans certaines dispositions (cf. l'article 31 alinéa 3 TUE Lisbonne – décisions sur la politique étrangère et de sécurité commune dans des cas autres que ceux cités à l'article 31 alinéa 2 TUE Lisbonne ; l'article 81 alinéa 3 sous-alinéas 2 et 3 TFUE – mesures relatives à des aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontalière ; l'article 153 alinéa 2 sous-alinéa 4 TFUE – mesures relatives à la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs, à la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, à la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, ainsi qu'aux conditions d'emploi des ressortissants de pays tiers ; l'article 192 alinéa 2 sous-alinéa 2 TFUE – mesures dans le domaine de la politique de l'environnement ; l'article 312 alinéa 2 sous-alinéa 2 TFUE – fixation du cadre financier pluriannuel ; l'article 333 alinéas 1 et 2 TFUE – procédure de vote dans le cadre de la coopération renforcée selon les articles 326 et suivants TFUE). La clause passerelle permet de modifier les modalités de prise de décision au Conseil et la procédure législative à appliquer.

Selon la clause passerelle générale et les clauses passerelles spécifiques, le Conseil européen ou le Conseil peuvent décider que, dans un certain domaine ou dans un cas déterminé, le Conseil peut adopter une décision à la majorité qualifiée au lieu de l'unanimité (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne ; article 31 alinéa 3 TUE Lisbonne ; article 312 alinéa 2 sous-alinéa 2 TFUE ; article 333 alinéa 1 TFUE) ou que des actes législatifs dans le champ d'application du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peuvent être adoptés selon la procédure législative ordinaire au lieu de la procédure législative spéciale (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 2 TUE Lisbonne ; article 81 alinéa 3 sous-alinéa 2, article 153 alinéa 2 sous-alinéa 4, article 192 alinéa 2 sous-alinéa 2, article 333 alinéa 2 TFUE). Le passage de la procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire a lui aussi pour effet, dans la majorité des cas, que le Conseil ne décide plus à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée (cf. l'article 289 alinéa 1 combiné à l'article 294 alinéas 8 et 13 TFUE). Des décisions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense sont explicitement exclues de la possibilité de passer au vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil (cf. l'article 31 alinéa 4 et l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 2 TUE Lisbonne). Le Conseil européen ou le Conseil statuent à l'unanimité sur la modification du traité et – dans le champ d'application de la clause passerelle générale – après approbation du Parlement européen (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 4 TUE Lisbonne). Tant la clause passerelle générale que la clause passerelle spécifique dans le domaine du droit de la famille ayant une incidence transfrontalière prévoient en plus la participation des Parlements nationaux. Tout Parlement national peut rejeter la proposition de décision du Conseil européen ou du Conseil dans un délai de six mois, ce qui a pour conséquence que la proposition en question ne peut être adoptée au niveau européen (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne ; article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE).

316

A la différence de la procédure de révision simplifiée prévue par l'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne, la clause passerelle générale et les clauses passerelles spécifiques ne permettent des modifications des traités qu'en ce qui concerne les deux règles de procédure précitées du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du titre V du Traité sur l'Union européenne. Le Conseil européen et le Conseil ne disposent pas d'une marge d'appréciation qui irait au-delà. Etant donné que la prise de décision au Conseil à la majorité qualifiée et la procédure législative ordinaire sont, d'après le Traité de Lisbonne, les procédures ordinaires en matière d'adoption d'actes juridiques (article 16 alinéas 1 et 3 et article 14 alinéa 1 TUE Lisbonne ; article 289 alinéa 1 combiné à l'article 294 TFUE), l'étendue globale de la perte d'influence du représentant allemand au Conseil du fait de l'introduction du vote à la majorité qualifiée peut être discernée au moins dans ces grandes lignes. Ce qui n'est en revanche pas possible est un plein exercice de la responsabilité d'intégration en ce qui concerne la question de savoir si le niveau de légitimité démocratique de la puissance publique de l'Union est encore suffisant eu égard à l'étendue des compétences transférées et, surtout, au degré accru d'acquisition de l'autonomie des procédures européennes de décision.

317

La diminution, corollaire à l'application de la clause passerelle générale et des clauses passerelles spécifiques, de l'influence allemande au sein du Conseil doit, au moment de la ratification du Traité de Lisbonne, être prévisible pour le législateur allemand, y compris en ce qui concerne des cas particuliers. Ce n'est qu'à cette condition que l'accord anticipé de cet Etat membre à une modification ultérieure du traité est suffisamment démocratiquement légitimée. L'unanimité requise selon les clauses passerelles pour modifier les règles de procédure ne constitue à cet égard pas une garantie suffisante, car pour les représentants des Etats membres au Conseil européen ou au Conseil, il n'est pas forcément possible de prévoir de manière suffisante dans quelle mesure cette décision a pour effet de renoncer dans des cas futurs à la possibilité de chaque Etat membre d'opposer son veto au sein du Conseil. Outre la condition de l'unanimité au Conseil européen ou au Conseil, les clauses passerelles contiennent des exigences procédurales différentes. A la différence de la clause passerelle générale de l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne, les clauses passerelles spécifiques ne prévoient pas – à l'exception de celle de l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE – de droit d'opposition des Parlements des Etats membres.

318

Dans la mesure où la clause passerelle générale de l'article 48 alinéa 7 TUE Lisbonne rend possible le passage du principe d'une décision prise à l'unanimité au principe du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil ou permet le passage de la procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire, il s'agit d'une modification du droit primaire, du droit des traités, et cette modification doit être appréciée selon l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG. Déjà dans son jugement sur le Traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle fédérale avait répondu au grief avancé selon lequel l'Allemagne perdrait sa qualité d'Etat souverain dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, domaine central pour les porteurs de droits fondamentaux,

319

en indiquant que dans le champ du « troisième pilier », une décision ne pouvait être prise qu'à l'unanimité et que ces décisions n'avaient pas pour effet d'adopter des mesures juridiques directement applicables dans les Etats membres et primant sur le droit interne de ces derniers (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 176 >). Le Traité de Lisbonne transfère cependant justement ce domaine à la puissance publique supranationale de l'Union lorsqu'il prévoit que par une décision du Conseil européen prise dans le cadre de la clause passerelle générale, des domaines matériels peuvent désormais être régis par le principe du vote à la majorité qualifiée au lieu de celui de l'unanimité ou que la procédure législative ordinaire sera applicable à ces domaines au lieu de la procédure législative spéciale. Un droit d'opposition est certes reconnu aux Parlements nationaux, mais la décision n'est pas prise sous réserve d'une ratification par les Etats membres. Ainsi, l'argument justificatif cité du jugement sur le Traité de Maastricht est affecté dans son noyau dur. Le droit de rejet reconnu aux Parlements nationaux (article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne) n'est pas un équivalent à la réserve de ratification ; l'accord du représentant du gouvernement allemand au sein du Conseil européen exige alors, pour chaque cas, l'adoption en Allemagne d'une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG ou, le cas échéant, au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 3 GG. Seulement de cette manière, les organes législatifs allemands exercent leur responsabilité d'intégration et décident de la question de savoir si le niveau de légitimité démocratique est encore suffisant pour accepter une décision prise à la majorité. Le représentant du gouvernement allemand au Conseil européen ne peut consentir à une modification du traité par l'application de la clause passerelle générale que si le Bundestag allemand et le Bundesrat ont adopté une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 GG dans un délai qui reste à déterminer et s'oriente à l'objectif de l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne. La même solution s'applique en cas de recours à la clause passerelle spécifique prévue par l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 2 TFUE.

Une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG n'est pas nécessaire lorsque des clauses passerelles spécifiques se limitent à des domaines matériels déjà suffisamment déterminés par le Traité de Lisbonne. Cependant, même dans de tels cas, il revient au Bundestag et, dans la mesure où des compétences législatives des Länder sont concernées, au Bundesrat d'exercer leur responsabilité d'intégration d'une autre manière appropriée. Il n'est pas possible de renoncer au droit de veto au Conseil sans le concours des organes législatifs concernés et ce, y compris dans les matières déjà matériellement déterminées par les traités. Le représentant du gouvernement allemand au Conseil européen ou au Conseil ne peut alors donner son accord au nom de la République fédérale d'Allemagne à une modification du droit primaire par l'application de l'une des clauses passerelles spécifiques que si le Bundestag allemand et, dans la mesure où les règles sur la procédure législative le prévoient, le Bundesrat ont donné leur approbation dans un délai restant à déterminer et s'orientant à l'objectif poursuivi par l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne (à ce sujet cf. également la réserve obligatoire d'accord préalable du Parlement britannique conformément à la Section 6 du European Union < Amendment >

320

Act 2008 < c. 7 >, qui ne prévoit cependant pas de délai). Il serait incompatible avec l'exigence constitutionnelle d'une décision prise par le Parlement que la réglementation concrète relative à ce délai considère qu'un silence éventuel des organes législatifs vaudrait consentement. Sous réserve que cette condition soit remplie, les dispositions en question du Traité de Lisbonne peuvent trouver application en Allemagne.

Cette exigence constitutionnelle vaut pour l'application de l'article 31 alinéa 3 TUE 321
Lisbonne, l'article 312 alinéa 2 sous-alinéa 2 et l'article 333 alinéa 1 TFUE, qui permettent le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée. Elle doit toutefois être étendue également à celles des dispositions du traité qui, tels l'article 153 alinéa 2 sous-alinéa 4, l'article 192 alinéa 2 sous-alinéa 2 et l'article 333 alinéa 2 TFUE, ont pour objet le passage de la procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire, car dans ces cas aussi le Conseil peut ne plus statuer à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée (cf. l'article 289 alinéa 1 combiné à l'article 294 alinéas 8 et 13 TFUE).

(d) Finalement, le Traité de Lisbonne ne dote pas l'Union européenne de dispositions 322
qui permettraient à ce groupement d'intégration d'obtenir la compétence de la compétence. Tant l'article 311 alinéa 1 TFUE (aa) que l'article 352 TFUE (bb) 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.

(aa) Selon l'article 311 alinéa 1 TFUE, l'Union européenne se dote des moyens nécessaires 323
pour atteindre ses objectifs et mener à bien ses politiques. Cette disposition est identique à celle de l'article 6 alinéa 4 TUE, qui avait été introduit par le Traité de Maastricht dans le droit primaire sous le libellé d'article F alinéa 3. Dans son jugement sur le Traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle fédérale avait conclu, après une interprétation circonstanciée de la genèse de cette disposition, que l'article F alinéa 3 n'habilitait pas l'Union européenne à se doter de son propre chef des moyens financiers et des autres moyens d'action qu'elle jugerait nécessaires pour atteindre ses objectifs (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 194 ss. > ; cf. également Puttler, dans Calliess / Ruffert, EUV / EGV [commentaires des traités européens], 3e édition, 2007, Art. 6 EUV no 59 s. ; Hilf / Schorkopf, dans Grabitz / Hilf / Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, t. I < EUV / EGV >, 37e mise à jour, novembre 2008, Art. 6 EUV, no 113).

L'article 311 alinéa 1 TFUE doit toujours être entendu comme une déclaration d'intention 324
politique et programmatique qui ne fonde pas de compétence au profit de l'Union européenne ni a fortiori de compétence de la compétence (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 194 >). L'attribution à l'Union européenne des moyens nécessaires pour qu'elle atteigne ses objectifs et applique ses politiques doit s'effectuer dans le cadre des compétences existantes. Le nouveau classement systématique de cette disposition confirme l'interprétation selon laquelle cette norme vise les moyens financiers de l'Union européenne, mais non en plus les moyens d'action.

(bb) En revanche, l'article 352 TFUE, qui vise à compléter de manière ciblée les compétences existantes de l'Union européenne, possède quant à lui un effet normatif (au sujet de l'ancien article 235 du Traité CEE, cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 210 >). Le Traité de Lisbonne reprend cette disposition du droit primaire actuel (article 308 TCE), tout en y apportant des modifications en ce qui concerne son champ d'application et les conditions de procédure. 325

L'article 352 TFUE ne fonde pas seulement une compétence d'action au profit de l'Union européenne, mais assouplit en même temps le principe d'attribution, car selon cette disposition, une action de l'Union européenne doit être possible dans un domaine politique défini par le traité, même en l'absence de compétences concrètes, si une action de l'Union européenne paraît nécessaire pour atteindre les objectifs visés par les traités (article 352 alinéa 1 TFUE). 326

Selon la situation juridique actuelle, l'article 308 TCE apparaissait comme une « compétence destinée à combler des lacunes dans les traités » (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 210 >), qui permettait un « développement inhérent à la nature des traités » du droit de l'Union tout en restant « en deçà d'une modification formelle des traités » (cf. Oppermann, Europarecht, 3e édition, 2005, § 6, no 68). Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne conduisent cependant à une nouvelle appréciation de cette norme. L'article 352 TFUE n'est plus limité à la réalisation d'objectifs dans le cadre du Marché commun, mais vise désormais les « politiques définies par les traités » (article 352 alinéa 1 TFUE) à l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune (article 352 alinéa 4 TFUE). Cette disposition peut alors être utilisée pour créer dans pratiquement tout le champ d'application du droit primaire une compétence rendant possible une action au niveau européen. Cette extension du champ d'application est en partie compensée par des garanties d'ordre procédural. Ainsi, le recours à la clause de flexibilité exige-t-il toujours une décision adoptée à l'unanimité sur proposition de la Commission, mais désormais, l'approbation par le Parlement européen est également requise (article 352 alinéa 1 phrase 1 TFUE). De plus, la Commission est tenue, dans le cadre du contrôle du principe de subsidiarité, d'informer les Parlements nationaux de propositions de mesures fondées sur cette disposition (article 352 alinéa 2 TFUE). Une telle mesure proposée ne saurait en outre comporter d'harmonisation des dispositions des normes juridiques des Etats membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation (article 352 alinéa 3 TFUE). L'approbation des Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ne fait pas partie des conditions pour l'entrée en vigueur d'une telle décision. 327

Eu égard à l'interdiction de donner une habilitation en blanc ou de transférer la compétence de la compétence, cette disposition appelle des réserves du point de vue du droit constitutionnel, car dans sa nouvelle rédaction, elle permet de modifier substantiellement les bases conventionnelles de l'Union européenne, sans qu'en plus des exécutifs des Etats membres, les organes législatifs de ces derniers ne soient appelés à participer de manière décisive (au sujet de la délimitation des compétences, cf. 328

la Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne du 15 décembre 2001, Bulletin UE 12-2001, I.27 < annexe I >). L'obligation prévue par l'article 352 alinéa 2 TFUE d'informer les Parlements nationaux n'y change rien, car la Commission est juste tenue d'attirer l'attention de ces derniers sur les propositions d'actes juridiques sur le fondement de cet article. Eu égard au caractère indéterminé des cas d'application possibles de la clause de flexibilité, le recours à celle-ci suppose, en vertu de la Constitution, une ratification par le Bundestag allemand et le Bundesrat sur le fondement de l'article 23 alinéa 1 phrases 2 et 3 GG. Le représentant allemand au sein du Conseil ne peut donner l'accord formel de la République fédérale d'Allemagne à une proposition de la Commission tant que les conditions exigées de par la Constitution ne sont pas remplies.

(3) Le traité visé par la loi d'approbation confirme le principe actuel d'un regroupement dans un système de transfert responsable de droits de souveraineté et avec préservation de la souveraineté des Etats membres ; il satisfait alors aux exigences constitutionnelles. Le Traité de Lisbonne rend visible, pour la première fois dans le droit primaire, le droit existant de tout Etat membre de quitter l'Union européenne (article 50 TUE Lisbonne). Ce droit de retrait souligne la souveraineté des Etats membres et illustre également qu'en l'état actuel de son évolution, l'Union européenne n'a pas encore franchi le seuil vers un Etat au sens du droit international public (cf. Jouanjan, *Monodisziplinäre Stellungnahmen*, dans Kreis, *Der Beitrag der Wissenschaften zur künftigen Verfassung der EU*, 2003, p. 12 < 16 >). Tant qu'un Etat membre peut se retirer de l'Union en vertu d'une décision prise sous sa propre responsabilité, le processus de l'intégration européenne n'est pas irréversible. La qualité de la République fédérale d'Allemagne d'Etat membre dépend au contraire de la volonté durable et continue de cette dernière de faire partie de l'Union européenne. Les limites juridiques de cette volonté sont déterminées par la Loi fondamentale.

329

Chaque Etat membre peut se retirer de l'Union européenne y compris contre la volonté des autres Etats membres (cf. l'article 54 lettre a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités < Convention de Vienne > du 23 mai 1969, Journal officiel fédéral BGBl. 1985 II pages 926 et suivantes). La décision de quitter l'Union ne doit pas nécessairement être formalisée par un accord de retrait conclu entre l'Etat membre concerné et l'Union européenne. Si aucun accord n'est conclu en ce sens, le retrait prend effet deux ans après la notification de la décision de retrait (article 50 alinéa 3 TUE Lisbonne). Le droit de retrait peut être exercé sans autres engagements, car l'Etat désireux de quitter l'Union n'est pas tenu de motiver sa décision. L'article 50 alinéa 1 TUE Lisbonne indique juste que le retrait de l'Etat membre doit être décidé « conformément à ses règles constitutionnelles ». La question de savoir si cette condition a été respectée ne peut cependant être vérifiée que par l'Etat membre lui-même, ni par l'Union européenne, ni par les autres Etats membres.

330

(4) Avec la Déclaration no 17 relative à la primauté et annexée au Traité de Lisbonne, la République fédérale d'Allemagne ne reconnaît pas une primauté absolue

331

de la validité du droit de l'Union – ce qui soulèverait des objections du point de vue du droit constitutionnel –, mais confirme seulement la situation juridique actuelle dans son interprétation par la Cour constitutionnelle fédérale. L'allégation du requérant sous III., selon laquelle avec l'approbation au Traité de Lisbonne, la primauté « absolue », prévue par le traité constitutionnel qui a échoué, du droit adopté par les organes de l'Union sur le droit des Etats membres ferait désormais, sur le fond, partie du contenu du traité et que serait en définitive reconnue illicitement une primauté de validité comme celle dans un Etat fédéral, allant jusqu'à l'abrogation de dispositions contraires du droit constitutionnel des Etats membres, n'est pas pertinente. Il en va de même pour la supposition selon laquelle, en raison des compétences nouvelles dans tous les domaines, le respect du principe d'attribution par l'Union européenne et les effets juridiques qui en découlent en Allemagne ne pourraient plus être contrôlés par la Cour constitutionnelle fédérale et qu'il ne serait plus possible de préserver la substance de l'identité constitutionnelle et de la protection allemande des droits fondamentaux (cette thèse est toutefois défendue par Murswiek, *Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung*, dans la revue *NVwZ* 2009, pages 481 et suivantes).

Etant donné qu'est maintenu le principe d'une primauté dont la source est l'habilitation par la Constitution, les valeurs codifiées par l'article 2 TUE Lisbonne, dont il n'est pas nécessaire de déterminer ici le caractère juridique, ne peuvent pas, en cas de conflit, réclamer de primauté par rapport à l'identité constitutionnelle des Etats membres, identité garantie par l'article 4 alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne et protégée de par la Constitution par l'intermédiaire du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle selon l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG. Les valeurs citées à l'article 2 TUE Lisbonne, qui sont en partie déjà contenues en tant que principes à l'article 6 alinéa 1 TUE, ne confèrent pas au groupement européen d'intégration la compétence de la compétence et par conséquent, le principe d'attribution continue de s'appliquer à cet égard.

332

(a) Les traités européens ont confié l'interprétation tant du droit primaire que du droit dérivé à leurs propres juridictions européennes. Dans le cadre de leurs compétences respectives et sur le fondement du Traité actuellement en vigueur instituant la Communauté européenne et –dans une moindre mesure – du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice et le Tribunal de première instance veillent au respect du droit lors de l'interprétation des traités (article 220 TCE ; article 35 TUE). Dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel, il appartient à la Cour de justice de se prononcer avec effet contraignant sur l'interprétation du traité et sur la validité et l'interprétation d'actes pris par les organes communautaires et la Banque centrale européenne (article 234 TCE). Par l'intermédiaire de l'ordre donné par la loi d'approbation du traité concerné d'appliquer le droit conventionnel en droit interne, le droit conventionnel impose ainsi aux juridictions des Etats membres de respecter la jurisprudence des juridictions européennes et notamment celle de la Cour de justice.

333

Il découle de la continuité de la souveraineté du peuple ancrée dans les Etats membres et du fait que les Etats membres demeurent les maîtres des traités – au moins jusqu’à la création formelle d’un Etat fédéral européen et au changement explicite du sujet source de la légitimité démocratique auquel il faut procéder alors – que les Etats membres ne peuvent être privés du droit de vérifier que le programme d’intégration est bien respecté. 334

En vertu de la Loi fondamentale, le droit fédéral s’impose par rapport au droit des Länder qui lui serait contraire (cf. l’article 31 GG). Le droit supranational ne produit pas un tel effet d’abrogation et d’annulation du droit. La primauté d’application du droit européen n’affecte pas la validité d’une norme du droit des Etats membres qui lui serait contraire, elle écarte seulement l’application de cette dernière dans la mesure exigée par les traités et permise par l’ordre donné en droit interne par la loi d’approbation d’appliquer le droit des traités (cf. Recueil BVerfGE 73, 339 < 375 >). Une norme de droit interne contraire au droit communautaire ou au droit de l’Union ne devient inapplicable que dans la mesure où cela est rendu nécessaire par le contenu de la norme communautaire ou du droit de l’Union qui s’y oppose. 335

Si ce raisonnement produit pour le quotidien juridique des effets plutôt théoriques que pratiques, étant donné qu’il n’entraîne généralement pas de différences pratiques, il a cependant des conséquences pour les relations entre les juridictions des Etats membres et les juridictions européennes. Dans le cadre de leurs compétences, les juridictions des Etats membres compétentes en matière de contentieux constitutionnel ne peuvent – telle est du moins la position de la Loi fondamentale – être privées de leur responsabilité pour tracer les limites qui s’imposent à leur habilitation constitutionnelle d’intégration et pour préserver l’identité indisponible de la Constitution. 336

Avec l’idée d’une communauté de droit à l’échelle de l’Union, la mission d’intégration assignée par la Loi fondamentale, comme le droit conventionnel européen actuel, exigent une limitation à l’exercice du pouvoir judiciaire des Etats membres. Il ne doit pas y avoir d’effets mettant l’intégration en danger du fait que l’unité de l’ordre juridique communautaire serait remise en cause par des décisions divergentes des juridictions des Etats membres sur l’application de ce droit. Après avoir initialement affirmé disposer d’une compétence générale de contrôler l’application du droit communautaire européen en Allemagne par rapport aux droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande (cf. Recueil BVerfGE 37, 271 < 283 >), la Cour constitutionnelle fédérale a ensuite ajourné ce contrôle, faisant confiance à la Cour de justice des Communautés européennes pour exercer cette mission (cf. Recueil BVerfGE 73, 339 < 387 > ; jurisprudence confirmée par Recueil BVerfGE 102, 147 < 162 ss. >). Le caractère définitif des décisions de la Cour de justice ne pouvait cependant être admis qu’« en principe » par la Cour constitutionnelle fédérale, eu égard au statut des institutions communautaires dérivé de traités de droit international public (cf. Recueil BVerfGE 73, 339 < 367 >). 337

Dans la mesure où des requérants dans la procédure relative à l'examen de la constitutionnalité de la loi d'approbation du Traité de Maastricht avaient cru voir en raison de ce caractère final de la décision de la Cour de justice, un pouvoir total des institutions communautaires de disposer du droit des traités et par conséquent, avaient affirmé qu'il ne s'agissait plus d'un transfert de droits de souverainetés déterminés, mais de la souveraineté en tant que telle, la Cour constitutionnelle fédérale a déjà réfuté cet argument dans sa décision relative au Traité de Maastricht. La Cour constitutionnelle fédérale a constaté qu'il lui revenait d'examiner si les actes juridiques des institutions et organes européens respectaient les limites des droits de souveraineté qui leur sont attribués ou s'il y avait au contraire une interprétation si extensive des traités par la juridiction communautaire que cette interprétation équivaldrait à une modification autonome interdite des traités (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 188, 210 > ; dans le même sens, cf. la décision récente de la Cour constitutionnelle tchèque, jugement du 26 novembre 2008, dossier Pl. ÚS 19/08, Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, point 139).

338

Le principe de la primauté d'application du droit européen demeure aussi après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne un instrument découlant d'un traité de droit international public – donc un instrument dérivé – qui ne produit d'effets juridiques en Allemagne qu'à travers l'ordre d'application du droit du traité donné par la loi d'approbation de ce dernier. Que ce mécanisme de primauté d'application n'ait pas été prévu explicitement dans les traités, mais développé très tôt lors du processus d'intégration européenne par le moyen de l'interprétation des traités par la Cour de justice, n'affecte pas son caractère dérivé. C'est une conséquence de la souveraineté continue des Etats membres que l'inapplicabilité d'un tel acte juridique en Allemagne puisse être constatée par la Cour constitutionnelle fédérale, du moins dans le cas où l'ordre constitutif d'appliquer ce droit fait manifestement défaut. Cette constatation doit également intervenir lorsqu'à l'intérieur ou à l'extérieur des droits de souveraineté transférés, ces droits sont appliqués d'une manière telle que leur effet en Allemagne entraîne une violation de l'identité constitutionnelle déclarée intangible par l'article 79 alinéa 3 GG et protégée également par le droit conventionnel européen, notamment l'article 4 alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne.

339

La Loi fondamentale poursuit l'objectif d'une intégration de l'Allemagne dans une communauté de droit composée d'Etats pacifiques et libéraux. Elle ne renonce cependant pas à la souveraineté, résidant dans la prérogative de la Constitution allemande de garder le dernier mot, en tant que droit d'un peuple de trancher directement les questions fondamentales relatives à sa propre identité. Ainsi n'est-il pas contraire à l'objectif d'ouverture à l'égard du droit international public qu'exceptionnellement et en assumant les conséquences qui en découlent pour les relations entre Etats, le législateur ne tienne pas compte des normes d'une convention de droit international public, si c'est le seul moyen d'éviter une violation des principes constitutifs de la Constitution (cf. Recueil BVerfGE 111, 307 < 317 s. >). La Cour de justice

340

des Communautés européennes s'est basée sur un raisonnement analogue dans son arrêt Kadi du 3 septembre 2008, selon lequel des principes fondamentaux de l'ordre communautaire peuvent être opposés à l'applicabilité découlant du droit international public d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (CJCE, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, cf. revue EuR 2009, p. 80 < 100 ss. >). Ce faisant, la Cour de justice a placé dans un cas limite la préservation de l'identité propre d'une communauté de droit au dessus de l'engagement autrement respecté : un tel raisonnement juridique n'est pas seulement connu en droit international public par l'invocation de l'ordre public en tant que limite à l'engagement conventionnel ; il correspond aussi, du moins utilisé de manière constructive, à l'idée de rapports d'organisation politique qui ne sont pas strictement hiérarchisés. Sur le fond, il n'y a pas de contradiction avec l'objectif d'ouverture au droit européen – c'est-à-dire avec le concours de la République fédérale d'Allemagne à l'édification d'une Europe unie exigé par la Constitution (Préambule et article 23 alinéa 1 phrase 1 GG) – si, exceptionnellement et sous des conditions particulières et strictes, la Cour constitutionnelle fédérale déclare une norme de droit de l'Union européenne inapplicable en Allemagne (cf. Recueil BVerfGE 31, 145 < 174 > ; 37, 271 < 280 ss. > ; 73, 339 < 374 ss. > ; 75, 223 < 235, 242 > ; 89, 155 < 174 s. > ; 102, 147 < 162 ss. >).

(b) Contrairement à ce que soutient le requérant sous III., la compétence de réserve de la Cour constitutionnelle fédérale exigée par la Constitution n'est pas atteinte par la Déclaration no 17 relative à la primauté et jointe à l'Acte final du Traité de Lisbonne. Cette déclaration indique que les traités et le droit dérivé adopté par l'Union européenne sur le fondement de ces derniers priment, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et dans les conditions qu'elle définit, sur le droit des Etats membres.

341

La primauté d'application présuppose d'abord l'applicabilité directe du droit européen dans les Etats membres (cf. Oppermann, Europarecht, 3e édition, 2005, § 7, nos 8 et suivants et les références supplémentaires qui y sont indiquées). Dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, il n'est prévu aucun type d'acte juridique auquel la Déclaration no 17 relative à la primauté pourrait s'appliquer. Le Traité ne confère pas de droits de souveraineté à l'Union européenne qui permettraient à cette dernière une « action directe » supranationale dans l'ordre juridique des Etats membres (cf. l'article 24 alinéa 1 et l'article 40 TUE Lisbonne, ainsi que la Déclaration no 14 jointe à l'Acte final du Traité de Lisbonne).

342

La raison et la limite de la validité du droit de l'Union européenne dans la République fédérale d'Allemagne est l'ordre d'application du droit donné par la loi d'approbation, ordre qui ne peut être donné que dans les limites de l'ordre constitutionnel en vigueur (cf. Recueil BVerfGE 73, 339 < 374 ss. >). Ainsi n'est-il pas important de déterminer si la primauté d'application du droit de l'Union – primauté dont le principe avait déjà été reconnu par la Cour constitutionnelle fédérale en ce qui concerne le droit communautaire (cf. Recueil BVerfGE 31, 145 < 174 >) – est prévue dans les traités eux-mêmes ou dans la Déclaration no 17 jointe à l'Acte final du Traité de Lis-

343

bonne. En effet, la primauté du droit de l'Union ne s'applique en Allemagne qu'en raison de l'ordre d'application du droit qui est contenu dans la loi d'approbation des traités. La primauté d'application ne vaut pour la puissance publique européenne exercée en Allemagne que dans la mesure où la République fédérale d'Allemagne a consenti à cette règle de solution de conflits de normes et était habilitée à le faire (cf. Nettesheim, *Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa*, dans la revue *EuR* 2004, p. 511 < 545 s. > ; Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008, pages 162 et suivantes ; Streinz, *Europarecht*, 8e édition, 2008, nos 224 et suivants). Ainsi est-il en même temps certain que l'aspect de la primauté d'application du droit communautaire – à l'avenir droit de l'Union – ne permet pas de fournir un argument pertinent qui permettrait d'affirmer qu'avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne il y aurait une renonciation à la souveraineté étatique ou à l'identité de la Constitution.

bb) La loi d'approbation du Traité de Lisbonne ne renonce pas au territoire national de la République fédérale d'Allemagne. L'élément de limitation constitué par un territoire national, manifesté notamment par des limites territoriales qui sont censées empêcher en principe l'exercice d'une puissance publique étrangère à l'intérieur de ce territoire, a certes perdu de sa vigueur. Par l'intermédiaire de traités de droit international public complétant ou modifiant le droit primaire existant, le Marché intérieur a été créé (article 14 alinéa 2 TCE) et les contrôles aux frontières à l'intérieur de l'espace dit de Schengen ont été supprimés. Le Traité de Lisbonne poursuit également cette relativisation de l'élément de limitation, lorsqu'il introduit un système intégré de gestion des « frontières extérieures » de l'Union (article 77 alinéa 1 lettre c) et alinéa 2 lettre d) TFUE). Cela étant, la puissance publique de l'Union européenne exercée en Allemagne ne l'est pas sans le consentement explicite de la République fédérale d'Allemagne, mais sur le fondement des compétences transférées par la loi d'approbation du Traité de Lisbonne. Une puissance publique rattachée à un territoire déterminé (cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3e édition, 1921, p. 394) subsiste donc sans altération dans des conditions qui ont changé et sont marquées par l'existence d'une mobilité transfrontalière.

Ceci n'est pas affecté par le fait que l'« espace sans frontières intérieures » (article 14 alinéa 2 TCE et article 154 alinéa 1 TCE) et l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » (articles 67 et suivants TFUE) que le Traité de Lisbonne fait passer dans le champ du supranational restreignent également la souveraineté territoriale en tant qu'élément du territoire de l'Etat. L'Union européenne ne possède pas en vertu du Traité de Lisbonne une souveraineté territoriale complète qui se substituerait à celle de la République fédérale d'Allemagne. Que, d'après le Traité de Lisbonne, l'Union ne revendique pas une telle souveraineté territoriale est illustré par le fait qu'il n'est fait mention que d'un « champ d'application territoriale » des traités (article 52 TUE Lisbonne ; article 355 TFUE). Ce champ d'application territoriale est accessoire par rapport aux territoires nationaux des Etats membres, territoires dont l'addition délimite le champ d'application du droit de l'Union (article 52 TUE Lisbonne ; article 355

344

345

TFUE). Il n'existe pas de territoire directement rattaché à l'Union européenne et échappant à ce lien accessoire (au sujet de l'extension du champ d'application suite à l'agrandissement du territoire national d'un Etat membre, cf. Oppermann, *Europa-recht*, 3e édition, 2005, § 4, no 36).

cc) Après la ratification du Traité de Lisbonne, la République fédérale d'Allemagne disposera toujours d'un peuple de l'Etat. Le concept, désormais plus 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. 346

Il n'est en particulier pas possible de déduire de l'instauration de la citoyenneté de l'Union la constitution d'un Etat fédéral. Des comparaisons historiques, comme avec la création de l'Etat fédéral allemand par la voie de la Confédération de l'Allemagne du Nord en 1867 (cf. par exemple Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, pages 100 et suivantes), ne sont pas utiles dans ce contexte. Depuis que le principe de la souveraineté populaire l'a emporté en Europe, seuls les peuples des Etats membres peuvent disposer de leur pouvoir constituant respectif et de la souveraineté de l'Etat. Sans la volonté des peuples déclarée explicitement, les organes élus ne sont pas habilités à créer dans leurs espaces constitutionnels étatiques un nouveau sujet source de légitimité ou à délégitimer les sujets existants. 347

En ce sens, la citoyenneté de l'Union n'est pas quelque chose qui précéderait culturellement ou normativement le droit conventionnel actuel et qui serait susceptible d'engendrer des effets juridiques allant dans le sens de l'établissement d'une constitution. La citoyenneté de l'Union – déjà introduite dans le droit primaire par des modifications antérieures des traités – demeure un statut dérivé et complémentaire à la nationalité (article 17 alinéa 1 phrases 2 et 3 TCE ; article 9 phrase 3 TUE Lisbonne). Ce statut n'est pas non plus modifié par les droits qui découlent de la citoyenneté de l'Union, bien que ces droits soient étendus par le Traité de Lisbonne. Les citoyens de l'Union se voient attribuer un droit de participer à la vie démocratique de l'Union européenne (article 10 alinéa 3 et article 11 alinéa 1 TUE Lisbonne), ce qui souligne la nécessité d'un lien structurel existant entre la communauté des citoyens et la puissance publique. En outre, l'exercice de droits déjà reconnus aux citoyens de l'Union dans le domaine de la protection diplomatique et consulaire et des documents de légitimation est facilité (cf. l'article 23 alinéa 2 et l'article 77 alinéa 3 TFUE). 348

D'autres modifications du droit primaire ne conduisent pas non plus à un empiètement de la citoyenneté de l'Union sur la qualité primaire de ressortissant d'un Etat membre. A la lumière du contexte global du Traité de Lisbonne, il est clair qu'avec le changement terminologique de l'article 9 phrase 3 TUE Lisbonne par rapport à l'article 17 alinéa 1 phrase 2 TCE (cf. Schrauwen, *European Citizenship in the Treaty of Lisbon : Any Change at all ?*, dans la revue *MJECL* 2008, p. 55 < 59 >), l'emploi de la notion de citoyen de l'Union dans le contexte du Parlement européen (article 14 349

alinéa 2 sous-alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne) et le rôle décisif des citoyens de l'Union dans le cadre de l'initiative citoyenne européenne (article 11 alinéa 4 TUE Lisbonne), il n'est pas prévu de créer au niveau européen un sujet autonome source de légitimité.

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'empiétera 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 TFUE et pour la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (au sujet du rôle de la citoyenneté de l'Union, cf. CJCE, arrêt du 12 mai 1998, affaire C-85/96, Martínez Sala, Recueil 1998, p. I-2691, points 62 s. ; CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, affaire C-184/99, Grzelczyk, Recueil 2001, p. I-6193, point 31 s. ; CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, affaire C-413/99, Baumbast, Recueil 2002, p. I-7091, point 82 ; CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, affaire C-456/02, Trojani, Recueil 2004, p. I-7573, point 31 ; CJCE, arrêt du 19 octobre 2004, affaire C-200/02, Zhu, Recueil 2004, p. I-9925, point 25). Ainsi, des possibilités pour les Etats membres de procéder à des différenciations en raison de la nationalité subsistent-elles. Par exemple, dans les Etats membres, le droit de vote pour les élections des organes représentatifs à tous les échelons au-delà du niveau municipal demeure réservé aux seuls ressortissants de l'Etat membre en question. De même, l'obligation de solidarité financière entre les Etats membres sous forme de prestations sociales accordées aux citoyens de l'Union reste limitée (cf. CJCE, arrêt du 18 novembre 2008, affaire C-158/07, Förster, dans la revue EuZW 2009, p. 44 < 45 >).

c) Avec le Traité de Lisbonne, les Etats membres élargissent l'entendue des compétences et les possibilités d'action du groupement d'intégration européen. Les compétences actuelles et celles nouvellement transférées seront exercées après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne par l'Union européenne qui succédera à la Communauté européenne. Notamment les compétences nouvellement transférées dans les domaines de la coopération judiciaire en matière pénale (aa) et en matière civile (bb), des relations économiques extérieures (cc), de la défense commune (dd), ainsi que des questions sociales (ee) peuvent et doivent être exercées par les organes de l'Union européenne d'une manière telle que subsistent au niveau des Etats membres des fonctions suffisantes tant du point de vue de leur étendue que de leur substance, fonctions qui sont juridiquement et en pratique la condition pour une démocratie vivante. Les nouvelles compétences ne sont – du moins pas si elles sont interprétées de manière adéquate – pas des « éléments fondateurs d'un Etat » et vues dans leur ensemble, elles ne portent pas atteinte à souveraineté étatique de la République fédérale d'Allemagne dans une mesure telle qu'elles constitueraient une violation de la Constitution. Pour l'examen du grief selon lequel les fonctions du Bundestag allemand seraient vidées de leur substance et la Constitution violée de ce fait, il importe peu de savoir combien d'actes législatifs des Etats membres sont déjà influencés,

prédéterminés ou déterminés par le droit européen (à ce sujet, cf. en dernier lieu Hoppe, *Der 80-Prozent-Mythos lebt*, dans la revue *EuZW* 2009, pages 168 et suivante). Pour l'examen du grief, ce ne sont pas les dimensions quantitatives qui sont déterminantes, mais la question de savoir si la République fédérale d'Allemagne conserve des possibilités substantielles d'aménagement en droit interne à l'égard de domaines centraux de réglementation et de la vie.

aa) (1) Avec le Traité de Lisbonne, les compétences de l'Union européenne dans le domaine de la justice pénale sont considérablement accrues. L'Union européenne est habilitée à établir des « règles minimales » relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de « criminalité particulièrement grave » qui, en raison « du caractère ou des incidences de ces infractions » ou « d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes » revêtent une dimension transfrontalière (article 83 alinéa 1 sous-alinéa 1 TFUE). Les domaines de criminalité pour lesquels une coopération sur ce modèle peut être envisagée sont énumérés à titre d'exemple, mais peuvent être étendus par une décision adoptée à l'unanimité par le Conseil et après approbation du Parlement européen (article 83 alinéa 1 sous-alinéa 3 TFUE). Outre cette compétence de rapprocher les législations pénales en matière de criminalité transfrontalière grave, l'Union est dotée d'une compétence accessoire en matière pénale – déjà supposée par la jurisprudence de la Cour de justice (cf. CJCE, arrêt du 13 septembre 2005, affaire C-176/03, *Commission c/ Conseil*, Recueil 2005, p. I-7879, points 47 et suivant) – dans tous les domaines politiques dans lesquels des mesures d'harmonisation ont déjà été ou seront encore prises (article 82 alinéa 2 phrase 1 TFUE).

352

En ce qui concerne la procédure pénale, l'Union européenne peut établir des règles minimales en matière d'admissibilité « mutuelle » des preuves et en matière des droits de l'accusé, des témoins et des victimes d'infractions, ainsi que des règles minimales relatives à d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale qui ont été préalablement définis par une décision prise à l'unanimité par le Conseil après approbation du Parlement européen (article 82 alinéa 2 sous-alinéas 1 et 2 TFUE). L'Union peut également adopter des mesures pour encourager et appuyer la prévention du crime (article 84 TFUE).

353

En dernier lieu, le Traité de Lisbonne permet d'étendre les compétences d'Eurojust. Par la voie de la procédure législative ordinaire, Eurojust peut notamment être chargé de déclencher et de coordonner des enquêtes pénales (article 85 alinéa 1 TFUE) ; toutefois, les actes officiels de la procédure judiciaire demeurent réservés aux autorités nationales de police judiciaire (articles 85 alinéa 2 TFUE). En outre, par une décision unanime du Conseil après approbation du Parlement européen, il est possible de transformer Eurojust en Parquet européen qui serait compétent pour rechercher et poursuivre des infractions et même pour saisir les juridictions nationales compétentes ; dans un premier temps, la compétence de ce Parquet serait cependant limitée au combat contre des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (article 86 alinéa 1 TFUE).

354

(2) La préservation de la paix publique par la justice pénale a toujours été l'une des fonctions essentielles de la puissance étatique. Lorsqu'il s'agit de mettre en place, de protéger et d'imposer, par la protection des valeurs élémentaires de la communauté et sur le fondement d'un ordre juridique commun, une vie commune et ordonnée en société, le droit pénal est un élément indispensable de protection de la stabilité de cet ordre juridique (cf. Sellert / Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, t. 1, 1989, p. 49). Toute norme pénale comporte un jugement de réprobation sur les plans social et éthique du comportement incriminé, jugement de valeur revêtu de l'autorité étatique. Le contenu concret de ce jugement de réprobation sociale découle des éléments constitutifs de l'infraction et de la sanction encourue (cf. Recueil BVerfGE 25, 269 < 286 > ; 27, 18 < 30 >). La question de savoir de quelle manière et dans quels domaines une société politiquement organisée recourt justement au droit pénal comme moyen de contrôle social est une question d'ordre fondamental. Une société régie par le droit se donne, par le moyen du droit pénal, un code de comportement ancré dans les valeurs de celle-ci et dont la violation est considérée par l'opinion partagée de tous comme si grave et insupportable pour la vie commune en société qu'une sanction pénale est nécessaire (cf. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur ?, dans la revue ZStW 1993, p. 774 < 789 >).

355

Lorsqu'il prend la décision d'attacher une sanction à un comportement répréhensible, le législateur assume la responsabilité démocratiquement légitimée pour une forme d'action de la puissance publique qui fait partie des restrictions les plus intenses apportées à la liberté individuelle telle qu'elle est garantie dans un Etat constitutionnel moderne. De manière générale, il est loisible au législateur de décider si et, le cas échéant, de quelle manière il veut défendre justement par le moyen du droit pénal un bien juridique particulier dont la protection lui semble essentielle (cf. Recueil BVerfGE 50, 142 < 162 > ; 120, 224 < 240 > ; sur la limite séparant une violation criminelle du droit et une violation du droit entraînant une sanction administrative, cf. Recueil BVerfGE 27, 18 < 30 > ; 96, 10 < 26 >). Il est en outre libre de décider, dans la limite des exigences constitutionnelles qui le lient, par quelle peine il veut sanctionner un comportement fautif. L'élucidation d'une infraction, la recherche de son auteur, la constatation de sa culpabilité et sa condamnation reviennent aux organes de la justice pénale qui, à cette fin et dans les conditions prévues par la loi, sont tenus d'engager des poursuites, de mener l'instance pénale et d'exécuter les peines prononcées (cf. Recueil BVerfGE 51, 324 < 343 >).

356

En raison de l'intégration de l'Etat constitutionnel allemand dans l'ordre de droit international public de la communauté des Etats, la liberté d'action du législateur allemand peut être restreinte par l'obligation d'ordre constitutionnel de faire respecter des normes de droit supranational dans son champ de compétences. Ainsi peut-il être nécessaire de sanctionner certains actes également pour assurer la réalisation de normes essentielles du droit international public général à l'encontre de l'individu (cf. Recueil BVerfGE 112, 1 < 26 >). Ceci vaut surtout en ce qui concerne le proces-

357

sus d'émergence d'une justice pénale internationale sanctionnant les génocides, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (cf. Recueil BVerfGE 113, 273 < 296 s. > ; Cour constitutionnelle fédérale, arrêt de la 4e chambre du second sénat du 12 décembre 2000 – 2 BvR 1290/99 –, publiée dans la revue NJW 2001, pages 1848 et suivantes). En tant qu'Etat membre de l'Union européenne, l'Allemagne a pris des engagements supplémentaires. Avec l'instauration et le développement de « l'espace de liberté, de sécurité et de justice », qui jusqu'à présent étaient régis pour l'essentiel par les dispositions du « troisième pilier » du droit de l'Union européenne, fonctionnant d'après le mode de la coopération intergouvernementale, l'Union poursuit l'objectif d'associer au processus d'unification et de l'ouverture des frontières pour les personnes, les marchandises, les services et les capitaux une meilleure coopération des organes de police judiciaire. Les Etats membres ont convenu de mettre en place dans certains domaines des règles de droit pénal et de procédure pénale qui tiennent compte des situations transfrontalières européennes.

Etant donné que l'autodétermination démocratique est touchée de manière particulièrement sensible dans le domaine des normes du droit pénal et de la procédure pénale, les bases conventionnelles des compétences en la matière sont d'interprétation stricte – c'est-à-dire en aucun cas extensive – et leur application requiert une justification particulière. Dans sa partie essentielle, le droit pénal ne sert pas d'instrument juridique technique pour la mise en œuvre d'une coopération internationale, mais représente la décision démocratique particulièrement délicate sur ce qu'est le niveau minimal du point de vue de l'éthique juridique. Le Traité de Lisbonne reconnaît ceci de manière explicite lorsqu'il prévoit un mécanisme de sauvegarde au sujet des compétences nouvellement attribuées en matière de justice pénale ; cette procédure permet au représentant d'un Etat membre au Conseil, représentant qui, au final, est responsable devant son Parlement, d'invoquer des « aspects fondamentaux de son système de justice pénale » pour opposer un veto à l'application dans son pays des directives en matière de droit pénal (article 83 alinéa 3 TFUE).

358

(3) La lutte contre la criminalité particulièrement grave qui exploite les limites territoriales des poursuites pénales ou qui, telle la corruption, menace le bon fonctionnement de l'Etat de droit et de la démocratie dans l'Union européenne, peut servir de justification particulière au transfert de droits de souveraineté dans ce domaine. A cet égard, le Traité de Lisbonne dispose qu'une telle criminalité doit avoir une dimension transfrontalière (article 83 alinéa 1 sous-alinéa 1 TFUE) qui résulte du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes (article 83 alinéa 1 sous-alinéa 1 TFUE). Il n'y a pas déjà un tel besoin particulier lorsque les organes sont arrivés à une volonté politique en ce sens. Il ne peut non plus être séparé du caractère ou des incidences de l'infraction, car il n'est pas possible d'imaginer que le besoin particulier de combattre des infractions sur des bases communes puisse découler d'autre chose que justement du caractère ou des incidences de ces infractions.

359

Cette interprétation stricte, nécessaire à la protection de l'espace démocratique primaire au sens de la Loi fondamentale, doit également servir de fondement à la décision du représentant allemand au Conseil, lorsque doit être adoptée une décision relative à la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires ou, d'une manière générale, à la procédure pénale (article 82 alinéas 1 et 2 TFUE). 360

En ce qui concerne le champ de la compétence accessoire qui rend possible un rapprochement du droit pénal des Etats membres dans le domaine de politiques ayant déjà fait l'objet de mesures d'harmonisation (article 83 alinéa 2 TFUE), la loi d'approbation du traité ne peut être considérée conforme à la Constitution qu'en raison de l'interprétation stricte de cette compétence selon le traité. Derrière cette compétence accessoire se cache une extension profonde de la compétence en matière de justice pénale par rapport à la situation juridique actuelle. Ainsi, dans tous les domaines dans lesquels l'Union européenne possède une compétence d'harmonisation juridique, l'Union peut-elle établir par voie de directives des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions, afin d'assurer « la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union ». En raison du risque de possibilités pratiquement illimitées ouvertes par cette compétence en matière d'adoption de normes pénales, il n'est en principe pas possible de concilier une telle règle de compétence avec le principe d'attribution de compétences limitées et matériellement déterminées, ni avec la protection nécessaire du législateur national qui est démocratiquement lié de manière particulière à la décision majoritaire du peuple. 361

Toutefois, le Traité de Lisbonne contient suffisamment d'éléments pour une interprétation conforme à la Constitution de cette norme. La teneur de la disposition définit de manière stricte la situation qui habilite l'Union à établir des normes de droit pénal. Ainsi faut-il que le rapprochement des normes juridiques des Etats membres en la matière « s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union » dans un domaine ayant déjà fait l'objet de mesures d'harmonisation (article 83 alinéa 2 phrase 1 TFUE). Pour que cette situation exceptionnelle soit remplie et que l'habilitation à adopter des normes pénales accessoires puisse être considérée transférée, l'existence réelle d'un grave déficit dans l'exécution de la politique concernée auquel il n'est possible de remédier que par la menace d'une sanction doit être établie. Ces conditions s'appliquent également en ce qui concerne l'existence, déjà supposée par les juridictions européennes, d'une compétence pénale accessoire. 362

L'habilitation générale pour déterminer des infractions et des peines selon l'article 83 alinéa 1 TFUE doit en conséquence être interprétée strictement. Un premier pas en ce sens est déjà le catalogue d'infractions particulièrement graves énumérées à l'article 83 alinéa 1 sous-alinéa 2 TFUE et la condition exigeant qu'il s'agisse de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. Ce catalogue illustre qu'il s'agit de domaines de criminalité grave qui, typiquement, sont transfrontaliers, au sujet desquels des règles 363

minimales peuvent être établies, à condition de laisser aux Etats membres des marges d'aménagement substantielles. L'autodétermination démocratique est cependant touchée de manière particulièrement délicate, lorsqu'une société est empêchée de décider sur le fondement de ses propres valeurs du caractère répréhensible de certains comportements et surtout de la condamnation à une peine. Ceci vaut d'autant plus que ces valeurs sont liées à des expériences historiques, des traditions religieuses ou d'autres facteurs essentiels pour l'idée que les Hommes se font d'eux-mêmes et de leur communauté. Pour cette raison, il n'est permis que de manière limitée de transférer la compétence d'établir des normes de droit pénal dans ces domaines et en tout état de cause, il faut que soient respectées les conditions pour un transfert de droits de souveraineté isolés (article 23 alinéa 1 phrase 2 GG) lorsqu'est étendu le catalogue des domaines de criminalité à l'égard desquels l'Union peut légiférer. L'utilisation de l'habilitation dynamique en blanc selon l'article 83 alinéa 1 sous-alinéa 3 TFUE de procéder « en fonction des développements de la criminalité » à un élargissement du catalogue des infractions particulièrement graves à dimension transfrontalière correspond sur le fond à une extension des compétences écrites de l'Union et nécessite l'intervention d'une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG. Lors de la mise en œuvre des exigences minimales, il faudra en outre veiller à ce que seul l'aspect transfrontalier d'un comportement particulier répréhensible soit concerné par les dispositions cadre européennes. La compétence des Etats membre en matière pénale, compétence qui échappe en principe à l'intégration, pourrait être ménagée si les règles minimales ne couvrent pas un domaine entier de délits (cf. l'article 2 alinéa 2 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres J.O. No L 190/1), mais seulement certains faits constitutifs d'une infraction.

Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de la justice pénale doivent en outre être interprétées d'une manière satisfaisant aux exigences du principe de la faute pénale. Le droit pénal repose sur le principe de la responsabilité pour faute pénale. Ce principe suppose la responsabilité individuelle d'un être qui est maître de ses actions et dont l'autonomie de la volonté lui permet de distinguer entre juste et injuste. La protection de la dignité humaine repose sur l'idée de l'Homme qui voit en lui un être intellectuel et moral destiné à se déterminer et à s'épanouir librement (cf. Recueil BVerfGE 45, 187 < 227 >). Dans le domaine du droit pénal, l'article 1 alinéa 1 GG détermine la conception de l'essence de la peine, ainsi que la relation entre la faute et son expiation (cf. Recueil BVerfGE 95, 96 < 140 >). Le principe selon lequel il ne saurait y avoir de sanction sans faute trouve ainsi son fondement dans la garantie de la dignité humaine protégée par l'article 1 alinéa 1 GG (cf. Recueil BVerfGE 57, 250 < 275 > ; 80, 367 < 378 > ; 90, 145 < 173 >). Le principe de la faute fait partie de l'identité constitutionnelle indisponible en vertu de l'article 79 alinéa 3 GG et qui est protégée contre des atteintes aussi de la part de la puissance publique exercée au niveau supranational.

Eu égard à l'importance du droit pénal pour la liberté individuelle, il est alors néces-

364

365

saire de formuler en plus des exigences particulières à l'encontre des dispositions qui reconnaissent à un Etat membre des droits spéciaux dans le cadre de la procédure législative (article 82 alinéa 3 et article 83 alinéa 3 TFUE). Le degré nécessaire de légitimité démocratique conférée par l'intermédiaire des Parlements nationaux ne peut être réalisé du point de vue du droit constitutionnel allemand que si le représentant allemand au sein du Conseil peut exercer les droits que les articles 82 alinéa 2 et 83 alinéa 3 TFUE reconnaissent aux Etats membres seulement selon les instructions du Bundestag allemand et, dans la mesure où les dispositions relatives à la procédure législative l'imposent, du Bundesrat (cf. également la résolution du Bundestag allemand du 24 avril 2008 accompagnant le Traité de Lisbonne < impression du Bundestag 16/8917, p. 6, protocole de la séance plénière BTPlenarprot 16/157, p. 16482 B >). Globalement, la mise en œuvre concrète des habilitations selon l'article 82 alinéa 2 et l'article 83 alinéas 1 et 2 TFUE se rapproche, dans son importance, d'une modification du traité et exige l'exercice par les organes législatifs de leur responsabilité d'intégration dans le cadre de la procédure de sauvegarde.

Si, dans le domaine de la justice pénale, l'Union européenne souhaite appliquer la procédure passerelle générale de l'article 48 alinéa 7 TUE Lisbonne à l'habilitation, prévue par l'article 82 alinéa 2 sous-alinéa 2 lettre d) TFUE, à établir des règles minimales portant sur d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, afin de passer de l'unanimité requise à la règle de la majorité qualifiée au sein du Conseil, les exigences formulées à l'égard de la procédure passerelle générale devront trouver application. Le représentant du gouvernement allemand au sein du Conseil européen ne peut donner son accord à une modification des traités que si le Bundestag allemand et le Bundesrat ont, dans un délai restant à déterminer s'orientant à l'objectif de l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne, adopté une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG. La même chose vaut également en cas de recours à la procédure passerelle générale pour appliquer le régime de la majorité qualifiée au lieu de celui de l'unanimité à la détermination de domaines de criminalité supplémentaires, conformément à l'article 83 alinéa 1 sous-alinéa 3 TFUE.

366

bb) (1) Le Traité de Lisbonne étend également les possibilités d'action de l'Union européenne dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile. Au centre des dispositions de l'article 81 TFUE se trouve le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions. Ce principe, qui joue déjà un rôle important dans la pratique actuelle, est désormais ancré dans les traités comme fondement de la coopération judiciaire. La compétence en matière de rapprochement des législations, qui reposait jusqu'ici sur l'article 65 TCE, est complétée par le Traité de Lisbonne qui lui ajoute la compétence d'adopter des mesures visant à assurer un accès effectif à la justice, le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges, ainsi que le soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice (article 81 alinéa 2 lettres e), g) et h) TFUE). Les cas de figure pour une harmonisation qui ne peut intervenir qu'à l'égard de matières ayant une incidence transfrontalière, sont énumérés de manière limitative par cette disposition. Il n'est pas nécessaire de trancher ici la

367

question de savoir si le critère de la nécessité d'une harmonisation doit être interprété comme se référant uniquement au bon fonctionnement du Marché intérieur (cf. impression du Bundestag 16/8300, p. 175), car il résulte déjà du principe de subsidiarité (article 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 3 TUE Lisbonne) que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne permet une telle harmonisation qu'à condition qu'elle soit nécessaire. Lorsque les mesures d'harmonisation concernent le droit de la famille, la décision du Conseil doit être prise à l'unanimité et après consultation du Parlement européen (article 81 alinéa 3 sous-alinéa 1 TFUE). Dans ce domaine, le Conseil peut, pour certains aspects du droit de la famille, décider à l'unanimité de passer à la procédure législative ordinaire (article 81 alinéa 3 sous-alinéa 2 TFUE). Les Parlements nationaux ont le droit de s'opposer à une telle mesure (article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE).

(2) La compétence en matière d'administration de la justice fait partie des domaines qui, dans le regroupement de type fédéral que constitue l'Union européenne, demeurent en principe auprès des Etats membres. Les Etats membres sont certes tenus, en vertu du droit communautaire, d'assurer une protection juridique effective par les tribunaux qui ne doit pas être entravée par des dispositions nationales (cf. CJCE, arrêt du 15 mai 1986, affaire 222/84, Johnston, Recueil 1986, p. 1651 points 17 et suivants ; CJCE, arrêt du 11 septembre 2003, affaire C-13/01, Safalero, Recueil 2003, p. I-8679, point 50), mais cette situation juridique n'affecte cependant pas la compétence des Etats membres en matière d'organisation du système judiciaire et pour équiper ce dernier des moyens humains et financiers nécessaires. Le contexte dans lequel s'insère le chapitre 3 du titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne illustre que l'article 81 alinéa 2 TFUE n'a pas transféré à l'Union européenne une compétence qui restreindrait cette responsabilité des Etats membres. De même, la garantie d'une protection juridique effective conformément à l'article 19 alinéa 4 GG et le principe, découlant du principe de l'Etat de droit, d'un recours à la justice – tous les deux reconnus par le droit de l'Union (cf. Nowak, dans Heselhuis / Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 51) – ne sont pas restreints par exemple par l'obligation de développer des méthodes alternatives de résolution des litiges (article 81 alinéa 2 lettre g) TFUE). L'accès du citoyen aux tribunaux ne peut en principe être limité par le droit primaire ou dérivé de l'Union, ni rendu plus difficile par l'instauration de procédures préalables à caractère non judiciaire.

368

Dans la mesure où, par dérogation à l'article 81 alinéa 2 TFUE, l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 1 TFUE dispose que les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontalière soient établies par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il faut y voir une simple dérogation de procédure, qui renforce les compétences des Etats membres, par rapport aux règles applicables en ce qui concerne le droit civil général, et non la possibilité d'une extension matérielle des compétences du Conseil d'adopter des mesures relatives au droit de la famille qui ne figurent pas dans l'énumération à l'article 81 alinéa 2 TFUE. Cependant, si une vue différente venait à s'imposer à ce sujet, il faudrait assurer – sans préjudice du noyau

369

dur constitutionnel dont l'identité est protégée – que la compétence selon l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 1 TFUE ne puisse être exercée sans intervention obligatoire préalable des organes législatifs allemands.

cc) Le Traité de Lisbonne modifie en outre les dispositions relatives à la politique commerciale commune. Cela concerne notamment les investissements étrangers directs, ainsi que les échanges de services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle (article 207 alinéa 1 TFUE). 370

En vertu du droit communautaire actuellement en vigueur, la politique commerciale commune, c'est-à-dire la représentation extérieure, à l'échelle du monde, du Marché intérieur en matière de politique commerciale, fait déjà partie des compétences exclusives de la Communauté européenne (CJCE, avis 1/94 du 15 novembre 1994, Recueil 1994, p. I-5267, points 22 et suivants). Jusqu'à présent, cela n'inclut cependant pas les domaines des investissements étrangers directs, de l'échange de services ni les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. Actuellement, la Communauté européenne n'est pas compétente en matière d'investissements directs et elle ne dispose que d'une compétence concurrente en ce qui concerne l'échange de services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle (article 133 alinéa 5 TCE). Cette situation doit changer avec le Traité de Lisbonne. Selon l'article 3 alinéa 1 lettre e) TFUE combiné à l'article 207 TFUE, la politique commerciale commune, y compris les domaines qui viennent d'être cités, doit relever de la compétence exclusive de l'Union européenne. 371

(1) Des accords conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), tels que l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), relèveront alors également de la compétence exclusive de l'Union. Ceci a pour conséquence d'ôter son fondement à la jurisprudence actuelle de la Cour de justice des Communautés européennes selon laquelle, en raison de la compétence mixte, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord OMC) du 15 avril 1994 (J.O. 1994 No L 336/3) était considéré comme un Accord mixte et devait être conclu et ratifié tant par la Communauté européenne que par les Etats membres (cf. CJCE, avis 1/94 du 15 novembre 1994, Recueil 1994, p. I-5267, points 98 et 105 ; sur le statut d'Accord mixte d'un traité de droit international public cf. également CJCE, avis 1/78 du 4 octobre 1979, Recueil 1979, p. 2871, point 2 ; CJCE, avis 2/91 du 19 mars 1993, Recueil 1993, p. I-1061, points 13 et 39). 372

Pour la conclusion et la ratification de traités de droit international public dans le cadre de la politique commerciale commune, y compris dans les domaines nouvellement introduits à l'article 207 alinéa 1 TFUE, seule l'Union européenne sera compétente à l'avenir ; la nécessité et la possibilité de la conclusion d'un traité (aussi) par les Etats membres et la participation, qui y est liée, des Parlements nationaux conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (article 59 alinéa 2 GG) deviennent caduques. En revanche, le rôle du Parlement européen est renforcé, alors 373

que selon la situation juridique actuelle, ce dernier n'a même pas besoin d'être consulté à l'occasion de la conclusion d'un traité dans le cadre de la politique commerciale commune. Selon l'article 207 alinéa 2 TFUE, le cadre dans lequel est mise en œuvre la politique commerciale commune est défini par voie de règlements adoptés conformément à la procédure législative ordinaire. La conclusion de traités doit être approuvée par le Parlement européen dans le cadre des dispositions de l'article 218 alinéa 6 sous-alinéa 2 lettre a) no v) TFUE (au sujet de l'étendue non encore déterminée de cette obligation de recueillir l'approbation du Parlement européen, cf. Krajewski, Das institutionelle Gleichgewicht in den auswärtigen Beziehungen, dans Herrmann / Krenzler / Streinz, Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag, 2006, p. 63 < 69 ss. >).

Avec cette compétence exclusive qui vient d'être illustrée, le pouvoir de contrôle est conféré à l'Union européenne à l'égard d'accords commerciaux internationaux qui peuvent entraîner des bouleversements profonds de l'ordre intérieur des Etats membres. Outre la perte de leur compétence pour conclure des accords commerciaux internationaux – et le fait s'y rattachant que la participation législative du Bundestag et du Bundesrat selon l'article 59 alinéa 2 GG soit écartée –, les Etats membres sont touchés aussi d'une autre manière par ce déplacement de compétences effectué par le Traité de Lisbonne : leur qualité de membres de l'Organisation mondiale du commerce risquerait d'être réduite à un caractère purement formel. Le droit de vote au sein des organes de l'Organisation mondiale du commerce ne pourrait plus être exercé que par l'Union européenne. En plus, les Etats membres perdraient leur capacité formelle à être parties dans des procédures de règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce. Les Etats membres seraient en outre exclus des négociations à l'échelle mondiale sur de nouveaux accords ou la modification d'accords existants – ce qu'il est convenu d'appeler les cycles de négociations – dans le cadre de la politique commerciale commune élargie (sur les détails, cf. Tietje, Das Ende der parallelen Mitgliedschaft von EU und Mitgliedstaaten in der WTO ?, dans Herrmann / Krenzler / Streinz, Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag, 2006, p. 161 < 171 ss. >).

Il n'est pas nécessaire d'examiner ici la question de savoir si et dans quelle mesure l'adhésion des Etats membres de l'Union européenne au sein de l'Organisation mondiale du commerce ne subsisterait plus de manière substantielle et matérielle, mais seulement de façon institutionnelle et formelle. En tout état de cause, le Traité de Lisbonne ne peut obliger les Etats membres à renoncer à leur statut de membre de l'Organisation mondiale du commerce. Ceci vaut notamment en ce qui concerne les négociations au sujet des relations commerciales multilatérales au sens de l'article III alinéa 2 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, dont l'éventuel contenu futur n'est pas déterminé par le droit de l'Union européenne et à l'égard desquelles il est possible qu'il y ait à l'avenir – selon le déroulement de futurs cycles de négociations – une compétence des Etats membres. Il ne peut donc y avoir de restriction illicite de la qualité d'Etat souverain, qualité postulée et protégée par la Loi

374

375

fondamentale, ni du principe de la souveraineté du Peuple, restriction résultant de la perte de la capacité d'action dans des domaines non négligeables des relations entre les Etats. L'Organisation mondiale du commerce demeure la scène centrale sur laquelle s'exercent le dialogue mondial relatif aux questions commerciales et les négociations d'accords commerciaux correspondants. Bien qu'en pratique, les Etats membres se fassent régulièrement représenter par la Commission, leur présence juridique et diplomatique est la condition nécessaire pour pouvoir prendre part au débat sur les questions fondamentales de politique de la société, de politique économique et de politique sociale, et pour expliquer au niveau national les arguments et les résultats, afin que ces derniers puissent y être débattus. Lorsque le gouvernement fédéral informe le Bundestag allemand et le Bundesrat des sujets des cycles de négociations et des directives de négociation arrêtées par le Conseil (article 218 alinéa 2 TFUE) et leur ouvre ainsi la possibilité d'une part, de vérifier que le programme d'intégration a été respectée par l'Union européenne et d'autre part, de contrôler l'action du gouvernement fédéral, il ne le fait pas uniquement pour satisfaire à son obligation générale d'information, ce qui irait de soi (cf. Recueil BVerfGE 57, 1 < 5 > ; 70, 324 < 355 > ; 105, 279 < 301 ss. > ; 110, 199 < 215 >) ; en raison de la responsabilité commune d'intégration et la répartition, séparant les Pouvoirs, des compétences entre les organes constitutionnels, il y est tenu de par la Constitution.

En outre, l'idée d'un recul progressif de la qualité des Etats membres comme sujet de droit dans les relations extérieures au profit d'une Union européenne agissant de plus en plus à la manière d'un Etat ne répond nullement à une tendance, prévisible et rendue irréversible par le Traité de Lisbonne, vers la création nécessaire dans les faits d'un Etat fédéral. L'évolution qui a eu lieu jusqu'ici et a conduit au développement d'une adhésion des Etats membres coopérative mixte et en parallèle pourrait même au contraire servir de modèle à d'autres organisations internationales et à d'autres types de relations entre Etats. Si toutefois l'évolution de l'Union européenne vers une entité quasi-étatique devait se poursuivre sur le fondement du Traité de Lisbonne qui, à cet égard, est ouvert à tous les développements possibles, cela entraînerait en conflit avec les principes constitutionnels fondamentaux. Un tel pas n'est cependant pas réalisé avec le Traité de Lisbonne.

376

(2) La cadre pour les investissements directs étrangers appelle un examen sur d'autres bases juridiques. La protection des investissements par le droit international public est une catégorie autonome du droit international, pour laquelle le contexte juridique du commerce mondial ne joue qu'un rôle subordonné (cf. l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, J.O. 1994 No L 336/100). Cette autonomie institutionnelle est le reflet de divergences de point de vue relatives à la protection de la propriété au niveau international (cf. Dolzer / Schreuer, Principles of International Investment Law, 2008, pages 11 et suivantes). Pendant des décennies, l'importance que revêt, sur le plan de la politique sociale et sur celui de la société, la liberté fondamentale garantissant le droit de propriété a été marquée par de profonds antagonismes idéologiques (cf. Recueil BVerfGE 84, 90 ss. ; 94, 12

377

ss. ; 112, 1 ss.).

De nombreux Etats ont conclu des conventions internationales bilatérales ayant pour objet la protection du patrimoine constitué à l'étranger. Ce patrimoine, chiffré à 5 004 milliards d'Euros pour la République fédérale d'Allemagne en 2007 (Bundesbank, Das deutsche Auslandsvermögen seit Beginn der Währungsunion : Entwicklung und Struktur, rapport mensuel 10.2008, p. 19 < tableau >) entre pour sa plus grande partie dans le champ d'application de 126 conventions bilatérales de protection des investissements (ministère fédéral de l'Economie et de la Technologie, Übersicht über die bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge < IFV > der Bundesrepublik Deutschland, à jour : 27 mai 2009). A l'échelle du monde, il y avait à la fin de l'année 2007 un total de 2 608 traités bilatéraux ayant pour objet la protection des investissements (CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2008, Les sociétés transnationales et le défi des infrastructures, p. 14).

378

Avec l'extension de la politique commerciale commune aux « investissements étrangers directs » (article 207 alinéa 1 TFUE), une compétence exclusive est reconnue à l'Union européenne également dans ce domaine. Toutefois, de nombreux éléments semblent indiquer que la notion d'« investissements étrangers directs » ne recouvre que ceux des investissements qui visent à acquérir le contrôle d'une entreprise (cf. Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, pages 15 et suivante). Cela aurait pour conséquence que la compétence exclusive de l'Union ne s'appliquerait qu'à l'égard d'investissements de ce type, tandis que les conventions de protection des investissements allant au-delà devraient prendre la forme d'accords mixtes.

379

Le maintien en vigueur des traités déjà conclus n'est pas mis en cause. Les traités de droit international public conclus par les Etats membres antérieurement au 1er janvier 1958 ne sont en principe pas affectés par le Traité instituant la Communauté européenne (article 307 alinéa 1 TCE ; article 351 alinéa 1 TFUE). Dans de nombreux cas, cette disposition ne peut certes pas être appliquée directement, car les conventions bilatérales de protection des investissements sont en règle générale plus récentes, mais il peut néanmoins être déduit de cette disposition l'idée juridique selon laquelle une situation juridique de fait dans les Etats membres n'est en principe pas affectée par une mesure ultérieure d'intégration (cf. Bernhardt, Die Europäische Gemeinschaft als neuer Rechtsträger im Geflecht der traditionellen zwischenstaatlichen Beziehungen, dans la revue EuR 1983, p. 199 < 205 > ; Schmalenbach, dans Calliess / Ruffert, EUV / EGV, 3e édition, 2007, Art. 307 EGV, no 5). Eu égard à la compétence partagée en matière d'investissements, les conventions actuelles relatives à la protection des investissements sont autorisées par l'Union européenne (cf. la décision 2001/855/CE du Conseil du 15 novembre 2001 autorisant la tacite reconduction ou le maintien en vigueur des dispositions dont les matières relèvent de la politique commerciale commune contenues dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation et dans les accords commerciaux conclus par les Etats membres avec les pays tiers, J.O. No L 320/13). Cela correspond à la pratique actuelle – dé-

380

clarée ou tacite – en ce qui concerne le maintien en vigueur des conventions internationales conclues par les Etats membres.

dd) Le domaine obligatoirement réservé au Parlement à l'égard de l'intervention des forces armées à l'étranger subsistera également après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Le Traité de Lisbonne n'attribue pas à la l'Union européenne de 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. 381

(1) Le domaine que la Loi fondamentale réserve au Parlement en matière de défense s'applique lorsqu'en raison du contexte de la mission et des éléments de droit comme de fait du cas concerné, il faut s'attendre concrètement à une intervention de soldats allemands dans un conflit armé. Les dispositions de la Loi fondamentale relatives aux forces armées ont pour objectif de ne pas laisser la Bundeswehr en tant que facteur de pouvoir à la disposition du seul pouvoir exécutif, mais de l'intégrer en tant qu'« armée du Parlement » dans l'ordre constitutionnel démocratique de l'Etat de droit (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 381 s. > ; 121, 135 < 153 ss. >). 382

Le domaine constitutionnellement réservé au Parlement en matière de défense établit un droit efficace de codécision au bénéfice du Bundestag allemand dans le domaine du pouvoir extérieur. Sans l'approbation par le Parlement, l'intervention des forces armées est en principe prohibée par la Loi fondamentale ; le gouvernement fédéral n'est autorisé qu'à titre exceptionnel – en cas de danger imminent – à décider de l'engagement provisoire de forces armées, afin d'éviter que les capacités de défense et d'alliance de la République fédérale d'Allemagne ne soient remises en cause par l'existence du domaine réservé du Parlement en la matière (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 388 s. >). 383

(2) Le texte du Traité de Lisbonne n'impose pas aux Etats membres de mettre des contingents de forces armées nationales à la disposition de l'Union européenne pour les interventions militaires de cette dernière. Tant le texte que la genèse des articles 42 et suivants TUE Lisbonne montrent clairement la volonté des Etats membres de laisser le dernier mot à la Constitution et de garder ainsi la faculté de décision souveraine sur l'engagement de leurs forces armées. L'article 42 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 1 TUE Lisbonne ne fait pas obstacle à cette interprétation du Traité de Lisbonne, lequel prévoit pour la première fois une obligation d'assistance collective des Etats membres. Au cas où un Etat membre ferait l'objet d'une agression armée sur son territoire, « les autres Etats membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, conformément à l'article 51 de la charte des Nations unies ». 384

Il n'est pas nécessaire ici d'examiner la question de savoir si c'est à juste titre que la doctrine met déjà en doute l'effet juridiquement contraignant de cette obligation d'assistance collective (cf. Dietrich, Die rechtlichen Grundlagen der Verteidigungspolitik der Europäischen Union, dans la revue ZaöRV 2006, p. 663 < 694 > ; Regelsberger, Von Nizza nach Lissabon – das neue konstitutionelle Angebot für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der EU, integration 2008, p. 266 < 271 > ; 385

Missiroli, *The Impact of the Lisbon Treaty on ESDP*, European Parliament, January 2008, p. 15 ; Schmidt-Radefeldt, *Parlamentarische Kontrolle der internationalen Streitkräfteintegration*, 2005, p. 186 ; Thym, *Außenverfassungsrecht nach dem Lisaboner Vertrag*, dans Pernice, *Der Vertrag von Lissabon : Reform der EU ohne Verfassung ?*, 2008, p. 173 < 184 s. >).

En tout cas, les termes et l'environnement normatif de l'article 42 TUE Lisbonne montrent que l'obligation d'assistance des Etats membres ne va pas au-delà de celle prévue par l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord du 4 avril 1949 (Journal officiel fédéral BGBl. 1955 II p. 289). Cette dernière n'implique pas automatiquement le recours à des moyens militaires, mais laisse une marge d'appréciation aux Etats membres de l'OTAN quant au contenu de l'assistance à fournir (cf. Recueil BVerfGE 68, 1 < 93 >). A cela s'ajoute que l'obligation d'assistance collective « n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense de certains Etats membres » (article 42 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 2 TUE Lisbonne), une affirmation que le Traité contient également dans d'autres de ses dispositions (cf. l'article 42 alinéa 2 sous-alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne, ainsi que les Déclarations nos 13 et 14 sur la politique étrangère et de sécurité commune et jointes à l'Acte final du Traité de Lisbonne). Les Etats membres disposent ainsi de la possibilité, garantie par le droit primaire, de faire valoir des réserves de principe sur le fond à l'encontre de l'obligation d'assistance collective (cf. Graf von Kielmansegg, *Die Verteidigungspolitik der Europäischen Union*, 2005, pages 396 et suivantes). Le domaine constitutionnellement réservé au Parlement en matière de défense en vertu de la Loi fondamentale peut produire ses effets dans le champ d'application de ces réserves.

386

(3) Le domaine constitutionnellement réservé au Parlement en matière de défense ne peut pas non plus être contourné sur le fondement d'une obligation des Etats membres d'agir qui découlerait du droit dérivé. Le Traité de Lisbonne habilite certes le Conseil à adopter des décisions relatives à des missions « dans lesquelles l'Union peut avoir recours à des moyens civils et militaires » (article 43 alinéas 1 et 2 TUE Lisbonne). La notion de « moyens civils et militaires » pourrait inclure des contingents concrets de forces armées des Etats membres. La doctrine suivie jusqu'alors par les Etats membres dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune amène toutefois à penser que tel n'est pas le cas. Une contribution militaire a, à la rigueur, pu être considérée comme « due » sur le plan politique, mais jamais sur le plan juridique.

387

Même en cas d'application extensive de l'article 43 alinéa 2 TUE Lisbonne, le Conseil serait tenu d'adopter une décision en ce sens à l'unanimité (cf. l'article 31 alinéas 1 et 4 et l'article 42 alinéa 4 TUE Lisbonne). Dans un tel cas, le représentant allemand au sein du Conseil serait tenu de par la Constitution de s'opposer à toute proposition de décision qui violerait ou contournerait le domaine constitutionnellement réservé au Parlement en matière de défense. Il n'est pas non plus possible dans ce cas de passer au vote à la majorité qualifiée par une décision du Conseil et d'écarter ainsi l'exigence d'unanimité au sein du Conseil (cf. l'article 31 alinéas 2 et 3

388

TUE Lisbonne). Les décisions « ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense » sont exclues du champ d'application tant de la clause passerelle générale conformément à l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 1 phrase 2 TUE Lisbonne que de la clause passerelle spéciale conformément à l'article 31 alinéa 4 TUE Lisbonne. Un éventuel accord politique entre les Etats membres d'employer des forces armées dans le cadre de l'alliance européenne ne serait pas en mesure d'engendrer sur le plan juridique une obligation d'agir qui permettrait de passer outre le domaine obligatoirement réservé au Parlement conformément à l'article 24 alinéa 2 GG et plus spécifique par rapport à celui réservé au Parlement par l'article 23 GG.

(4) Le Traité de Lisbonne habilite les Etats membres à déterminer progressivement une politique de défense commune. Une telle politique, qui est déjà rendue possible par l'article 17 alinéa 1 TUE actuellement en vigueur, conduit à une défense commune « dès lors que le Conseil européen, statuant à l'unanimité, en aura décidé ainsi » et que les Etats membres auront adopté une décision dans ce sens « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives » (article 42 alinéa 2 sous-alinéa 1 TUE Lisbonne). 389

Cette réserve de ratification illustre qu'en l'état du droit primaire actuellement en vigueur comme d'après la situation juridique suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le pas vers un système de sécurité mutuelle collective n'est pas encore franchi. Si les Etats membres devaient s'accorder pour adopter une décision en ce sens, l'obligation de coopération militaire ne pèserait sur les Etats membres que sur le plan du droit international public. Même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la politique étrangère et de sécurité commune, y compris la politique de sécurité et de défense commune, demeure en dehors du champ d'application du droit supranational (cf. l'article 24 alinéa 1 et l'article 40 TUE Lisbonne ; l'article 2 alinéa 4 TFUE et la Déclaration no 14 sur la politique étrangère et de sécurité commune et jointe à l'Acte final du Traité de Lisbonne). 390

Si le Conseil européen devait décider à l'unanimité la mise en place d'une défense commune, le principe de l'unanimité applicable en matière de politique de sécurité et de défense commune (cf. l'article 31 alinéas 1 et 4 et l'article 42 alinéa 4 TUE Lisbonne) garantirait qu'aucun Etat membre ne puisse être obligé contre son gré à participer à une opération militaire de l'Union européenne. Dans ce cas, le domaine constitutionnellement réservé au Parlement en matière de défense ne pourrait pas non plus être écarté par la voie d'une modification du traité selon la procédure de révision ordinaire (article 48 alinéas 2 à 5 TUE Lisbonne) qui supprimerait l'exigence d'unanimité pour la remplacer par le principe d'un vote à la majorité qualifiée. De par la Constitution, la République fédérale d'Allemagne n'aurait pas le droit de participer à une telle décision. 391

ee) Le Traité de Lisbonne ne restreint pas les possibilités d'action du Bundestag allemand dans le domaine de la politique sociale à un tel point que le principe de l'Etat social (article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 GG) serait 392

affecté d'une manière problématique du point de vue constitutionnel et que les marges d'appréciation démocratique nécessaires seraient ainsi illicitement réduites.

L'allégation avancée par les requérants sous V., selon laquelle la politique économique européenne serait une politique purement de marché sans orientation de politique sociale et limiterait par son approche fonctionnelle les possibilités du législateur dans les Etats membres de mener une politique sociale autonome, est erronée. Il n'est pas vrai que l'Union européenne ne dispose pas de compétences en matière sociale, ni qu'elle reste sans agir dans ce domaine. En même temps, les Etats membres disposent d'un champ de compétence suffisant pour adopter de manière autonome des décisions essentielles de politique sociale.

393

Depuis le commencement du processus d'intégration, l'Union européenne se voit confrontée à la critique de négliger la dimension sociale de la société et de limiter, par son approche d'intégration par le marché, de manière inadmissible la liberté d'action des Etats membres dans le domaine de la politique sociale. La thèse de l'exclusion de considérations d'ordre social des objectifs du processus d'intégration se fondait sur une comparaison tacite avec un ordre juridique de type étatique, alors même que l'intégration fonctionnelle, dont l'objectif est la mise en place d'un marché commun, n'était pas nécessairement tenue de satisfaire aux attentes d'unité de la société (cf. cependant Scharpf, *The European Social Model : Coping with the Challenges of Diversity*, dans la revue *JCMS* 2002, pages 645 et suivantes). Déjà lors des négociations relatives au Traité instituant la Communauté économique européenne, des questions sociales furent abordées et aussi reprises dans le texte du traité, par exemple dans le domaine de l'organisation du marché agricole ou de celui de la rémunération égale des hommes et des femmes (article 141 TCE ; article 157 TFUE). Depuis cette époque, la dimension sociale a gagné en importance avec chaque réforme des bases juridiques de l'intégration européenne et connu un renforcement en conséquence au sein du droit primaire (au sujet du droit social européen, cf. Haverkate / Huster, *Europäisches Sozialrecht : eine Einführung*, 1999 ; Hanau / Steinmeyer / Wank, *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, 2002 ; Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, 4e édition, 2005 ; Marhold, *Das neue Sozialrecht der EU*, 2005 ; de Búrca, *EU Law and the Welfare State*, 2005 ; Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 3e édition, 2006).

394

C'est ainsi que l'Accord sur la politique sociale a été intégré dans le droit communautaire en 1997 par le Traité d'Amsterdam, alors que dans un premier temps, il avait été un instrument autonome de droit international public en dehors du Traité de Maastricht, faute de consensus politique. Les articles 136 à 150 TCE contiennent des dispositions entre autres relatives aux domaines du droit du travail, de la sécurité sociale, de la formation initiale comme de la formation continue, de la cogestion, du dialogue avec les partenaires sociaux, ainsi que des conditions de travail (pour plus de détails, cf. par exemple Kingreen, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, pages 295 et suivantes). Ces dispositions sont complétées par l'article 13 TCE, qui sert de fondement aux directives contre la discrimination,

395

l'article 39 TCE, qui règle la liberté de circulation des travailleurs, ainsi que par les droits fondamentaux sociaux contenus dans la Charte des droits fondamentaux et auxquels la Charte consacre l'intégralité de son titre IV (articles 27 à 38), intitulé « Solidarité ». Cela étant, depuis quelques années, la Cour de justice des Communautés européennes a notamment vu dans la citoyenneté de l'Union le nucléus d'une solidarité européenne et, sur la base de l'article 18 combiné à l'article 12 TCE, l'a développée dans sa jurisprudence. Cette jurisprudence représente l'essai de fonder une identité sociale européenne en promouvant la possibilité pour les citoyens de l'Union de bénéficier des systèmes sociaux des Etats membres (cf. les contributions dans Hatje / Huber, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, 2007, ainsi que Kadelbach, Unionsbürgerrechte, dans Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2e édition, 2005, pages 553 et suivantes ; Hailbronner, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, dans la revue JZ 2005, pages 1138 et suivantes).

Le Traité de Lisbonne s'inscrit dans cette évolution : Le Préambule du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne affirme dans son deuxième considérant la détermination d'assurer « par une action commune le progrès économique et social » des Etats membres. Les objectifs du Traité sur l'Union européenne sont adaptés en invitant l'Union à œuvrer pour « une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social » (article 3 alinéa 3 sous-alinéa 1 TUE Lisbonne). En même temps, l'objectif d'une concurrence « libre et non faussée » est supprimé du corps du Traité sur l'Union européenne et cantonné dans le Protocole no 27 sur le Marché intérieur et la concurrence. Une nouvelle clause horizontale (article 9 TFUE) doit assurer que l'Union prenne en compte dans toutes ces politiques et actions la promotion d'un niveau d'emploi élevé, la garantie d'une protection sociale adéquate, la lutte contre l'exclusion sociale, ainsi qu'un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine (d'autres innovations dans le domaine social sont introduites par le Traité de Lisbonne à l'article 5 alinéa 3 < coordination des politiques sociales des Etats membres >, à l'article 21 alinéa 3 < citoyenneté de l'Union et sécurité sociale >, à l'article 152 rôle des partenaires sociaux > et à l'article 165 alinéa 2 TFUE < dimension sociale du sport > ; le Protocole no 29 établit un lien entre l'existence d'un système de radiodiffusion publique et les besoins sociaux de toute société).

396

Le cadre d'action juridique trouve un écho dans les initiatives et les programmes politiques qui remplissent et concrétisent le droit. Dans les conclusions de sa présidence des 11 et 12 décembre 2008, le Conseil européen de Bruxelles a reconnu expressément que les sujets du progrès social et de la protection des droits des travailleurs, des services publics en tant qu'instruments indispensables pour la cohésion sociale et régionale, de la responsabilité des Etats membres en matière de mise à disposition de services d'éducation et de santé, ainsi que du rôle et de la large marge d'appréciation des autorités nationales, régionales et locales en matière de services d'intérêt général revêtent une grande importance (Bulletin UE 12-2008, I-17, < annexe 1 >).

397

Enfin, il convient également de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice qui, encore récemment, faisait certes partie des cibles de la critique d'une « orientation purement marchande » de l'Union européenne, mais qui a en même temps apporté de nombreux éléments contribuant à une « Europe sociale ». Dans sa jurisprudence, la Cour de justice a développé des principes qui renforcent la dimension sociale de l'Union européenne. Ainsi la Cour a-t-elle reconnu de nombreuses préoccupations sociales importantes comme exigences impérieuses de l'intérêt général susceptibles d'apporter des restrictions aux libertés économiques du droit communautaire. Peuvent être cités à titre d'exemple la protection des travailleurs salariés (CJCE, arrêt du 15 mars 2001, affaire C-165/98, *Mazzoleni*, Recueil 2001, p. I-2189, point 27), l'équilibre financier du système de sécurité sociale (CJCE, arrêt du 13 mai 2003, affaire C-385/99, *Müller-Fauré*, Recueil 2003, p. I-4509, point 73), les exigences du système d'aide sociale (CJCE, arrêt du 17 juin 1997, affaire C-70/95, *Sodemare*, Recueil 1997, p. I-3395, point 32) et celles du système social (CJCE, arrêt du 21 octobre 1999, affaire C-67/98, *Zenatti*, Recueil 1999, p. I-7289, point 31), ainsi que la protection contre le dumping social (CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, affaire C-341/05, *Laval*, Recueil 2007, p. I-11767, point 103). Dans son arrêt du 11 décembre 2007, la Cour de justice a même dégagé l'existence d'un droit fondamental européen de grève (CJCE, affaire C-438/05, *Viking*, Recueil 2007, p. I-10779, point 44 ; pour l'appréciation critique de cet arrêt, cf. *Rebhahn*, *Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking*, dans la revue *ZESAR* 2008, pages 109 et suivantes ; *Joerges / Rödl*, *Informal Politics, Formalised Law and the « Social Deficit » of European Integration : Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, dans la revue *ELJ* 2009, pages 1 et suivantes, ainsi que les contributions présentées lors du colloque « Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten » organisé le 26 juin 2008 par le ministère fédéral du Travail et des Affaires sociales, cf. sous <http://www.bmas.de/>).

Eu égard à la situation juridique décrite ci-dessus, aux évolutions et à l'orientation fondamentale de l'Union européenne, la large marge d'appréciation relative aux questions sociales reconnue au niveau européen n'est pas outrepassée. Contrairement à la crainte exprimée par les requérants sous V., il n'y a pas non plus de raisons qui amènent à penser que les Etats membres seraient privés de leur droit et de leurs possibilités pratiques d'action de prendre, dans leurs espaces démocratiques primaires respectifs, des décisions de principe relatives aux systèmes de sécurité sociale et aux autres mesures de la politique sociale et de la politique de l'emploi.

Dans la mesure où l'article 48 alinéa 1 TFUE habilite l'Union européenne à adopter dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, les membres du Conseil disposent de la possibilité de demander, par la voie de la procédure de sauvegarde, que le Conseil européen soit saisi et obtenir ainsi une suspension de la procédure législative ordinaire (article 48 alinéa 2 TFUE). A l'instar de du mécanisme de sauvegarde en matière de justice pénale (article 82 alinéa 3 et article 83 alinéa 3 TFUE), le représentant du

gouvernement allemand au sein du Conseil ne peut exercer ce droit revenant à tout Etat membre que sur instruction du Bundestag et, dans la mesure où les règles de procédure législative l'exigent, du Bundesrat.

2. La loi relative à la modification de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) (loi de révision constitutionnelle), qui est une loi de révision de la Constitution, ne soulève pas d'objections d'ordre formel ni d'ordre matériel et elle est donc conforme à la Constitution. 401

Dans le cas d'une loi de révision constitutionnelle, la Cour constitutionnelle fédérale vérifie que les exigences découlant de l'article 79 alinéa 3 GG ont été respectées (cf. Recueil BVerfGE 30, 1 < 24 > ; 94, 12 < 33 s. > ; 109, 279 < 310 >). Il n'est pas apparent en quoi les principes énoncés aux articles 1 et 20 GG pourraient être violés par le contenu de la loi de révision constitutionnelle. 402

a) Ceci vaut en particulier en ce qui concerne l'article 1 no 1 de la loi de révision constitutionnelle qui introduit dans la Constitution le droit de former un recours pour violation du principe de subsidiarité, droit de protection de la minorité (article 23 alinéa 1a phrase 2 GG, nouvelle rédaction). Le sens et l'objectif de l'obligation prévue pour le Bundestag allemand de former un recours sont de préserver le droit de la minorité parlementaire de faire valoir les droits du Bundestag allemand également au cas où ce dernier ne veut pas faire valoir ses droits, notamment par rapport au gouvernement fédéral qu'il soutient. Les groupes parlementaires de l'opposition, en tant que minorité parlementaire organisée, sont l'adversaire de la majorité politique et ils doivent disposer d'une voie de recours devant la Cour de justice de l'Union européenne, afin de permettre un exercice effectif des droits réservés au Parlement dans le cadre institutionnel de l'intégration européenne (en ce qui concerne la procédure de règlement des litiges entre organes de la Fédération, cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 344 > ; 117, 359 < 367 s. > ; au sujet de l'aménagement du recours pour violation du principe de subsidiarité en tant que droit de la minorité parlementaire, cf. également l'article 88-6 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958 dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). 403

Le quorum d'un quart des membres du Bundestag allemand nouvellement prévu à l'article 23 alinéa 1a GG ne soulève pas non plus d'objection d'ordre constitutionnel. Certes, l'obligation imposée au Bundestag d'introduire un recours pour violation du principe de subsidiarité dès qu'un quart de ses membres l'exigent (article 23 alinéa 1a phrase 2 GG) est une dérogation par rapport au principe de la majorité conformément à l'article 42 alinéa 2 GG, mais cela ne pose pas de difficulté et ce, déjà pour la raison qu'il ne s'agit pas ici de l'adoption de décisions à portée normative, mais du droit de saisir une juridiction (dans le même sens, cf. la disposition de l'article 93 alinéa 1 no 2 GG). 404

b) La possibilité d'une délégation que l'article 1 no 2 de la loi de révision constitutionnelle introduit à l'article 45 alinéa 3 GG (nouvelle rédaction) ne porte pas atteinte aux principes démocratiques selon l'article 79 alinéa 3 GG. Le Bundestag désigne 405

une commission pour les affaires de l'Union européenne. Il peut habiliter cette commission à faire valoir les droits du Bundestag à l'encontre du gouvernement fédéral conformément à l'article 23 GG. Il peut également l'habiliter à exercer les droits que les bases conventionnelles de l'Union européenne reconnaissent au Bundestag. Ce n'est pas l'attribution de ces prérogatives, mais leur utilisation qui, le cas échéant, peut soulever des objections du point de vue constitutionnel.

3. La loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (loi d'extension) est contraire à l'article 38 alinéa 1 combiné à l'article 23 alinéa 1 GG dans la mesure où des droits de participation du Bundestag et du Bundesrat n'ont pas été aménagés dans une mesure appropriée. 406

a) La loi d'extension, qui n'a pas encore été promulguée par le Président fédéral, a pour objectif d'établir les conditions en droit interne selon lesquelles le Bundestag et le Bundesrat – pris ici en tant que chambre d'un Parlement national – exercent les droits reconnus par le Traité de Lisbonne (impression du Bundestag 16/8489, p. 7). La loi règle l'exercice des droits dans le cadre du contrôle du respect du principe de subsidiarité (article 1 §§ 2 et 3 de la loi d'extension), ainsi que du droit explicitement prévu dans le Traité de Lisbonne de rejeter des actes juridiques de l'Union européenne modifiant les traités prévus en application de la procédure passerelle de l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne ou de celle de l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE (article 1 § 4 de la loi d'extension). 407

En outre, la loi ouvre la possibilité à l'assemblée plénière du Bundestag d'habiliter la commission qu'elle a nommée pour les affaires de l'Union européenne à exercer ses droits – sous réserve des restrictions découlant des exigences de la loi d'extension à l'égard de la prise de décision concernant le recours pour violation du principe de subsidiarité et les droits de rejet dans le cadre des procédures passerelles (à ce sujet, cf. l'impression du Bundestag 16/8489, p. 8) – à l'encontre des organes de l'Union européenne (article 1 § 5 de la loi d'extension). 408

b) Lorsque, sur la base du principe d'attribution, les Etats membres organisent le droit conventionnel européen de manière telle qu'une modification de ce droit peut être réalisée sans procédure de ratification par les organes de l'Union européenne, seuls ou en exerçant une influence déterminante – bien qu'une décision unanime du Conseil soit nécessaire –, une responsabilité particulière pèse sur les organes constitutionnels dans le cadre de la participation. En Allemagne, cette responsabilité d'intégration doit satisfaire aux exigences constitutionnelles, notamment celles découlant de l'article 23 alinéa 1 GG. La loi d'extension ne répond pas à ces exigences, dans la mesure où elle ne reconnaît pas des droits de participation suffisants au Bundestag allemand et au Bundesrat dans le cadre de la procédure de modification des traités et de la procédure d'adoption d'actes juridiques. 409

aa) La loi d'extension a pour fonction de reprendre et de concrétiser en droit interne à l'échelon de la loi ordinaire les droits de participation au processus d'intégration 410

européenne exigés en vertu de la Constitution au profit des organes législatifs. A cette fin, l'accord entre le Bundestag allemand et le gouvernement fédéral relatif à la coopération dans les affaires de l'Union européenne du 28 septembre 2006 (Journal officiel fédéral BGBl. I p. 2177) n'est pas suffisant, ni de par sa nature juridique incertaine (cf. Hoppe, Drum prüfe, wer sich niemals bindet – Die Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, dans la revue DVBl 2007, p. 1540 < 1540 s. >), ni de par son contenu (cf. entre autres la résolution du Bundestag allemand du 24 avril 2008 accompagnant le Traité de Lisbonne < impression du Bundestag 16/8917, p. 6, protocole de la séance plénière 16/157, p. 16482 B >). Le Bundestag et le Bundesrat doivent par conséquent disposer de la possibilité de décider une nouvelle fois, dans la mesure exigée par les motifs de la présente décision, sur les procédures et les formes de leur participation.

bb) A l'occasion de cette nouvelle décision législative, le Bundestag et le Bundesrat doivent tenir compte du fait qu'ils devront exercer leur responsabilité d'intégration dans de nombreux cas d'évolution dynamique des traités : 411

(1) Alors que la procédure de révision ordinaire des traités (article 48 alinéas 2 à 5 TUE Lisbonne) s'exerce sous la réserve, classique pour des traités de droit international public, d'une ratification par les Etats membres, la Constitution exige aussi, pour les modifications du droit primaire par la voie de la procédure de révision simplifiée (article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne), une loi d'approbation conformément à l'article 23 alinéa 1 phrase 2 et, le cas échéant, phrase 3 GG. La même condition s'impose à l'encontre des dispositions calquées sur le même modèle que l'article 48 alinéa 6 TUE Lisbonne (article 42 alinéa 2 sous-alinéa 1 TUE Lisbonne ; article 25 alinéa 2, article 218 alinéa 8 sous-alinéa 2 phrase 2, article 223 alinéa 1 sous-alinéa 2, article 262 et article 311 alinéa 3 TFUE). 412

(2) Dans le champ d'application de la procédure passerelle générale de l'article 48 alinéa 7 TUE Lisbonne et des clauses passerelles spécifiques, le législateur n'a pas le droit de renoncer, par la loi d'extension, à sa prérogative de donner son approbation nécessaire et constitutive à une initiative du Conseil européen ou du Conseil de passer de l'unanimité au principe de la majorité qualifiée lors de la prise de décision au Conseil, ou à une initiative visant à passer d'une procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire. Il n'a pas non plus le droit de donner cette approbation « à l'avance » de façon abstraite. Avec leur accord donné à une modification du droit primaire des traités dans le domaine d'application de la clause passerelle générale et des clauses passerelles spécifiques, le Bundestag et le Bundesrat déterminent l'étendue d'engagements reposant sur un traité de droit international public et ils en assument la responsabilité politique à l'égard du citoyen (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 209 > ; 118, 244 < 260 > ; 121, 135 < 157 >). La responsabilité juridique et politique du Parlement ne s'épuise pas – même dans le cas de l'intégration européenne – dans un acte unique d'approbation, mais se poursuit dans le cadre de l'application ultérieure du traité. Le silence du Bundestag et du Bundesrat ne suffit alors pas pour exercer cette responsabilité. 413

(a) Dans la mesure où la procédure passerelle générale de l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne comme la clause passerelle spécifique de l'article 81 alinéa 3 sous-alinéa 3 TFUE reconnaissent un droit d'opposition aux Parlements nationaux, ce dernier n'est pas un équivalent suffisant par rapport à la réserve de ratification. Par conséquent, il est nécessaire que le représentant du gouvernement allemand au sein du Conseil européen ou du Conseil ne puisse donner son accord à une proposition de décision que s'il y a été préalablement habilité par une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG adoptée par le Bundestag allemand et le Bundesrat dans un délai restant à déterminer et s'orientant à l'objectif poursuivi par l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne. 414

L'article 1 § 4 alinéa 3 no 3 de la loi d'extension est contraire à la fonction du droit de rejet de protéger efficacement les Etats membres contre des modifications ultérieures – non prévisibles – des traités, dans la mesure où, en ce qui concerne ces clauses, il prévoit que la compétence de décision sur l'exercice du droit de rejet ne doit, dans des cas relevant de la compétence législative concurrente, revenir au Bundestag que si le Bundesrat ne s'y oppose pas. Un aménagement différencié de l'exercice du droit de rejet, tel l'aménagement qui figure à l'article 1 § 4 alinéa 3 no 3 de la loi d'extension, ne satisfait pas aux exigences de la responsabilité générale d'intégration du Bundestag allemand. La Constitution exige alors que dans de tels cas, la compétence de décision relative à l'exercice du droit de rejet soit reconnue au Bundestag indépendamment de toute décision du Bundesrat. 415

(b) Dans l'Union européenne, des actes sur le fondement des autres clauses passerelles spécifiques (article 31 alinéa 3 TUE Lisbonne, article 153 alinéa 2 sous-alinéa 4, article 192 alinéa 2 sous-alinéa 2, article 312 alinéa 2 sous-alinéa 2 et article 333 alinéas 1 et 2 TFUE), qui ne prévoient pas de droit de rejet au profit des Parlements nationaux, et produisant des effets juridiques contraignants à l'égard de la République fédérale d'Allemagne ne peuvent être adoptés que si le Bundestag allemand et, dans la mesure où les règles de la procédure législative l'exigent, le Bundesrat ont, préalablement et dans un délai restant également à déterminer et s'orientant à l'objectif poursuivi par l'article 48 alinéa 7 sous-alinéa 3 TUE Lisbonne, donné leur approbation à la proposition de décision concernée. A cet égard, le silence gardé par le Bundestag ou le Bundesrat ne saurait être considéré comme valant consentement. 416

(3) Lorsqu'il est prévu de recourir à la clause de flexibilité de l'article 352 TFUE, une loi au sens de l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG est nécessaire. 417

(4) Dans le cadre de la procédure de sauvegarde selon l'article 48 alinéa 2, l'article 82 alinéa 3 ou l'article 83 alinéa 3 TFUE, le gouvernement fédéral ne peut agir au Conseil que sur une instruction en ce sens du Bundestag allemand et, dans la mesure où les règles de la procédure législative l'exigent, du Bundesrat. 418

(5) Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, la mise en œuvre de l'article 83 alinéa 1 sous-alinéa 3 TFUE nécessite une loi au sens de l'ar- 419

ticle 23 alinéa 1 phrase 2 GG. Lorsqu'il est prévu d'appliquer la clause passerelle générale dans le cadre de l'article 82 alinéa 2 sous-alinéa 2 lettre d) et de l'article 83 alinéa 1 sous-alinéa 3 TFUE, l'approbation préalable du Bundestag et du Bundesrat par une loi selon l'article 23 alinéa 1 phrase 2 GG est nécessaire, comme dans les autres cas d'application de la clause passerelle générale. Le cas échéant, la même chose vaut pour les cas de l'article 86 alinéa 4 TFUE (compétence du Parquet européen) et de l'article 308 alinéa 3 TFUE (statuts de la Banque européenne d'investissement).

D.

Eu égard au fait que la loi d'approbation du Traité de Lisbonne n'est compatible avec la Loi fondamentale que dans la mesure indiquée dans les motifs de la présente décision et que la législation d'accompagnement est en partie contraire à la Constitution, il convient de rembourser aux requérants et aux auteurs des saisines, sur le fondement du § 34a alinéas 2 et 3 BVerfGG, les frais nécessaires occasionnés par la procédure en proportion du succès qu'ils ont connu. En conséquence, les frais nécessaires du requérant sous III. doivent être remboursés à moitié, ceux des requérants sous IV. et VI. à hauteur d'un quart pour chacun et ceux des requérants sous V. et de l'auteur de la saisine sous II. à hauteur d'un tiers chacun. 420

E.

La présente décision a été rendue à l'unanimité en ce qui concerne son dispositif et à une majorité de sept voix contre une en ce qui concerne ses motifs. 421

Voßkuhle

Broß

Osterloh

Di Fabio

Mellinghoff

Lübbe-Wolff

Gerhardt

Landau

Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvR 182/09, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvE 5/08

Zitiervorschlag BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvR 182/09, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvE 5/08 - Rn. (1 - 421), http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208fr.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208