

Katrin AUDEL

Professeur en sciences politiques et membre du *Mansfield College* de l'Université d'Oxford et chercheur invité au Centre d'Etudes européennes de Sciences-Po Paris.

Julio BAQUERO CRUZ

Membre du Service juridique de la Commission européenne et professeur invité à Sciences-Po Paris.

démocratie européenne en action

L'Europe de Karlsruhe

Lorsque la Cour constitutionnelle allemande rendit son arrêt sur le Traité de Lisbonne, le 30 juin 2009, celui-ci fut accueilli de manière mitigée. D'un côté, en reconnaissant la compatibilité du Traité avec la Loi Fondamentale, il donna le feu vert à sa ratification par le Président allemand, évacuant du même coup l'un des derniers obstacles qui barraient encore la route à son éventuelle entrée en vigueur. D'un autre côté, l'analyse détaillée de l'Union Européenne qu'il contenait fut largement perçue comme une marque d'hostilité par la plupart des lecteurs.

Contrairement à son précurseur de 1993 sur le Traité de Maastricht, cet arrêt ne s'est pas limité à signaler un certain degré de mécontentement quant à l'envergure et à la cadence actuelles du processus d'intégration, mais il a aussi clairement érigé un barrage contre une future centralisation, en requérant un examen parlementaire approfondi des décisions prises à Bruxelles et en menaçant de s'opposer à la mise en application en Allemagne de règles européennes qui violeraient le principe de subsidiarité. En d'autres termes, les objections qu'il a soulevées n'étaient pas pure rhétorique: leur but était d'exercer une pression sur le gouvernement fédéral.

Un an plus tard, il semble évident que cet arrêt aura un impact durable sur la politique européenne allemande. Dans la discussion concernant le plan d'aide à la Grèce, par exemple, les opposants à la participation de l'Allemagne à l'effort de stabilisation ont décidé d'amener l'affaire devant la Cour constitutionnelle. Mais l'influence de cette dernière se fera également ressentir au-delà des frontières allemandes. Le poids de l'Allemagne et le prestige de ses institutions sont tels que les préoccupations de la Cour pourraient bien trouver leur écho dans d'autres pays, d'autant que la vision intergouvernementale de l'Europe qu'elle promeut va dans le sens de la tendance et des pratiques actuelles. D'où la nécessité d'analyser en détail toutes les implications de cet arrêt, non seulement pour l'Allemagne, mais aussi pour le reste de l'Europe. C'est ce que se propose de faire cette étude qui se concentrera sur deux problèmes d'importance: l'impact de l'arrêt sur la suprématie de la législation européenne et le rôle des parlements nationaux.

www.notre-europe.eu

e-mail : info@notre-europe.eu

L'Europe de Karlsruhe

Katrin AUDEL et Julio BAQUERO CRUZ





L'Europe de Karlsruhe

PAR KATRIN AUDEL ET JULIO BAQUERO CRUZ

La version originale de cette étude a été publiée en anglais en juillet 2010.



Katrin AUEL

Professeur en Sciences politiques, membre du *Mansfield College* de l'Université d'Oxford et chercheur invité au Centre d'études européennes de Sciences Po à Paris. Après avoir achevé ses études à l'Université de Konstanz, elle a occupé différents postes à l'Université de Halle-Wittenberg et à l'Université de Hagen, de laquelle elle a obtenu son doctorat. Elle a également occupé des chaires temporaires à l'Université Waseda de Tokyo, à l'Université de Halle-Wittenberg et à l'Université Stanford d'Oxford. Ses recherches portent principalement sur l'europanisation, les études législatives et la gouvernance à niveaux multiples (UE, fédéralisme allemand), avec un intérêt particulier pour le rôle que jouent les parlements nationaux dans les affaires européennes.



Julio BAQUERO CRUZ

Membre du Service Juridique de la Commission européenne depuis mars 2009. Il est également professeur invité à Science Po Paris et à l'Université San Pablo / *Fundación José Ortega y Gasset* de Madrid. Entre janvier 2007 et février 2009 il a été chargé de recherches au *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* et professeur associé à l'Université Carlos III de Madrid. Il fut aussi lauréat de la bourse Marie Curie au *Robert Schuman Centre for Advanced Studies* entre 2005 et 2006. Il est titulaire d'un doctorat du *European University Institute*, d'un Master de Droit du Collège d'Europe et d'une licence en droit espagnol. Entre 2000 et 2004 il fut référendaire à la Cour de Justice européenne, tout d'abord au cabinet du président Rodríguez Iglesias (2000-2003), ensuite auprès de l'avocat général Poiares Maduro (2003-2004). Il a présenté diverses conférences et publié de nombreux articles sur le droit de l'UE. Parmi ses publications on citera: *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community* (Hart, 2002); «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», in G. de Búrca (éd.), *EU Law and the Welfare State* (OUP, 2005) et «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal*, 2008.

Notre Europe

Notre Europe est un laboratoire de pensée indépendant dédié à l'unité européenne. Sous l'impulsion de Jacques Delors, l'association a l'ambition depuis 1996 de « penser l'unité européenne ».

Elle souhaite contribuer aux débats d'actualité avec le recul de l'analyse et la pertinence des propositions d'action en vue d'une union plus étroite des peuples d'Europe. Elle a également pour objectif de promouvoir l'implication active des citoyens et de la société civile dans le processus de construction communautaire et l'émergence d'un espace public européen.

Dans cette optique, Notre Europe mène des travaux de recherche, produit et diffuse des analyses sous formes de courtes notes, d'études et d'articles, et organise des rencontres publiques et des séminaires de réflexion. Ses analyses et propositions se concentrent autour de quatre thématiques :

- *Visions d'Europe* : la méthode communautaire, l'approfondissement et l'élargissement de l'Union européenne, le projet européen sont une œuvre en perpétuel mouvement. Notre Europe s'efforce de tracer une voie dans la multitude des futurs possibles.

- *La démocratie européenne en action : la démocratie se construit au quotidien. Notre Europe croit que l'intégration européenne concerne tous les citoyens, acteurs de la société civile et niveaux d'autorité dans l'Union et cherche donc à dégager les voies pour renforcer la démocratie européenne.*
- *Coopération, compétition et solidarité : « La compétition qui stimule, la coopération qui renforce et la solidarité qui unit » sont l'essence du contrat européen selon Jacques Delors. Fidèle à cette vision, Notre Europe explore et avance des solutions innovantes en matière économique, sociale et de développement durable.*
- *Europe et gouvernance mondiale : modèle original de gouvernance dans un monde de plus en plus ouvert, l'Union européenne a un rôle croissant à jouer sur la scène internationale et pour le développement d'une gouvernance mondiale efficace, que Notre Europe contribue à définir.*

Successivement présidée par Jacques Delors (1996-2004), Pascal Lamy (2004-05), et Tommaso Padoa-Schioppa (depuis novembre 2005), Notre Europe vise une stricte indépendance de pensée et œuvre dans le sens du bien public. C'est pourquoi l'ensemble de ses travaux est accessible gratuitement via son site Internet, en français et en anglais : www.notre-europe.eu.

Avant-propos

Lorsque la Cour constitutionnelle allemande rendit son arrêt sur le Traité de Lisbonne, le 30 juin 2009, celui-ci fut accueilli de manière mitigée. D'un côté, en reconnaissant la compatibilité du Traité avec la Loi Fondamentale, il donna le feu vert à sa ratification par le Président allemand, évacuant du même coup l'un des derniers obstacles qui barraient encore la route à son éventuelle entrée en vigueur. D'un autre côté, l'analyse détaillée de l'Union Européenne qu'il contenait fut largement perçue comme une marque d'hostilité par la plupart des lecteurs.

Contrairement à son précurseur de 1993 sur le Traité de Maastricht, cet arrêt ne s'est pas limité à signaler un certain degré de mécontentement quant à l'envergure et à la cadence actuelles du processus d'intégration, mais il a aussi clairement érigé un barrage contre une future centralisation, en requérant un examen parlementaire approfondi des décisions prises à Bruxelles et en menaçant de s'opposer à la mise en application en Allemagne de règles européennes qui violeraient le principe de subsidiarité. En d'autres termes, les objections qu'il a soulevées n'étaient pas pure rhétorique: leur but était d'exercer une pression sur le gouvernement fédéral.

Un an plus tard, il semble évident que cet arrêt aura un impact durable sur la politique européenne allemande. Dans la discussion concernant le plan d'aide à la Grèce, par exemple, les opposants à la participation de l'Allemagne à l'effort de stabilisation ont décidé d'amener l'affaire devant la Cour constitutionnelle. Mais l'influence de cette dernière se fera également ressentir au-delà des frontières allemandes. Le poids de l'Allemagne et le prestige de ses institutions sont tels que les préoccupations de la Cour pourraient bien trouver leur écho dans d'autres pays, d'autant que la vision intergouvernementale de l'Europe qu'elle promeut va dans le sens de la tendance et des pratiques actuelles. D'où la nécessité d'analyser en détail toutes les implications de cet arrêt, non seulement pour l'Allemagne, mais aussi pour le reste de l'Europe. C'est ce que se propose de faire cette étude qui se concentrera sur deux problèmes d'importance: l'impact de l'arrêt sur la suprématie de la législation européenne et le rôle des parlements nationaux.

Table des matières

I - Un Götterdämmerung juridique : L'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande	P. 1
1.1. En attendant Karlsruhe	P. 1
1.2. Quelles sont les nouveautés de l'arrêt «Lisbonne»	P.3
1.3. La Constitution permanente	P. 9
1.4. Complexités démocratiques	P. 12
1.5. Fonctions étatiques de base	P. 14
1.6. Nouvelles rigidités	P.16
1.7. Quelles relations avec la Cour de Justice européenne ?	P. 18
1.8. Conséquences possibles de l'arrêt «Lisbonne»	P. 20
1.9. Vers une culture juridique commune	P. 23
 II - Objectif manqué : La décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le Traité de Lisbonne et le déficit démocratique de l'UE	 P. 25
2.1. L'arrêt «Lisbonne» de la Cour - «Oui, mais...»	P. 25
2.2. L'avis de la Cour sur le déficit démocratique de l'Union	P. 27
2.3. Le Parlement européen est-il un véritable organe législatif ?	P. 32
2.4. Les parlements nationaux à la rescousse ?	P. 39
2.5. Conclusion	P. 48

I - Un *Götterdämmerung* juridique : L'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande

Julio Baquero Cruz*

*Zu deinem Unheil
wahrst du den Ring!*

1.1. En attendant Karlsruhe

Une fois de plus, toute l'Europe, ou tout au moins la plus grande partie des citoyens qui s'intéressent aux questions européennes, attendait la décision de Karlsruhe. Tout comme ce fut le cas avec le Traité de Maastricht, le sort du Traité de Lisbonne, étape importante s'il en est dans le processus d'intégration, semblait tributaire de la décision de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle allemande sur un certain nombre de recours, affirmant en substance que le Traité de Lisbonne était incompatible avec la Loi fondamentale allemande.

* Membre du service juridique de la Commission européenne; professeur invité à Sciences Po (Paris). Les opinions présentées dans cet essai sont celles de l'auteur et de lui seul et ne peuvent être attribuées à la Commission ou à son service juridique. L'auteur remercie Julian Currall, Renaud Dehousse, Jürgen Grunwald, Jan Komárek et Franz Mayer pour leur aide, leurs commentaires et leurs critiques. A la mémoire de Pierre Pescatore (1919-2010).

Trois grandes options s'offraient à la Cour. La première option consistait à déclarer le Traité inconstitutionnel, bloquant par là même de manière permanente sa ratification par l'Allemagne. La deuxième option consistait à se contenter de déclarer le Traité conforme à la Loi fondamentale allemande en laissant en suspens les éventuels problèmes liés à des cas concrets pour/concernant lesquels la Cour pourrait être saisie ultérieurement. Enfin, la Cour avait également la possibilité de déclarer le Traité compatible avec la Loi fondamentale, en émettant toutefois des conditions et des réserves de nature à porter gravement préjudice au potentiel politique et juridique du Traité de Lisbonne avant même son entrée en vigueur. Ainsi, l'intervention de la Cour aurait pu ralentir la ratification allemande et, partant, avoir de graves répercussions sur les perspectives d'avenir du Traité.

En effet, à cette époque, d'aucuns pensaient que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne serait précédée d'élections anticipées au Royaume-Uni, où le chef de file des conservateurs avait annoncé qu'en cas de victoire de son parti, il retirerait la ratification britannique et soumettrait le Traité à un référendum. Compte tenu du niveau de soutien populaire dont jouit l'intégration outre-Manche, cette éventualité avait de quoi susciter des inquiétudes. La situation aurait pu sonner le glas du Traité de Lisbonne, plongeant l'Union un peu plus loin encore dans la crise politique née du rejet du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, ou plus simplement mettre à l'épreuve l'engagement du Royaume-Uni à l'égard du projet européen.

Les raisons ne manquaient donc pas d'accueillir avec soulagement l'arrêt rendu par la Cour allemande le 30 juin 2009¹, qui déclarait le Traité de Lisbonne compatible avec la Loi fondamentale allemande, moyennant quelques réserves et en l'interprétant selon un angle spécifique. Les lois d'accompagnement étaient quant à elles déclarées partiellement inconstitutionnelles et ont dû être amendées afin d'octroyer davantage de pouvoir de participation au corps législatif allemand (*Bundesrat* et *Bundestag*) dans le cadre d'un certain nombre de procédures prévues par le Traité. Les amendements nécessaires furent adoptés au cours de l'été, avant tout nouveau dérapage, et le Traité est finalement entré

en vigueur le 1^{er} décembre 2009, au lendemain de la deuxième décision de la Cour constitutionnelle tchèque (arrêt du 3 novembre 2009) et de la résolution des préoccupations soulevées en dernière minute par le Président de la République tchèque, un incident qui a, une fois de plus, démontré que la révision d'un Traité par 27 États membres sous la procédure de révision actuelle tient à peu de choses près du miracle.

Après le soulagement vint l'accalmie et, avec elle, les premières tentatives d'assimiler et de digérer cet arrêt long et complexe (72 pages particulièrement denses et 421 paragraphes). Et à la lecture, le désarroi est grand tant le texte est dense et indigeste. Impossible de le décomposer en éléments plus faciles à assimiler. Cet arrêt n'aidera pas à mieux comprendre la relation qui unit le droit européen et le droit constitutionnel allemand, pas plus qu'il ne contribuera à développer cette relation ou à guider les acteurs concernés par cette relation. En réalité, il pourrait rogner les ailes du Traité de Lisbonne avant même que celui-ci ne prenne son envol, ce qui aurait d'importantes répercussions négatives en matière d'intégration. Véritable ouvrage de maçonnerie, l'arrêt s'érigait tout simplement pour être vu et admiré par ses concepteurs, non tel un pont, mais bien tel un mur capricieux.

L'heure est maintenant venue de reprendre les efforts d'assimilation et d'évaluer l'étendue des dégâts.

1.2. Quelles sont les nouveautés de l'arrêt « Lisbonne » ?

Personne ne s'attendait sérieusement à ce que la Cour modifie de manière radicale la position qu'elle avait adoptée par le passé, se trouvant soudainement des affinités avec le droit communautaire et avec les positions de la Cour de justice européenne. La grande majorité des observateurs escomptaient une réaffirmation de la décision relative au Traité de Maastricht². Et la majeure partie de l'arrêt « Lisbonne » constitue bel et bien une simple réaffirmation de cette position.

¹ BVerfGE, 2 BvE 2/08, du 30 juin 2009, disponible dans sa version originale allemande et sa traduction anglaise sur le site www.bundesverfassungsgericht.de. Les paragraphes de cette décision seront cités dans le présent document.

² BVerfGE 89, 155, du 12 octobre 1993; la traduction anglaise est disponible dans *Common Market Law Reports*, 1994, Vol. 69, n° 2, p. 57. Concernant cet arrêt et ses conséquences, voir l'article de l'auteur : « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », dans *European Law Journal*, Vol. 14, n° 4, 2008, pp. 389-422.

À titre d'exemple, nous savions déjà que la Cour constitutionnelle allemande estimait que l'article 38 de la Loi fondamentale octroyait à tout citoyen allemand un droit fondamental à vivre dans un système démocratique garantissant un niveau suffisant de participation politique. Nous savions également que la Cour ne considérait donc pas le droit communautaire comme un ordre juridique autonome. À ses yeux, ce dernier ne possède pas de force juridique propre et ne l'acquiert que lorsque le pouvoir législatif allemand avalise le Traité et ses réformes ultérieures et que la législation correspondante est adoptée et s'applique en Allemagne. De plus, la Cour constitutionnelle allemande ne considère pas l'Union européenne comme un État fédéral, mais bien comme une association d'États souverains (*Staatenverbund*), et estime que les États membres demeurent les « maîtres du Traité ». Elle est également d'avis qu'il n'existe pas de peuple européen, mais bien des peuples, les peuples des différents États membres. L'Allemagne possède quant à elle un peuple, souverain en la matière, ce qui explique pourquoi l'Allemagne dispose d'un ordre juridique autonome et indépendant.

La Cour constitutionnelle allemande estime par ailleurs que la démocratie de l'Europe ne peut être comparée à la démocratie telle qu'elle existe en Allemagne ou dans les autres États membres. Par conséquent, l'Union est également un ordre secondaire sur le plan de la légitimité : elle ne jouit que d'une forme complémentaire de légitimité, dont la plus grande partie demeure entre les mains des États membres. En d'autres termes, les États membres doivent conserver d'importantes responsabilités et ne peuvent être dépossédés de leurs fonctions. Cela signifie également que l'Union n'est pas habilitée à déterminer ses propres compétences (alors que l'Allemagne dispose bel et bien d'une telle méta-compétence) et que si l'interprétation des compétences de l'Union doit être flexible, elle doit également être limitée. Les actes basés sur des interprétations de ces compétences, au delà de l'interprétation raisonnable, et qui s'assimilent à une révision du Traité ne pourraient être appliqués en Allemagne. La Cour constitutionnelle y veillera, même si son contrôle demeurera limité et qu'elle ne pourra être saisie que dans des circonstances exceptionnelles. Nous savions enfin que la Cour ne réviserait pas a priori les décisions de la Cour de justice européenne concernant les droits fondamentaux, tout au moins dans la mesure où le niveau

de protection offert par le droit communautaire équivaut d'une manière générale à celui garanti par la Loi fondamentale allemande.

Toutefois, parallèlement à ces éléments bien connus, le nouvel arrêt apporte quelques nouveautés, la plupart peu favorables au processus d'intégration européenne et dénotant une position plus agressive très surprenante³.

Pour commencer, toutes les limites inscrites dans la jurisprudence passée sont désormais liées à un examen d'identité constitutionnelle clairement fondé sur la « clause d'éternité » de la Loi fondamentale allemande (article 79, alinéa 3, qui interdit toute modification des principes de base de la Loi fondamentale). La Cour constitutionnelle allemande précise clairement que cet examen sera limité et exceptionnel, mais elle laisse également entendre que même une révision de la Loi fondamentale ne permettrait pas de surmonter cette réserve. Pour ce faire, une nouvelle Constitution serait nécessaire, une étape réservée à « la volonté directement exprimée par le peuple allemand, et par lui seul » (para. 228).

Ensuite, là où l'arrêt « Maastricht » se montrait relativement ouvert quant à l'évolution future de la démocratie en Europe, en admettant par exemple un éventuel approfondissement de celle-ci par le biais d'un renforcement des pouvoirs du Parlement européen et de la consolidation d'un espace public européen, l'arrêt « Lisbonne » semble bannir à jamais l'UE du paradis de la démocratie *véritable*, qui serait l'apanage des seuls États-nations. Le Parlement européen ne représente pas le peuple européen mais bien les peuples des différents États membres (para. 284), et le fait de manière disproportionnée et discriminatoire, à tel point qu'il est vu comme un organe démocratique déficitaire et purement complémentaire. D'une manière globale, le système témoignerait d'une « fédéralisation excessive » (para. 288) dans la mesure où le principe d'égalité entre États membres possède un poids trop significatif par rapport au principe d'égalité entre citoyens. Dès lors, la légitimité réside pour l'essentiel dans les institutions et les processus politiques nationaux. L'Union ne pourrait prétendre devenir une véritable démocratie que si elle venait à se muer en un

³ Miguel Poiares Maduro et Gianluca Grasso, « Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona? », dans *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/2009, 503-529, évoquent un nouveau « pluralisme constitutionnel agressif » qui, selon eux, a remplacé l'ancien « pluralisme constitutionnel défensif » (p. 527).

État fédéral organisé selon des principes démocratiques stricts. Pour ce faire, l'Allemagne devrait se doter d'une nouvelle constitution puisque l'actuelle Loi fondamentale ne peut être amendée de manière à faciliter la concrétisation d'un tel projet. Or, dans la mesure où un changement de constitution semble difficilement concevable sur le plan politique en Allemagne, une fédération européenne – quel que soit le contenu que l'on place dans ce concept – est actuellement hors de question, du moins avec l'Allemagne.

Ces deux principes ne sont pas sans conséquences. Alors que l'arrêt « Maastricht » restait délibérément vague quant aux fonctions que l'Allemagne devrait conserver afin de ne pas se voir privée de son *étaticité*, la Cour constitutionnelle allemande énonce désormais une série de domaines très concrets qu'elle considère comme inhérentes aux fonctions étatiques de base : droit pénal et procédures pénales, décisions fiscales fondamentales concernant les recettes et les dépenses publiques, usage de la force à l'intérieur et à l'extérieur des frontières, politique sociale, éducation, culture, langue, médias, droit de la famille et règles applicables aux communautés religieuses. Dans tous ces domaines, la Cour juge que l'Allemagne doit conserver suffisamment de responsabilités ainsi que « des marges d'action significatives » (para. 253) ou « une responsabilité générale [...] et dispose[r] de marges de décision politiques suffisantes » (para. 256), ou encore de la capacité à prendre « les décisions essentielles » (para. 259). Par opposition, l'intervention de l'Union dans ces domaines doit passer au second plan. Par ailleurs, il semble que ces domaines seront également soumis à une interprétation stricte des compétences de l'Union (vraisemblablement plus stricte que dans d'autres domaines).

Deuxième conséquence concrète : pour toutes les nouvelles procédures incorporées au Traité de Lisbonne et qui sont susceptibles d'apporter des changements majeurs sans révision du Traité (la procédure de révision simplifiée, les différentes clauses passerelles passant de l'unanimité à la majorité qualifiée, ainsi que l'ancienne clause de flexibilité de l'article 352 du TFUE), le ministre allemand ne sera pas habilité à donner l'aval de l'Allemagne au sein du Conseil sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de le faire de la part du *Bundestag* et du *Bundesrat*. En pareille situation, la Cour estime que la procédure doit offrir des conditions identiques à celles qui prévalent pour la ratification d'une

révision de Traité. Par conséquent, le pouvoir législatif allemand doit décréter une loi auparavant⁴.

Enfin, la Cour constitutionnelle allemande n'a pas réitéré sa précédente déclaration dans laquelle elle faisait part de son intention d'aborder ces questions dans le cadre d'une relation de coopération avec la Cour de justice européenne, un point essentiel de l'arrêt « Maastricht ». La Cour ne reconnaît pas non plus explicitement la compétence de la Cour de justice européenne en tant qu'interprète faisant autorité en matière de droit de l'intégration comme elle l'avait fait par le passé⁵.

Selon moi, ces nouveautés sont motivées par une volonté de rendre les principes énoncés dans l'arrêt « Maastricht » plus concrets. Les nouveaux magistrats ont probablement estimé que la précédente décision était sensée mais trop vague et trop abstraite. Les années passant, l'arrêt n'a par conséquent pas eu l'effet limitatif durable escompté sur le plan de l'intégration. Il se peut donc que les juges aient estimé que la Cour de justice européenne s'était montrée plus stricte pendant quelques temps sur les questions de compétences, et qu'il s'agissait là d'un des effets attendus, mais que ce ne fut le cas que dans une poignée de dossiers et que cette approche fut éphémère. Les membres de la Cour constitutionnelle allemande ont donc peut-être estimé que l'intégration avait continué à gagner du terrain dans un nombre toujours croissant de domaines et avec toujours plus d'intensité. Peu désireux de crier dans le désert, les juges ont donc peut-être conclu que le moment était venu d'avancer des éléments plus concrets afin d'éviter que le même scénario ne se reproduise. De plus, il se peut que certains aient jugé que dans la mesure où l'Union traversait une crise et où le Traité ne serait pas réformé avant un bon bout de temps, le moment était propice pour apporter des limites concrètes et durables à la dynamique d'intégration européenne.

4 Il n'est pas sûr que le pouvoir législatif allemand doive toujours décider à la majorité qualifiée des deux tiers prévue à l'article 79, alinéa 2 de la Loi Fondamentale, ou juste dans quelques cas.

5 Voir Kloppenburg judgment, BVerfG, 75, 223 (1987); traduction anglaise dans Andrew Oppenheimer (éd.), *The Relationship Between European Community Law and National Law: The Cases*, Vol. 1 (Cambridge University Press, Cambridge, 1994), 508-509.

Par ailleurs, il est intéressant de constater que cette nouvelle position de la deuxième chambre de la Cour, plus concrète et plus agressive, a été adoptée à l'unanimité en termes de résultats et à sept voix contre une en termes de raisonnement, sans le moindre avis contraire. Cette réalité atteste d'une volonté de s'exprimer d'une seule voix en termes institutionnels, mais aussi, peut-être, d'une évolution de l'équilibre des forces internes concernant l'intégration européenne – en particulier lorsque l'on compare l'arrêt « Lisbonne » avec le compromis qui a présidé à l'arrêt « Maastricht », également problématique mais plus équilibré.

Face à tous ces éléments négatifs, deux nouveautés peuvent être envisagées sous un angle positif pour l'avenir de l'Union européenne. Premièrement, l'arrêt « Maastricht » ne précisait pas explicitement si l'analyse constitutionnelle du droit communautaire pouvait être menée par la seule Cour constitutionnelle allemande ou par n'importe quel tribunal allemand. Le nouvel arrêt mentionne cette fois que cette prérogative relève uniquement de la Cour constitutionnelle (para. 241), et évoque même la possibilité de créer des procédures spécifiques pour encadrer cette analyse. Cette évolution peut être qualifiée de positive dans la mesure où elle réduit à un seul le nombre d'acteurs susceptibles de perturber le système juridique de l'Union en remettant en cause sa validité au regard du droit constitutionnel allemand. Le second point positif a trait à la question de l'État social. En écho à certaines tendances observées chez divers spécialistes⁶, l'un des éléments soulevés dans les recours portait sur le fait que l'Union européenne était un projet néolibéral qui porterait préjudice à la politique sociale allemande. Puisque la Loi fondamentale définit l'Allemagne comme un État social, ces tendances néolibérales sont jugées inconstitutionnelles. La Cour constitutionnelle a toutefois rejeté cette allégation. Elle insiste notamment sur le fait que la jurisprudence de la Cour de justice européenne s'efforce de trouver le juste équilibre entre objectifs économiques et objectifs non économiques, et que le droit communautaire n'entrave en rien les politiques sociales des États membres (paras. 392-399).

⁶ Voir, par exemple, Fritz Scharpf, « The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity », dans *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, n° 4, 2002, 645-670; et son analyse plus récente : « Legitimacy in the Multilevel European Polity », dans *European Political Science Review*, Vol. 1, n° 2, 2009, 173-204.

Passons maintenant à l'analyse des différentes nouveautés et des évolutions d'approche, des plus abstraites aux plus concrètes, et détaillons en quoi elles posent problème non seulement pour l'Union européenne, mais aussi pour l'Allemagne.

1.3. La Constitution permanente

Afin de saisir pleinement la portée de l'arrêt « Lisbonne », il convient pour commencer de comprendre le point de vue spécifique de la Cour constitutionnelle allemande à l'égard du droit communautaire et de l'Union. Cette perspective – une perspective constitutionnelle centrée sur l'État – n'est en rien propre à l'Allemagne, même si c'est la Cour allemande qui l'a développée sous sa forme la plus aboutie. Les membres de la Cour affirmeront probablement qu'ils sont institutionnellement tenus d'adopter une telle perspective, mais cela constitue néanmoins une première décision implicite déterminante pour une grande partie, voire la totalité, de ce qui suit.

Sur le plan de la culture juridique, cette perspective peut se définir comme le « lieu » normatif idéal d'où la Cour allemande décide⁷. Ramené à sa dimension spatiale, ce lieu est l'Allemagne et uniquement l'Allemagne. L'Union européenne n'est qu'un élément du contexte, non essentiel qui plus est. Sur le plan normatif, seule la Loi fondamentale allemande compte. Le droit communautaire n'est une fois encore qu'accessoire. La Cour constitutionnelle allemande ne se considère pas comme un acteur engagé dans un discours plus large, mais comme un élément faisant partie intégrante du débat juridique et politique allemand. En termes de pouvoir, elle se considère très clairement comme l'interprète exclusive et sûre du pouvoir constituant allemand de 1949, lui conférant ainsi une position supra-constitutionnelle. En réalité, la Cour ne se contente pas d'endosser un rôle de gardien de la Loi fondamentale : elle incarne et *devient* le pouvoir constituant. Sur le plan temporel, puisque tout ce qu'elle affirme dans l'arrêt « Lisbonne » repose sur la « clause d'éternité », la Cour se place dans une perspective de temps éternel, ou du moins dans une perspective qui prétend à l'éternité. Dès lors, une

⁷ Concernant l'approche culturelle du droit, voir Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

partie de la Loi fondamentale allemande acquiert une sorte de statut de constitution permanente, placée en dehors des critiques, du temps et de toute forme de politique démocratique – sauf si l'impossible venait à se réaliser : la mise en place d'une toute nouvelle constitution en Allemagne.

Il semble que la Cour doive en quelque sorte encore se réconcilier avec le passé et avec « l'éternité », une étape cruciale pour se réconcilier avec le présent et avec une Union européenne qui, pour le meilleur et pour le pire, fait partie intégrante de ce présent. La Cour n'y parviendra toutefois pas tant qu'elle maintiendra une interprétation expansive de la clause d'éternité, une interprétation attribuée au « pouvoir constituant » qui sera établie pour toujours.

Pour la Cour constitutionnelle allemande, l'autorité du droit ne peut se définir qu'en référence à une origine privilégiée, ce qui confère à sa décision un parfum mystique. En d'autres termes, lorsque la Cour affirme que l'Union européenne est « un ordre fondamental dérivé » (para. 231), au delà de la taxonomie technico-juridique, elle place automatiquement l'Union sur un plan différent et inférieur, n'ayant aucune origine privilégiée, si ce n'est des débuts humains, trop humains. En recourant à une telle rhétorique, la Cour constitutionnelle allemande fait appel au langage de la théologie politique, d'ordres politiques partiellement sécularisés qui traduisent les notions d'entités politiques pré-modernes dans un vocabulaire empreint de modernité, tout en conservant leur grammaire grave sous le nouveau lexique. Bien entendu, cette approche ne facilite pas les choses pour l'Union, qui ne peut certainement pas être dotée d'une légitimité aussi titanesque.

Cette approche fait l'impasse sur un point essentiel : d'une manière ou d'une autre, tous les ordres juridiques dérivent de quelque chose (*ex nihilo nihil fit*) – d'autres ordres, d'ordres préconstitutionnels ou encore d'un pouvoir révolutionnaire. Aucun ordre juridique ne tire son autorité du seul fait de son existence, bien que ce soit précisément ce que tous les ordres prétendent faire. Dès lors, la Cour constitutionnelle insiste sur le fait qu'« 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 » (para. 232), passant outre le fait manifeste que

les États membres forment, lorsqu'ils agissent de manière collective, un niveau différent et plus élevé que le niveau de chaque État membre individuel. Ce n'est que de manière collective que les États membres peuvent être considérés comme les « maîtres du Traité ». Seul, un État membre n'a d'autre possibilité que de se retirer de l'Union : il ne peut la modifier ni en altérer le champ d'action ou la signification de manière unilatérale. C'est pourtant ce que la Cour constitutionnelle allemande prétend faire.

Dans un autre passage, qui anticipe peut-être cette critique, la Cour affirme que « l'État 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 » (para. 224). En réalité, en 1945 ou 1949, l'opposé prévalait : la plupart des États européens n'étaient rien d'autre que des États faillis, dirigés par des régimes politiques faillis et régis par des constitutions faibles. Ces États ne se sont montrés capables d'agir que par l'intermédiaire de leur reconstruction et leur réinvention. Dans ce cadre, le fait que leurs constitutions furent elles-mêmes placées dans le contexte plus vaste de l'intégration ou d'autres institutions supranationales et internationales a joué un rôle prépondérant dans leur réinvention. Aujourd'hui, alors que l'État-nation retrouve toute sa vigueur en Europe, en partie en raison même de l'intégration (un constat qui vaut plus particulièrement pour l'Allemagne), le moment est venu de reconnaître que l'État est la seule forme de communauté politique capable d'agir...

En fait, cela n'a pas beaucoup de sens de rechercher une légitimité « originelle » ou des relations logiques ou temporelles de précédence. Les ordres juridiques de l'Union et de ses États membres sont interdépendants et étroitement liés. Affirmer que l'un dérive de l'autre pour ensuite tirer des conclusions extravagantes de ce constat purement généalogique n'apporte rien. Une telle approche contribue à donner une vision tronquée des États membres, de l'Union et de leur interaction. À l'évidence, il convient d'adopter une approche alternative, reconstruite et plus productive.

Enfin, l'approche mythique adoptée par la Cour constitutionnelle allemande pourrait facilement l'amener à perdre contact avec les sensibilités démocratiques en Allemagne et ailleurs en Europe. Cette évolution poserait problème dans la

mesure où l'analyse constitutionnelle est un exercice qui nécessite une sensibilité démocratique pointue. Les juges de la Cour constitutionnelle devraient avoir pleinement conscience des tendances en matière d'opinion démocratique, et ils prennent un risque considérable – portant de la sorte préjudice à leur propre légitimité – s'ils s'éloignent de ces tendances et endossent les idées et points de vue de minorités radicales, a fortiori lorsque leurs décisions ont un rapport avec de nombreux États membres et citoyens extérieurs à leur juridiction. Cette seule considération incite à penser qu'il conviendrait d'adopter une démarche minimaliste dès lors qu'il s'agit de procéder à une analyse constitutionnelle abstraite du droit communautaire par rapport au droit constitutionnel national. Par une approche minimaliste, la Cour se contenterait de prendre des décisions sur les cas d'espèce et éviterait toute prise de position susceptible de poser problème ultérieurement. Cette approche permettrait également aux juges d'assumer leur rôle sans anticiper sur les processus politiques démocratiques qui doivent être réservés au mécanisme décisionnel politique – autrement dit, sans que les juges ne dictent la voie à suivre au gouvernement. Au contraire, l'arrêt « Lisbonne » est l'illustration parfaite d'un maximalisme extravagant. Cet arrêt énonce beaucoup d'éléments qui ne présentent aucune utilité pour aboutir au résultat final, et qui empiètent sur la vie démocratique de l'Allemagne et de l'Union.

1.4. Complexités démocratiques

À n'en pas douter, les juges ont agi animés de bonnes intentions, au nom du pouvoir constituant allemand et de la démocratie allemande. Toutefois, ainsi que l'ont souligné les observateurs allemands eux-mêmes, l'idée de la démocratie qui sous-tend l'arrêt « Lisbonne » est de nature purement formelle, obsolète et incompatible avec un système de pouvoirs répartis à différents niveaux, sans même parler du système allemand⁸. Il est surprenant de constater que des juges (représentant l'ensemble de la population) prennent l'initiative de définir ce qu'est la démocratie et, qui plus est, de le faire dans le cadre d'un arrêt qui est profondément contre-majoritaire, du moins si l'on prend en compte le fait que le

Traité de Lisbonne a été adopté à de très larges majorités par les deux chambres du pouvoir législatif.

L'arrêt n'aborde même pas les modèles démocratiques consociationnels ou de partage des pouvoirs⁹. Selon ces modèles, différentes communautés politiques marquées par une division ethnique ou territoriale et une forte méfiance préfèrent malgré tout rester unies, jugeant qu'elles ont plus à gagner ensemble, même si cela se fait au détriment de la « pureté » démocratique de leurs systèmes politiques. Or, c'est très clairement ce type d'arrangements que l'on voit à l'œuvre au niveau de l'Union européenne. Cela ne signifie pas pour autant que l'Union n'est pas fondamentalement démocratique, ni qu'elle porte préjudice aux démocraties de ses États membres. Cela signifie plus simplement qu'elle se caractérise par des processus démocratiques d'un niveau et d'une intensité qu'elle peut supporter sans que cela n'entraîne trop de stress sur le plan politique. Cela signifie également que des améliorations démocratiques, qui sont clairement imaginables, ne peuvent être que de nature régulière et adaptée à la « maturation » de l'Union sur le plan social et politique. De vastes élargissements pourraient bien entendu ralentir ce processus dans la mesure où ils drainent dans leur sillage de nouvelles relations et peuvent par conséquent réduire le niveau de confiance obtenu jusque-là.

D'autre part, pour les démocraties des États membres, le résultat de cette démocratie imparfaite à l'échelle de l'Union est probablement positif, puisqu'il élargit le champ territorial du processus décisionnel démocratique et permet de prendre de manière collégiale des décisions qui touchent tous les États membres et leurs citoyens. L'alternative, qui consisterait pour les États membres « plus démocratiques » (tels qu'ils pourraient se considérer) à prendre certaines décisions susceptibles d'avoir d'importantes répercussions en dehors de leurs frontières sur des individus et des intérêts qu'ils ne représentent pas, peut difficilement être qualifiée de « plus démocratique ».

Dernière complexité : les imperfections démocratiques de l'Union sont à la base d'un certain nombre de limites et d'éventuelles exemptions unilatérales

⁸ Voir Christoph Schönberger, « *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea* », dans *German Law Journal*, Vol. 10, n° 8, 2009, 1201-1218, 1210-1216.

⁹ Pour consulter une introduction sur le sujet, voir, Arend Lijphart, « *Constitutional Design for Divided Societies* », dans *Journal of Democracy*, Vol. 15, n° 2, 2004, 96-109.

à l'application et à l'autorité de son droit. La Cour constitutionnelle allemande semble estimer que l'État de droit dans l'Union ne fait pas partie de l'État de droit en Allemagne, mais qu'il constitue un État de droit imposé de l'extérieur et potentiellement perturbateur en raison de son origine démocratique insuffisante. Paradoxalement, cette situation pourrait au final nuire à l'État de droit en Allemagne sans que le pays n'y gagne le moindre avantage en termes démocratiques. L'État de droit est en effet une condition préalable à l'existence de tout système démocratique. Si elle n'est pas la seule condition, elle n'en reste pas moins incontournable. Dans quel genre de démocratie vivrions-nous si les décisions étaient adoptées par le biais de processus démocratiques irréprochables mais n'étaient pas mises en œuvre et respectées faute de système de droit et d'institutions juridiques adéquates ? Si l'on observe les choses sous cet angle, la démocratie de l'Union a beau être marquée d'imperfections, ce n'est pas en portant atteinte à son droit que la situation s'améliorera. Ces limites et possibilités de dérogations sélectives unilatérales à l'État de droit européen n'offriront à l'Allemagne que des avantages démocratiques à court terme, des avantages qui risquent fort bien de ne pas faire le poids face aux désavantages concomitants : le préjudice porté à la confiance et au processus d'intégration ; le préjudice porté à la démocratie imparfaite de l'Union ; et le préjudice porté à l'État de droit en Allemagne et dans l'Union.

1.5. Fonctions étatiques de base

L'une des conséquences concrètes des nouvelles conceptions démocratiques avancées par la Cour constitutionnelle allemande réside dans la volonté de définir une liste des domaines politiques considérés comme des « fonctions étatiques de base » pour lesquels l'Allemagne devrait jouir d'une « marge d'action significative » et dans lesquels les mesures adoptées par l'Union doivent demeurer marginales afin que l'Allemagne ne perde pas de son *étaticité*. Cette liste pose problème dans la mesure où elle est totalement arbitraire¹⁰. Elle inclut des éléments qui, intuitivement, présentent de l'importance, mais n'en mentionne

pas d'autres qui, comme la politique monétaire, font très clairement partie du cœur des fonctions étatiques mais ont été intégralement transférés à l'échelle communautaire.

Toutefois, la principale objection porte sur l'opportunité même d'établir une telle liste. À l'instar des précédentes tentatives visant à déterminer un certain nombre de fonctions étatiques essentielles dans d'autres systèmes de pouvoir partagé, cette tentative est vouée à l'échec. Selon moi, à moyen terme, il sera très difficile de faire appliquer et de préserver ces limites. L'Union intervient d'ores et déjà dans pratiquement tous les domaines politiques, à différents degrés et selon différents niveaux d'intensité, et cette présence est marquée par une forte tendance à déborder sur d'autres domaines. Parfois, la résolution de problèmes communs donne naissance à de nouveaux obstacles nécessitant une nouvelle intervention. Parfois, des événements importants peuvent précipiter certaines questions parmi les grandes priorités de l'Union (à l'image du terrorisme mondial et de la sécurité au lendemain du 11 septembre). Si et lorsque des mesures politiques s'avèrent nécessaires à l'échelle européenne dans un domaine politique donné, comment imaginer que la Cour constitutionnelle allemande parviendrait à s'y opposer ou à en réduire l'intensité de manière significative ? Les dirigeants allemands et l'opinion publique du pays seraient les premiers à soutenir les mesures et la Cour constitutionnelle devrait se résoudre à donner automatiquement son assentiment, si tant est qu'elle se saisisse de la question.

Cependant, avant même d'échouer, cette liste de « fonctions étatiques de base » pourrait avoir des répercussions négatives sur la vie politique dans la mesure où les décisions ne seraient plus uniquement prises en fonction de leur mérite, mais aussi partiellement en tenant compte des éléments de la liste citée dans l'arrêt « Lisbonne » (songeons, par exemple, aux mesures prises en réponse à la crise économique). Dès lors, pendant un certain temps, cette liste pourrait donner lieu à des décisions politiques moins qu'optimales, avec à la clé des conséquences économiques ou sociales pernicieuses.

¹⁰ Voir Ulrich Everling, « Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte », dans *Europarecht*, 2010, 91-107, p. 100; et Daniel Halberstam et Christoph Möllers, « The German Constitutional Court says 'Ja zu Deutschland!' », dans *German Law Journal*, Vol. 10, n° 08, 2009, 1241-1258, p. 1249-1241 (numérotation inversée?).

1.6. Nouvelles rigidités

Les conceptions démocratiques de la Cour constitutionnelle allemande pourraient également l'inciter à exiger l'intervention *ex ante* officielle du *Bundestag* et du *Bundesrat*, avec l'adoption d'une loi à la majorité des deux tiers, avant l'utilisation d'un certain nombre de procédures prévues par le Traité de Lisbonne. Ces mécanismes ont été conçus afin d'apporter un peu de flexibilité à une partie du droit primaire de l'Union. En soi, l'initiative était louable dans la mesure où l'Union disposait d'un des systèmes les plus rigides au monde¹¹. L'arrêt de la Cour allemande sur le Traité de Lisbonne compliquera lourdement l'emploi de ces éléments de flexibilité, si jamais ils étaient devaient être utilisés. Il convient à ce stade d'observer que ni le *Bundestag* ni le *Bundesrat* n'étaient demandeurs d'une telle intervention. Après tout, les deux chambres ont voté la loi d'accompagnement jugée inconstitutionnelle en l'absence d'un tel mécanisme d'intervention. En définitive, c'est donc la Cour constitutionnelle allemande qui les contraint, pour le bien de la démocratie, à endosser ce rôle.

Cette obligation pose plus particulièrement problème à l'égard de l'article 352 du TFUE (anciennement l'article 308 CE et l'article 235 CEE) – la clause de « pouvoirs implicites » du Traité, une disposition essentielle qui existe depuis la création du Traité de Rome (1957) et qui a été utilisée par le passé afin de donner la possibilité au Conseil d'approuver à l'unanimité des mesures jugées importantes et nécessaires pour réaliser des objectifs communs pour lesquels il n'existait pas de base juridique. Ces occasions se font de moins en moins fréquentes, ce qui s'explique principalement par le fait que le Traité offre désormais bien plus de bases juridiques. Il n'empêche que personne ne peut dire ce que réservera l'avenir et que cette disposition sert encore de base juridique pour de nombreux actes de droit secondaire susceptibles d'être amendés. De plus, le Traité de Lisbonne a introduit un contrôle de subsidiarité politique *ex ante* renforcé, qu'il confie aux parlements nationaux. Aux termes de l'article 352, alinéa 2, « La Commission attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article », ce

qui signifie que le contrôle politique des propositions basées sur cette disposition sera intense par définition. La Cour constitutionnelle allemande n'accorde aucun poids à l'existence de ce nouveau mécanisme politique et insiste sur la nécessité constitutionnelle d'octroyer une autorisation préalable par l'intermédiaire d'une loi adoptée à la majorité des deux tiers par le *Bundestag* et le *Bundesrat*.

Différents exemples des répercussions possibles de cette nouvelle limitation ont déjà été mis en exergue¹². J'aimerais en évoquer un : le règlement (CE) n° 431/2009 du Conseil du 18 mai 2009, basé sur l'article 308 du TCE (aujourd'hui l'article 352 du TFUE)¹³. Ce règlement constituait une mesure d'urgence en réaction à la crise financière, destinée à revoir à la hausse les plafonds pour le montant extraordinaire des prêts pouvant être accordés aux États membres, passant de 25 milliards d'euros à 50 milliards d'euros. Désormais, en tenant compte de l'intervention obligatoire du pouvoir législatif allemand, une telle mesure ne pourrait plus être adoptée aussi rapidement pour répondre aux besoins des marchés. L'article 352 du TFUE, la « clause de flexibilité » des compétences de l'Union, est donc soumise à une nouvelle rigidité. Son emploi s'en verra par conséquent ralenti, ce qui ne sera pas sans conséquences en termes de politiques. Reste encore à déterminer quelles seront exactement ces conséquences.

Subsiste alors un dernier risque potentiel pour les évolutions futures : la Cour constitutionnelle allemande semble estimer que toute révision susceptible de rendre les règles de modification du Traité plus flexibles serait inconstitutionnelle. Nous sommes donc, selon toute vraisemblance, bloqués par l'exigence de double unanimité, rigide et inefficace, liée à une éventuelle modification du Traité¹⁴. Une modification des règles d'amendement du Traité n'est actuellement pas à l'ordre du jour, mais elle pourrait l'être à l'avenir. Toutefois, la Cour constitutionnelle allemande juge que cette modification est impossible *ad eternum* tant

¹¹ Voir Bruno de Witte, « Treaty Revision in the European Union: Constitutional Change Through International Law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 2004, p. 51.

¹² Voir Martin Selmayr, « Endstation Lissabon? – Zehn Thesen zum “Niemals”-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009 », dans *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, Vol. 12, n° 4, 637-679, p. 666-667.

¹³ Modifiant le règlement (CE) n° 332/2002 établissant un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres (JO L 128 du 27 mai 2009, p. 1-2).

¹⁴ Sur cette question, voir Renaud Dehousse, « Au-delà du plan B: comment réformer les clauses de révision des traités », dans Giuliano Amato, Hervé Bribosia et Bruno de Witte (éd.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 939-955; ainsi que les réflexions de l'auteur dans « Between Unanimity and Utopia: Constitutional Change in the Union », dans Julio Baquero Cruz et Carlos Closa (éd.), *European Integration from Rome to Berlin: 1957-2007*, P.I.E.-Peter Lang, Bruxelles, 2009, 211-228.

que l'Allemagne ne se dote pas d'une nouvelle Constitution et qu'un État fédéral européen ne voit pas le jour. Cette vision engendre une situation délicate pour l'évolution future de l'Union car aux termes des règles actuelles de modification, les révisions de Traité sont lentes, limitées, incertaines et loin d'être optimales. Pourtant, l'Union devra d'une manière ou d'une autre évoluer, et à moins que la Cour allemande ne modifie sa position, ces évolutions se feront de manière informelle, par le biais d'interprétations et de droit secondaire.

1.7. Quelles relations avec la Cour de justice européenne ?

Le dernier point important de l'arrêt « Lisbonne » porte sur ladite relation de coopération avec la Cour de justice européenne, qui semble avoir disparu. Là où l'arrêt « Maastricht » soumettait la Cour de justice européenne à un certain nombre de critiques et de menaces tout en l'invitant à coopérer avec la Cour constitutionnelle allemande, le nouvel arrêt ne dit rien d'explicite à ce sujet. Au moins un observateur a décrié cette omission. Selon lui, une approche plus modérée de la Cour, selon la technique du bâton et de la carotte, pourrait toujours avoir une influence bénéfique sur la Cour de justice européenne. Pour illustrer son point de vue, il évoque l'interaction prétendument vertueuse lancée par l'arrêt *Solange I* et close par *Solange II*¹⁵ qui, selon lui, a donné naissance à la jurisprudence de la Cour de justice européenne en matière de droits fondamentaux¹⁶. D'aucuns pourraient également penser que l'arrêt « Maastricht » a lui aussi eu une influence vertueuse, du moins pendant un temps, incitant la Cour de justice européenne à adopter une approche moins stricte au regard de la définition des compétences de l'Union. Les partisans de cette vision regretteront probablement que l'arrêt « Lisbonne » ne constitue plus, contrairement aux arrêts « *Solange I* » et « *Maastricht* », une invitation au dialogue, mais bien une menace concrète et ultime posée à l'évolution plus poussée du droit communautaire.

Personnellement, je ne peux que marquer mon scepticisme face à de tels arguments et je ne pense pas qu'il existe de bonnes raisons de se montrer nostalgique de l'arrêt « *Solange I* », et encore moins de l'arrêt « *Maastricht* ».

¹⁵ BVerfGE 37, 271 (1974) et BVerfGE 73, 339 (1986); traductions anglaises disponibles dans Oppenheimer, ouvrage cité dans la note de bas de page 5, p. 419 et 462.

¹⁶ Christoph Schönberger, cité dans la note de bas de page 7, p. 1216.

L'explication que je privilégierais pourrait se résumer comme suit : la Cour de justice européenne a développé ses doctrines constitutionnelles essentiellement en réaction aux besoins et à la logique internes des systèmes normatifs et institutionnels communautaires, et elle l'a fait – et l'aurait fait quoi qu'il advienne – sans tenir compte du bâton et de la carotte de la Cour constitutionnelle allemande. Je pense que cette explication est plus convaincante, plus éclairante et plus exacte sur le plan historique¹⁷. Le discours qui présente ces évolutions comme la conséquence de la pression exercée principalement par la Cour constitutionnelle allemande est pour le moins trompeur. Il accorde bien trop de crédit à une institution nationale unique dans un système d'intégration, et bien trop peu de poids à l'institution judiciaire commune qui, selon cette vision, se contenterait de réagir aux pressions extérieures. Il se concentre uniquement sur un aspect de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour de justice européenne (les droits fondamentaux), alors qu'elle recèle bien d'autres aspects. De plus, quand bien même on ne peut nier une certaine influence en matière de droits fondamentaux, je pense que la jurisprudence européenne se serait de toute façon développée de manière autonome dans ce domaine. Cette évolution était en effet prévisible une fois les principes d'applicabilité directe et de primauté du droit communautaire mis en place.

En ce qui concerne les relations futures entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice européenne, certains ont affirmé que la Cour « ne lancera pas d'attaques surprises » et que les deux organes seront en tout état de cause forcés de nouer le dialogue¹⁸. Cette affirmation doit être tempérée. Alors que le choix de s'engager dans un véritable dialogue structuré par le biais du mécanisme de la procédure préjudicielle (article 267 du TFUE) dépend de la volonté de la Cour constitutionnelle allemande d'y recourir, la Cour de justice européenne ne peut de son côté prendre d'initiative de nouer un tel dialogue. Le principal acteur reste par conséquent la Cour constitutionnelle allemande, qui est contrainte par cette disposition à saisir la Cour de justice européenne pour toute question concernant l'interprétation ou la validité du droit communautaire lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement. Même si

¹⁷ L'auteur a développé ce point de vue dans l'article « The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice », dans *International Journal of Legal Information*, Vol. 37, n° 2, 2006, 223-245.

¹⁸ Daniel Thym, « In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the *Lisbon* Judgment of the German Constitutional Court », dans *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2009, 1795-1822, p. 1810.

la Cour constitutionnelle allemande n'entreprend pas d'attaque surprise unilatérale, toute initiative qu'elle prendrait concernant le droit communautaire en dehors de la passerelle offerte par l'article 267 du TFUE (comme, par exemple, des « dialogues » informels et implicites sans renvoi préjudiciel) ne respecterait pas *stricto sensu* le système communautaire.

Même dans le cadre de ce dialogue structuré organisé par les renvois préjudiciels, on serait tenté d'accepter la possibilité théorique d'interventions exceptionnelles de la part d'institutions nationales dès lors qu'une valeur ou un principe fondamental est en jeu, que toutes les ressources du système communautaire ont été épuisées en vain et que la désobéissance institutionnelle constitue le seul moyen de forcer un réexamen politique de la question soulevée par les institutions de l'Union¹⁹. Cette possibilité ne doit toutefois pas être utilisée à la légère. En réalité, dans des circonstances ordinaires, je pense que cette possibilité ne devrait tout bonnement pas être utilisée. En règle générale, nous avons intérêt à laisser les institutions de l'Union, y compris sa Cour de justice, faire des « erreurs » – prendre des décisions qui ne nous plaisent pas ou avec lesquelles nous sommes même en total désaccord. Il faut faire preuve de réalisme et préférer la possibilité d'erreurs d'une seule institution centrale à celle d'éventuelles erreurs unilatérales des 27 systèmes distincts des États membres, avec les répercussions dévastatrices que cela pourrait engendrer sur l'ensemble de l'Union.

1.8. Conséquences possibles de l'arrêt « Lisbonne »

Il reste désormais à espérer que les conséquences juridiques de l'action même de la Cour constitutionnelle allemande seront limitées. En juin 2009, deux affaires portées devant cette Cour ont été citées comme autant de tests qui permettront d'entrevoir si la rhétorique utilisée dans l'arrêt « Lisbonne » se traduira par des résultats plus concrets : l'affaire relative à la conservation des données, et l'affaire *Honeywell*, dans laquelle l'arrêt *Mangold* de la Cour de justice européenne portant sur des faits de discrimination basée sur l'âge pourrait être

19 L'auteur explore cette idée dans « Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union », dans Matej Avbelj et Jan Komarek (éd.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford, à paraître, 2010.

qualifié d'*ultra vires*²⁰. La première affaire a déjà fait l'objet d'une décision, rendue le 2 mars 2009²¹. Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle allemande fait preuve de prudence et évite soigneusement la question du droit communautaire, déclarant inconstitutionnelle la loi allemande de transposition de la directive sur la conservation des données, mais uniquement dans la mesure où le pouvoir législatif allemand a agi dans le cadre de la marge de manœuvre que lui accorde la directive (et donc en dehors du droit communautaire), se gardant donc de prononcer toute déclaration de nature juridique sur la validité de la directive. La Cour allemande s'est également déclarée disposée à saisir la Cour de justice européenne de questions préjudicielles portant sur le droit communautaire si elle jugeait cette démarche nécessaire pour résoudre une affaire. Ce ne fut pas le cas en l'espèce car l'affaire a pu être résolue sans toucher à la directive, et parce que la directive, selon la Cour allemande, pouvait être mise en œuvre en Allemagne sans porter atteinte à la Loi fondamentale.

À l'heure où ces lignes sont écrites, aucun jugement n'a encore été rendu dans l'affaire *Honeywell*, confiée à la deuxième chambre de la Cour (celle qui a rendu l'arrêt « Lisbonne ») et pour laquelle il sera impossible de faire l'impasse sur la question du droit communautaire. Toutefois, à moins que l'atmosphère générale ne diffère d'une chambre à l'autre, l'arrêt relatif à la conservation des données laisse à penser que la rhétorique de l'arrêt « Lisbonne » pourrait ne pas entraîner de dégâts concrets – au delà des dégâts bien réels déjà portés par la rhétorique à proprement parler.

Ensuite, il faut s'attendre à ce que les répercussions sur la Cour de justice européenne soient limitées. La Cour de Luxembourg pourrait en effet être poussée à agir de manière étrange et maladroite si elle était forcée à se prononcer sous pression²². Ce type de pression pourrait l'inciter à délaissé certains intérêts et à accorder plus de poids à des éléments qui, tout bien considéré, ne devraient pas jouir d'une telle importance (par exemple, la volonté de limiter les compétences

20 Affaire C-144/04, *Mangold* [2005] ECR I-9981. Concernant la qualification d'acte *ultra vires* de l'arrêt *Mangold*, nécessitant une intervention de la Cour constitutionnelle allemande, voir Lüder Gerken et al., « *Mangold* » als *ausbrechender Rechtsakt* », Sellier, Munich, 2009.

21 BVerfGE, Affaires 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 et 1 BvR 586/08.

22 L'avis 2/94 [1996] ECR I-1759 sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme illustre ce point de vue. Pour beaucoup d'observateurs, cet avis était et reste peu convaincant. Dans son argumentaire (para. 35), la Cour de justice européenne opère une distinction entre interprétation et révision du Traité, en employant des termes qui ne sont pas sans rappeler les passages essentiels de l'arrêt « Maastricht ».

de l'Union pourrait l'emporter sur d'importants intérêts publics tels que la protection de la santé). Il faut donc espérer que la Cour de justice européenne continuera à statuer comme elle le faisait par le passé, sans se laisser intimider par les menaces de la Cour constitutionnelle allemande, et à donner ce qu'elle considère comme la meilleure interprétation qui soit du droit communautaire.

Troisièmement, l'arrêt pourrait se traduire par un effet domino sur d'autres cours constitutionnelles, en particulier dans les pays les plus influencés par le prestige des dogmes du droit public allemand. Nous savons que l'arrêt « Maastricht » a eu une conséquence de ce genre²³. Et en lisant attentivement l'arrêt « Lisbonne », on constate en effet que, dans un passage au moins, la Cour constitutionnelle allemande estime que sa position devrait être celle de tous les droits constitutionnels des États membres : « Les États membres ne peuvent être privés du droit de vérifier que le programme d'intégration est bien respecté » (para. 334). La logique voudrait donc que certains emboîtent le pas, dans la mesure où ne pas emboîter le pas équivaldrait à désavantager de manière permanente les intérêts de l'État membre concerné par rapport à l'Allemagne. Quel pays voudrait d'une telle situation ? Toutefois, la réaction pourrait également être inverse : certaines cours constitutionnelles pourraient décider qu'il est préférable de ne pas aller aussi loin que la Cour allemande. Le second arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle tchèque, rendu le 3 novembre 2009, semble abonder dans ce sens²⁴. D'un point de vue européen, si cet arrêt est loin d'être idéal, il n'en demeure pas moins plus accommodant pour l'Union que l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande.

Enfin, le processus politique de l'Union pourrait également être touché, en particulier si l'Allemagne choisit de jouer la carte de la « Cour constitutionnelle » lors de négociations et de s'en servir comme instrument stratégique pour justifier certaines approches à l'égard de politiques spécifiques ou même des attitudes eurosceptiques. Cette position pourrait à son tour aboutir à des démarches ou des anticipations stratégiques de la part d'autres acteurs (comme la Commission, qui adapterait ses propositions en fonction des limites instaurées par l'arrêt « Lisbonne »; d'autres États membres ou encore le Conseil). Au final, ces jeux

de tactique se traduiraient par l'adoption de décisions politiques peu optimales, avec à la clé peu de véritables gains en termes économiques et sociaux (songeons une fois encore à la réponse à la crise), car les meilleures options politiques n'entreraient pas dans le cadre de la discussion politique telle que définie par la Cour allemande. Nous avons sûrement là la pire des conséquences possibles de l'arrêt « Lisbonne ».

Si elles venaient à se matérialiser, ces conséquences pourraient, espérons-le, en grande partie disparaître avec le temps. À l'instar de ce que l'on a pu en partie observer après l'arrêt « Maastricht », l'autorité de l'arrêt « Lisbonne » pourrait peu à peu s'éroder : les nouveaux défis qui verront le jour avec le temps appelleront de nouvelles mesures politiques et le droit ne pourra indéfiniment faire obstacle à l'adoption de politiques sensées.

1.9. Vers une culture juridique commune

C'est -à-dire, jusqu'à ce qu'un nouveau jugement de la sorte soit rendu. Seize années ont passé entre les arrêts « Maastricht » et « Lisbonne ». Les Traités d'Amsterdam et de Nice ont fort heureusement échappé à l'accueil chaleureux de la Cour constitutionnelle allemande. Pendant ces seize années, beaucoup d'eau a coulé sous les ponts dans l'Union. Parallèlement, la culture juridique allemande et les autres cultures juridiques nationales n'ont toutefois pas réellement changé. Voilà donc selon moi le principal enseignement à tirer de l'arrêt « Lisbonne » : seize ans plus tard, la position reste la même.

L'arrêt « Lisbonne » est l'illustration frappante de l'internalisation imparfaite de l'État de droit européen – un élément essentiel du processus d'intégration – dans les cultures juridiques nationales, plus de cinquante ans après le début du processus d'intégration. En définitive, la lutte relative à la culture juridique est une lutte de points de vue, une lutte entre deux paradigmes contradictoires. Alors que ceux impliqués dans la pratique du droit communautaire adoptent un point de vue interne à ce système juridique, les acteurs des systèmes juridiques nationaux continuent de privilégier un point de vue externe. Ils ne se considèrent pas comme des acteurs au sein de ce système : ce droit ne fait pas partie

²³ Voir l'article de l'auteur cité dans la note de bas de page 2.

²⁴ Traduction anglaise partielle disponible dans *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, 2009, 435-352.

de ce qui fait d'eux des juristes ou des citoyens ; il ne fait pas partie de leur système social ; il s'agit d'un objet purement externe. Cette perspective extérieure détermine l'approche de la Cour constitutionnelle allemande ainsi que ses limites, et prédétermine également dans une large mesure l'issue d'affaires telles que les recours contre le Traité de Lisbonne. Puisque la réussite du droit de l'intégration (le projet de construction d'un État de droit européen afin de surmonter la nature traditionnellement arbitraire des relations entre États-nations) nécessite l'adoption par l'ensemble des juristes actifs dans l'Union – ainsi que des citoyens – d'une perspective plus large, la perspective extérieure adoptée par d'importantes institutions nationales constitue un frein à la réalisation de ce projet et lui porte préjudice.

Cette internalisation imparfaite de la dimension juridique européenne dans les cultures juridiques nationales a une conséquence – que nous pourrions appeler une *Europe non juridique* : il arrive, plus ou moins fréquemment en fonction de l'État membre, que le droit communautaire ne soit pas appliqué alors qu'il devrait l'être ou qu'il ne soit pas appliqué comme il devrait l'être. Cette Europe non juridique a un coût, en termes sociaux, économiques mais aussi en termes de justice, un coût qu'il est difficile d'évaluer mais qui est très vraisemblablement significatif.

Voilà peut-être un objectif d'envergure pour l'Union européenne du 21^e siècle : améliorer et consolider une culture juridique commune et perfectionner l'État de droit supranational en tant qu'éléments essentiels du projet d'intégration. À cet égard, l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande pourrait s'avérer particulièrement utile dans la mesure où il s'inscrit précisément dans la direction opposée. Et l'on serait tenté de dire : demi-tour, ignorez les indications, abattez les murs de carton et allez de l'avant.

II - Objectif manqué : La décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le Traité de Lisbonne et le déficit démocratique de l'UE

Katrin Auel

2.1. L'arrêt « Lisbonne » de la Cour – « Oui, mais... »

Le 30 juin 2009, jour où la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle allemande levait l'un des derniers obstacles à la ratification du traité de Lisbonne, on poussa un ouf de soulagement tant à Bruxelles qu'à Berlin. Dans son arrêt¹, la Cour déclarait en effet le Traité compatible avec la Constitution allemande (*Grundgesetz*, la Loi fondamentale de la République allemande, ci-après abrégée en GG) et réclamait seulement un renforcement de la participation du Parlement allemand dans les décisions de l'Union. Une fois la législation nationale aménagée, l'Allemagne était en mesure de ratifier le Traité qui entra finalement en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

Le soulagement initial a toutefois rapidement cédé la place aux plaintes et aux gémissements une fois la signification profonde de cet arrêt long et complexe devenue manifeste. Depuis lors, cette décision a fait verser beaucoup d'encre, entraînant de nombreuses réactions particulièrement critiques, de la déception au mécontentement, en passant par la colère pure et simple. Bien que cette

¹ BVerfGE, 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009. Les paragraphes cités dans ce texte se réfèrent à cette décision.

décision ait été débattue en long et en large, il n'est pas inutile de rappeler que si la Cour a clarifié le Traité de Lisbonne, elle a également porté un verdict accablant sur l'avenir de l'intégration européenne. Pour ma part, je souhaite m'attarder sur deux aspects² :

Premièrement, la Cour constitutionnelle allemande a adopté une position très claire en matière de souveraineté. Selon elle, l'autorité ultime dépend toujours d'une entité politique unique – soit, jusqu'à présent, l'État membre. Un transfert de souveraineté en faveur de l'UE impliquerait nécessairement la suppression des constitutions nationales et l'adoption d'une constitution européenne. À défaut, la souveraineté demeure nationale. Partant de ce principe, la Cour a jugé que le Traité de Lisbonne était compatible avec la Loi fondamentale allemande puisqu'il ne donne pas naissance à un État européen.

Ensuite, la Cour a également très clairement énoncé les limites du processus d'intégration *si* celui-ci n'aboutit pas à la formation d'un État européen : dans une Europe intégrée, les États membres sont les autorités souveraines ultimes et doivent par conséquent conserver suffisamment de marge de manœuvre pour la formation politique des conditions de vie économiques, sociales et culturelles de leurs citoyens. Plus spécifiquement, cette condition couvre les domaines de la citoyenneté, du droit pénal, des opérations policières et militaires, de la politique fiscale, de la politique sociale, du droit de la famille, de l'éducation, de la culture et des médias ainsi que des relations avec les groupes religieux (para. 252 et suiv.). Selon la Cour, toute mesure d'intégration allant au delà du statu quo ne peut en aucun cas porter préjudice au pouvoir d'action politique des États membres ni au principe d'attribution des compétences. Toutefois, si le processus d'intégration devait se poursuivre de telle sorte que les compétences législatives liées à la formation des conditions de vie économiques, sociales et culturelles susmentionnées venaient à être transférées à l'échelon européen, il appartiendrait à la République fédérale d'Allemagne, de par sa responsabilité en matière 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 (para. 264). En

² Pour une discussion sur les autres aspects de l'arrêt, voir Julio Baquero Cruz (2010), « Un *Götterdämmerung* juridique : L'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande », policy paper de Notre Europe, ou les contributions apportées dans *German Law Journal* 10 (8) (2009), Section spéciale : l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle fédérale, et dans *European Constitutional Law Review* 5 (3) (2009).

conclusion, l'intégration européenne s'achève avec le Traité de Lisbonne – pour l'Allemagne en tout cas. Si la Cour constitutionnelle allemande n'a pas explicitement affirmé que le Traité de Lisbonne marquait la limite de l'attribution des compétences, il est difficile de concevoir un nouveau traité européen susceptible de renforcer encore un peu plus l'intégration tout en restant compatible avec cet arrêt.

2.2. L'avis de la Cour sur le déficit démocratique de l'Union

Pour rendre sa décision, la Cour s'est essentiellement basée sur des considérations de légitimité démocratique et sur le droit des citoyens à l'auto-détermination démocratique, un droit inaliénable qu'ils exercent plus particulièrement par le biais d'élections générales. À cet égard, il convient de souligner que la Cour n'a pas sorti ces arguments de son chapeau : elle n'a fait que répondre aux points soulevés par les plaignants qui estimaient, notamment, que le transfert de compétences souveraines octroyé à l'Union européenne par la Loi portant approbation du Traité de Lisbonne constituait une atteinte à leur droit inaliénable à participer à la légitimation de l'autorité étatique et à influencer son exercice par le biais des élections générales (article 38 du GG, droit à élire les députés du *Bundestag* allemand au suffrage universel, direct, libre, égal et secret). Ces plaignants étaient d'avis qu'ils ne pouvaient plus influencer le processus de légitimation et l'exercice de l'autorité étatique dans la mesure où le Traité de Lisbonne se traduisait par une nouvelle réduction des compétences du *Bundestag* sans pour autant répondre au problème du manque de légitimité démocratique de l'Union européenne (para. 100).

Bien que la Cour n'ait pas suivi ces arguments, elle a néanmoins, à l'instar de ce qui fut le cas lors de l'arrêt « Maastricht »³, clairement insisté sur le fait qu'elle ne reconnaissait pas le Parlement européen (PE) comme un véritable pouvoir législatif représentant la volonté d'un seul peuple européen. Elle le considère comme un organe représentatif des peuples des États membres; il ne constitue donc qu'une « source complémentaire et autonome de légitimation démocratique » (para. 271). Sa critique repose sur le fait que les élections européennes ne sont

³ BVerfGE 89, 155, du 12 octobre 1993

pas à même de garantir le principe d'égalité électorale en raison de la proportionnalité dégressive introduite par l'article 14.2(1) du TUE (para. 284) pour régir la composition du Parlement. Par conséquent, ce dernier ne représente pas « le peuple européen », mais bien les peuples européens organisés dans leurs États membres respectifs (para. 286). Le fait que les pouvoirs du PE aient été consolidés passe donc davantage pour un problème que pour une solution aux yeux de la Cour : « 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 représente aussi une majorité des citoyens de l'Union » (para. 281). Dès lors, la Cour considère que le PE est « insuffisamment préparé à prendre des décisions à la fois représentatives et dédiées à une majorité en matière d'orientation politique (...). Il ne peut donc soutenir un gouvernement parlementaire et s'organiser selon le modèle des partis politiques dans un système de dualité 'gouvernement-opposition' de manière telle qu'une décision prise par l'électorat européen sur l'orientation politique puisse avoir une influence politique décisive »⁴. Mais la Cour va plus loin :

« 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 demeure constamment présente et effective » (para. 250).

Selon la Cour, cet espace de délibération publique fait précisément défaut dans l'Union européenne : « 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 États respectifs se développe visiblement, (...) 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 » (para. 251).

Cependant, la Cour estime également que l'absence de légitimité démocratique ne pose pas problème dans la mesure où l'Union européenne n'est pas un État : « Tant que et dans la mesure où demeure respecté le principe d'attribution dans un regroupement d'États 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 » (para. 262). Par conséquent, ce sont les organes constitutionnels nationaux, et en particulier les parlements, qui doivent non seulement conserver « des fonctions et des compétences (...) d'importance politique substantielle », mais aussi endosser la responsabilité première de l'intégration européenne et de la légitimation des politiques communautaires.

De cet argument, la Cour a tiré une première conséquence directe en déclarant la « loi sur l'extension et le renforcement des droits du *Bundestag* et du *Bundesrat* en matière de l'Union européenne »⁵ accompagnant le Traité de Lisbonne incompatible avec la Loi fondamentale allemande au motif qu'elle ne prévoit pas de disposition concernant la ratification par les deux chambres législatives de toute décision liée à l'emploi de la clause de flexibilité et des procédures passerelles en vue de futures révisions du Traité⁶. Selon la Cour, les procédures flexibles d'amendement des Traités doivent veiller à ce que, dans chaque cas, « 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. » (para. 319) ; à cet égard, le droit des parlements nationaux d'opposer leur veto à ce type de mesure pendant six mois ne suffit pas. Compte tenu des critiques adressées au Parlement européen, il n'est guère étonnant de constater que la Cour n'accorde que peu de crédit au

⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, communiqué de presse n° 72/2009 du 30 juin 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-072en.html>.

⁵ « Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union », Bundestags-Drucksache 16/8489.

⁶ Selon la Cour, ceci s'applique à l'exercice de la clause de flexibilité (article 352 du TFUE) qui permet à l'UE de réaliser des objectifs communautaires en l'absence de base juridique, mais aussi aux procédures passerelles qui permettent l'introduction du vote à la majorité qualifiée et la codécision dans les domaines qui y échappent normalement. Ces deux mécanismes nécessitent l'approbation du *Bundestag* et, lorsque les dispositions nationales le prévoient, du *Bundesrat*.

fait que l'application des procédures passerelles ou de la clause de flexibilité nécessite l'aval du Parlement européen.

Différents arguments peuvent être et ont été opposés au raisonnement de la Cour⁷. Bien que la Cour reconnaisse que « pour les organes de l'État allemand, l'objectif constitutionnel découlant tant de l'article 23 alinéa 1 que du Préambule d'édifier une Europe unie signifie notamment qu'ils ne peuvent décider à convenance politique si l'Allemagne doit ou non participer à l'Union européenne » (para. 225), l'arrêt insiste sur le rôle prépondérant de la souveraineté et définit l'UE comme une simple association intergouvernementale d'États nationaux souverains ('*Staatenverbund*'). Ce faisant, elle fait l'impasse sur le fait que l'Union est d'ores et déjà bien plus qu'une simple '*Staatenverbund*', puisque les institutions communautaires disposent de compétences propres qu'elles peuvent exercer sans le consentement des États membres, et que le droit communautaire est directement applicable dans les États membres et prime sur le droit national. Ainsi que l'a fait brièvement remarquer Schönberger, « [s]i les juges pensent réellement ce qu'ils ont affirmé, ils n'auraient jamais dû approuver le Traité de Lisbonne. Mais dans la mesure où ils soutiennent le Traité de Lisbonne, ils ne pouvaient justifier leur décision par les éléments qu'ils ont avancés »⁸.

Cohérente avec ses arguments, la Cour a également établi une liste de domaines spécifiques qui doivent selon elle demeurer entre les mains des États membres, ce qu'elle n'avait pas fait dans le cadre de l'arrêt « Maastricht ». Bien que la Cour admette que « la préservation de la souveraineté (...), 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'État » (para. 248), c'est précisément ce qu'elle fait en déterminant les domaines spécifiques et les types de pouvoirs souverains. De plus, cette énumération de compétences de base est en définitive arbitraire. Une liste qui serait véritablement basée sur « [l]es domaines particulièrement sensibles pour la capacité d'autodétermination démocratique d'un État constitutionnel (...) *depuis toujours* » (para. 252, italiques ajoutées) comprendrait très vraisemblablement les domaines de la politique

monétaire et de la devise nationale⁹. En réalité, la liste semble reposer plus simplement sur pratiquement toutes les compétences qui relèvent encore des États membres aux termes du Traité de Lisbonne.

En outre, le concept tout dogmatique de démocratie basée sur l'égalité électorale adopté par la Cour est étroitement lié à la notion d'État : tant que l'UE n'est pas un État, elle n'a pas à être démocratique, et puisqu'elle n'est pas démocratique, la responsabilité de la légitimité démocratique demeure une prérogative de l'État ; toutefois, si elle venait un jour à être pleinement démocratique, elle deviendrait un État et serait alors incompatible avec la Loi fondamentale allemande. Pour la Cour, « constitutionnellement prise au piège d'une perspective dans laquelle le renforcement et l'intégration toujours plus poussée de l'Union européenne ne peuvent être perçus que comme une étape supplémentaire sur la pente glissante de l'étatisme fédéral »¹⁰, le déficit démocratique de l'UE est donc fondamental et par essence insoluble¹¹ - au nom de la démocratie. Toutefois, il est pour le moins discutable de considérer la démocratie comme liée par définition à l'État en général, et à l'interprétation que fait la Cour de la Loi fondamentale allemande en particulier.

Dans les chapitres qui suivent, j'aimerais m'attarder sur deux arguments liés que la Cour a avancés sur le plan de la légitimité démocratique de l'UE. Je commencerai par les arguments relatifs au Parlement européen, à savoir les inégalités de représentation et l'incapacité à prendre des décisions efficaces représentant la majorité et basées sur un mandat électoral clair. Je m'attacherai ensuite à évoquer le niveau national et à discuter du rôle que jouent les parlements nationaux dans la politique européenne. Selon moi, bien que l'influence des parlements nationaux sur la politique européenne se soit consolidée, ils ne sont jusqu'à présent pas en mesure de garantir la nature démocratique de la politique communautaire. Cette réalité s'explique en grande partie par le fait que les principaux partis dépolitisent les questions européennes tant à l'échelon européen que national, empêchant de la sorte les citoyens de faire des choix politiques sur l'Europe et ses politiques.

⁷ Voir note de bas de page n° 2.

⁸ Christoph. Schönberger (2009), « Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea », dans *German Law Journal* 10 (8), 1201-1218, p. 1202.

⁹ Schönberger, op cit., p. 1209.

¹⁰ Schönberger, op cit., p. 1217.

¹¹ Jo Eric Khushf Murkens (2009), « Identity trumps integration: the Lisbon Treaty in the German Federal Constitutional Court », dans *Der Staat* 48 (4), 517-534, p. 529.

2.3. Le Parlement européen est-il un véritable organe législatif ?

Personne n'ignore plus que le Parlement européen ne peut prétendre offrir une norme stricte d'égalité électorale. Même si l'on parle généralement de *l'élection* du PE, il ne s'agit bien entendu pas d'une élection unique, mais bien de 27 suffrages régis par différentes règles électorales. Plus important encore, le système électoral, bien que toujours basé sur une formule de représentation proportionnelle (système de liste ou scrutin uninominal préférentiel avec report de voix), varie d'un État à l'autre¹². L'application variée de seuils, par exemple, modifie considérablement les chances des petits partis d'obtenir un siège au PE en fonction des États membres. De plus, le nombre de sièges octroyés par pays repose également sur un mécanisme de proportionnalité dégressive. Par conséquent, le principe démocratique d'égalité ou de « parité des votes » (un citoyen – une voix) n'est pas satisfait.

Cependant, la Cour ne tient pas suffisamment compte des caractéristiques de la légitimité démocratique dans les États fédéraux en insistant sur la qualité électorale. Tout en indiquant qu'un écart du principe d'égalité électorale est acceptable pour les chambres supérieures dans un système fédéral, elle n'indique pas pourquoi ce devrait être le cas, dans la mesure où ces institutions sont manifestement de nature à limiter le *demos*¹³ en offrant bien souvent la possibilité à des minorités de bloquer des décisions majoritaires. En fait, la Cour ignore le fait que les systèmes fédéraux ne respectent pas toujours le principe strict d'égalité électorale, même vis-à-vis de la chambre inférieure ou l'élection du chef du gouvernement. À titre d'exemple, la Constitution des États-Unis garantit à chaque État au moins un représentant au Sénat, même si la taille de la population ne le justifie pas (ce qui est notamment le cas pour l'État du Vermont). Il en va de même pour les élections du Président américain, où les petits États bénéficient toujours d'au moins trois représentants au sein du collège électoral¹⁴.

Cependant, il convient d'observer que, en opposition aux arguments de la Cour, le droit de voter pour des candidats aux élections du PE et de se présenter à ces élections n'est en réalité pas fonction de la nationalité, mais bien du lieu de résidence. En réalité, 37,6 pour cent (11,3 millions de personnes) des ressortissants étrangers résidant dans les États membres sont citoyens d'autres États membres¹⁵. Et si, en termes absolus, le nombre n'est pas significatif dans les grands États membres, il n'est pas inintéressant de constater qu'un député luxembourgeois ne représente pas 82 250 Luxembourgeois, mais bien 47 225 Luxembourgeois et environ 30 100 citoyens d'autres États membres de l'UE¹⁶.

Les 736 députés qui garnissent les rangs du Parlement européens sont à l'heure actuelle issus de 27 États membres et de plus de 140 listes de partis nationaux. Bien entendu, il est tentant de mettre en cause cette fragmentation pour pointer du doigt l'incohérence et la désorganisation de l'activité politique du PE, qui serait basée sur des conflits nationaux plutôt qu'idéologiques et qui fonctionnerait selon une « grande coalition » défiant toute concurrence. Si l'on observe la vie du PE de plus près, on constate toutefois que celui-ci fonctionne à bien des égards selon un modèle identique au mode de fonctionnement des parlements nationaux. Bien qu'ils ne soient pas comparables aux groupes de parti parlementaires à l'échelle nationale, généralement constitués de membres d'un seul parti, les groupes politiques au PE opèrent d'une manière quasiment identique. Chaque groupe doit compter dans ses rangs au moins 25 députés européens issus de sept États membres différents. Ce sont les groupes politiques qui contrôlent l'élection du président du parlement, des présidents de commissions, des rapporteurs, de la ligne de vote sur les différents rapports et de tout autre point digne d'intérêt au Parlement européen¹⁷.

Fondamentalement, le « système de partis » au Parlement européen peut être considéré comme un système « deux plus les autres ». Les deux principaux groupes, le Parti populaire européen (PPE) et l'Alliance progressiste des socia-

12 David M. Farrell et Roger Scully (2010), « The European Parliament: one parliament, several modes of political representation on the ground? », dans *Journal of European Public Policy* 17 (1), 36-54.

13 Alfred Stepan (2001), « Toward a New Comparative Politics of Federalism, (Multi)Nationalism, and Democracy: Beyond Rikerian Federalism », dans *Arguing Comparative Politics*, Oxford : Oxford University Press.

14 Schönberger, op cit., p. 1215

15 Eurostat 2009, Statistiques en bref, 94, par Katya Vasileva; disponible à l'adresse suivante : epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-09-094/EN/KS-SF-09-094-EN.PDF.

16 Six pour cent de la population du Luxembourg (4.935) sont des ressortissants hors UE. Calcul basé sur Eurostat 2009 (op. cit.) et les données Eurostat concernant la population totale du Luxembourg en 2009, disponible à l'adresse suivante : epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/information.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tps00001.

17 Simon Hix, Abdul Noury et Gerard Roland (2007), *Democratic Politics in the European Parliament*, Cambridge : Cambridge University Press, p. 22.

listes et démocrates (S&D), détiennent actuellement 35,8 et 25 pour cent des sièges, tandis que les divers autres petits groupes représentent entre 11 et 4 pour cent. Dans le passé, il en a toujours été ainsi : les deux principales formations ont toujours dominé la politique du PE sans jamais obtenir de majorité absolue. Et bien que l'absence de gouvernement parlementaire européen rende la formation d'une coalition officielle superflue, différentes études ont montré que la vie politique du Parlement européen était à bien des égards étonnamment semblable à ce que l'on observait dans d'autres parlements.

À titre d'exemple, dans leur vaste étude consacrée au vote par appel nominal au sein du PE, Hix, Noury et Roland¹⁸ montrent que les principaux groupes politiques ont fait preuve d'une très forte cohésion de vote depuis les premières élections au suffrage direct de 1979 – comparable aux niveaux de cohésion des partis au sein du Congrès américain. De plus, la cohésion des groupes politiques européens n'a cessé de croître au fil du temps et avec la consolidation des pouvoirs du Parlement européen. Il est notamment remarquable de constater que la cohésion interne s'est renforcée alors même que l'élargissement aux nouveaux États membres accentuait encore un peu plus la division idéologique et nationale interne. En outre, si les positions des partis favorables et opposés à l'intégration européenne continuent de jouer un rôle, opposant le PPE, le S&D et les Libéraux (ALDE) aux plus modestes groupes politiques, les votes se cristallisent principalement en fonction du clivage gauche-droite classique de la politique démocratique. À l'inverse, les intérêts nationaux, indépendamment des positions des partis à l'échelle nationale, n'ont que peu d'influence systématique sur les comportements de vote. Par conséquent, les groupes politiques sont non seulement marqués par une plus grande cohésion, mais ils sont également plus divisés à mesure que les priorités de l'Union ont intégré des questions d'ordre socio-économique. Au final, les « grandes coalitions » entre les deux principaux groupes politiques se sont faites moins fréquentes.

L'activité politique du Parlement européen ne diffère donc pas tellement de celle d'autres législatures démocratiques, dominées par un clivage gauche-droite et dirigées par les familles traditionnelles de la politique européenne nationale. Les groupes politiques présents à l'échelon européen sont en mesure de traduire les

positions des partis nationaux en organisation politique structurée, en concurrence et en formation de coalition, et donc en décisions majoritaires claires et concrètes.

La Cour a toutefois raison lorsqu'elle affirme que, jusqu'à présent, les élections européennes n'ont pas permis d'apporter un choix entre des programmes politiques concurrents pour l'UE, pas plus qu'un mandat démocratique pour une majorité au Parlement européen. A cet égard, l'un des principaux obstacles, qui a fait l'objet de nombreux débats, réside dans le fait que les élections du Parlement européen ne reposent pas sur un affrontement d'idées concernant les affaires européennes ni sur la rivalité entre manifestes de partis paneuropéens. Ce qui fait défaut dans l'UE, ce sont de véritables partis européens transnationaux qui chercheraient à convaincre l'électorat en participant aux élections selon une optique véritablement supranationale. Ce sont en effet les partis nationaux, et non les groupes politiques représentés au PE, qui organisent et contrôlent les campagnes nationales pour les élections du PE. Au lieu de proposer des plateformes politiques qui offrent des positions tranchées sur des questions typiquement européennes et controversées, les groupes politiques du PE se contentent de déclarations vagues et nobles. Ils ne peuvent donc offrir aux citoyens européens de véritable choix face aux urnes. Par conséquent, les clivages, enjeux et idéologies électoraux véritablement supranationaux demeurent rares et peu marqués, et les élections du PE ne sont pas à même de diviser l'électorat en blocs électoraux cohérents comme c'est le cas sur la scène politique nationale. En lieu et place, les élections du PE sont dominées par des enjeux, des partis et des personnalités fermement ancrés à l'échelon national. Les électeurs semblent peu au fait des activités du Parlement européen. Les sondages Eurobaromètre testent très régulièrement les connaissances européennes des citoyens et bien que la grande majorité des citoyens de l'UE aient déjà entendu parler du PE, peu savent véritablement ce qu'il fait, quelles sont ses compétences ou quels sont les sujets qu'il aborde. Un rapport Eurobaromètre spécial de l'automne 2008¹⁹ montrait qu'à peine 23 pour cent des citoyens européens se considéraient bien informés sur les activités du PE. Seuls 26 pour cent étaient au courant de la tenue des élections du PE en juin 2009, soit seulement six mois plus tard.

¹⁹ Rapport Eurobaromètre spécial 303 (70.1): les élections européennes de 2009, décembre 2008, p. 13 et 83; Tous les rapports spéciaux sont disponibles à l'adresse suivante : ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_en.htm.

¹⁸ Simon Hix, Abdul Noury et Gerard Roland (2007), op. cit.

Dans la mesure où les partis nationaux concourent aux élections européennes en débattant de questions nationales afin de gagner les voix d'électeurs qui estiment que le PE n'a pas beaucoup d'importance dans leur vie, il n'est guère étonnant de les voir qualifiées d'« élections de second ordre »²⁰. L'expression sert à décrire des élections qui ne sont pas aussi importantes que d'autres, ou qui sont considérées comme telles, et au cours desquelles les comportements de vote sont en grande partie dictés par des considérations liées à ces autres élections. En d'autres termes, les élections européennes ne sont pas considérées comme un suffrage aussi important que les élections nationales et le comportement de vote que l'on observe s'explique pour l'essentiel par la vie politique nationale.

La participation généralement faible aux élections est un des indicateurs de ce phénomène. Cette réalité ne peut s'expliquer par une apathie électorale plus générale puisque, dans la plupart des États membres, la participation aux élections nationales est plus élevée. De plus, la participation générale n'a cessé de diminuer au fil des ans, alors même que le Parlement européen gagnait en compétences et en pouvoirs. Le renforcement du rôle du PE n'a donc pas incité les électeurs à se rendre aux urnes. En effet, fin 2008, environ 60 pour cent des sondés affirmaient qu'ils n'iraient pas voter pour les élections européennes parce qu'ils pensaient que le PE ne s'occupait pas de questions qui les concernaient, que leur vote ne changerait rien et parce qu'ils ne se sentaient pas représentés par le PE²¹.

Autre indicateur de cette tendance : les électeurs profitent des élections européennes pour exprimer leur point de vue sur leur gouvernement et les politiques nationales. Dans la mesure où les élections du PE n'ont évidemment aucune influence directe sur le système politique national, de nombreux électeurs ne craignent pas de voter avec leur cœur en donnant leur voix au parti avec lequel ils ont le plus d'affinités politiques au lieu d'un parti plus grand et davantage susceptible d'être en bonne position pour former un gouvernement. En outre, les élections européennes offrent aux électeurs la possibilité d'exprimer leur mécon-

tentement et donc un vote sanction. Pour les élections européennes de 2009, deux exemples peuvent illustrer ce phénomène. Au Royaume-Uni, l'élection du PE s'est tenue dans un contexte de scandales liés aux dépenses des députés britanniques et dans un climat d'impopularité du gouvernement travailliste de Gordon Brown. Les électeurs ont donc saisi cette opportunité pour descendre en flammes le gouvernement Brown. Son parti a enregistré à cette occasion le pire résultat jamais obtenu et a fini troisième, derrière le Parti conservateur et les anti-européens du Parti de l'indépendance du Royaume-Uni. Aux Pays-Bas, le Parti pour la liberté, ouvertement anti-européen, a obtenu 17 pour cent des voix, ce qui a fait de lui le deuxième plus important parti néerlandais représenté au PE. Diverses études empiriques²² le confirment : les grands partis au pouvoir perdent généralement des plumes lors des élections européennes, quelle que soit leur famille politique, tandis que les formations plus modestes, qu'elles soient écologistes ou anti-européennes, progressent en moyenne.

Ce dernier point donne toutefois à penser que les élections européennes ont malgré tout un lien avec l'« Europe ». La progression des partis écologistes peut notamment s'expliquer par le fait que les électeurs préoccupés par les questions environnementales, qui considèrent le Parlement européen comme une institution importante, sont plus enclins à donner leur voix à un parti écologiste dans le cadre de l'élection européenne²³. En outre, les électeurs plus eurosceptiques que le parti auquel ils ont donné leur voix lors des précédentes élections nationales sont également plus enclins à punir ce parti²⁴. Enfin, les succès électoraux des partis lors des élections du PE semblent directement influencés par leur niveau de cohésion de leur position sur la question européenne. Alors que les partis qui adoptent un point de vue clair et cohésif sur la question européenne réussissent bien, les partis plus divisés en font les frais.²⁵ Le fait que ce sont pour l'essentiel les plus petits partis, généralement anti-européens et aux extrémités du spectre politique, qui présentent des points de vue clairs et cohésifs sur l'UE (voir ci-des-

20 L'expression a été pour la première fois mise en exergue par Karlheinz Reif et Hermann Schmitt (1980), « Nine Second-Order National Elections - A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results », dans *European Journal of Political Research* 8 (1), 3-44.

21 Rapport Eurobaromètre spécial 299 (69.2): Les élections européennes de 2009, septembre 2008, page 17.

22 Notamment : Federico Ferrara et J. Timo Weishaupt (2004), « Get Your Act Together. Party Performance in European Parliament Elections », dans *European Union Politics* 5 (3), 283-306; Simon Hix et Michael Marsh (2007), « Punishment or Protest? Understanding European Parliament Elections », dans *The Journal of Politics* 69 (2), 495-510.

23 Cliff Carrubba et Richard J. Timpone (2005), « Explaining Vote Switching Across First- and Second-Order Elections: Evidence From Europe », dans *Comparative Political Studies* 38 (3), 260-281.

24 Sara B. Hobolt, Jae-Jae Spoon et James Tilley (2009), « A Vote Against Europe? Explaining Defection at the 1999 and 2004 European Parliament Elections », dans *British Journal of Political Science* 39 (1), 93-115.

25 Ferrara et Weishaupt (2004), op. cit.

sous) peut donc partiellement expliquer leur succès relatif lors des élections du PE en comparaison avec les autres grands partis, généralement pro-européens.

Bien entendu, certains affirmeront que même des élections axées sur des enjeux nationaux et sur le clivage politique gauche-droite traditionnel aboutissent à l'élection de députés européens basée sur les préférences socio-économiques des citoyens et donc à un regroupement de ces préférences à l'échelon européen par le biais des groupes politiques du PE²⁶. Néanmoins, il convient de se demander si l'on peut accepter un tel regroupement de préférences électorales ; compte tenu des compétences de l'UE, le conflit gauche-droite sur les questions européennes n'est pas le même que le conflit gauche-droite qui marque les politiques nationales dans la mesure où il porte sur la réglementation sociale et non sur la redistribution²⁷. D'une manière plus générale, il est difficile de qualifier ce modèle de processus démocratique sain si les comportements de vote lors des élections européennes sont déconnectés des points de vue et des positions des députés et partis européens. Si les citoyens n'utilisent pas ou ne peuvent pas utiliser les élections européennes pour faire part de leurs préférences concernant les priorités politiques de l'UE, il est difficile de prétendre que le PE dispose d'un mandat clair des électeurs.

En résumé, l'absence de mandat démocratique constitue bel et bien un problème pour le PE. Non seulement la participation générale est faible et continue de décliner, mais les élections européennes demeurent encore et toujours des élections de second ordre. Après sept suffrages directs, le lien entre l'électorat et les députés européens reste faible, même s'il s'est quelque peu renforcé. Les élections européennes n'offrent pas de véritable choix politique aux électeurs en ce qui concerne les enjeux et les politiques à l'échelon européen, et peu d'éléments laissent à penser qu'un renforcement des pouvoirs du PE ou une modification du système électoral suffiront à changer cette donne.

²⁶ Peter Mair et Jacques Thomassen (2010), « Political Representation and Government in the European Union », dans *Journal of European Public Policy* 17 (1), 20-35.

²⁷ Liesbet Hooghe et Gary Marks (2009), « A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus », dans *British Journal of Political Science* 39 (1), 1-23, p. 15-16.

2.4. Les parlements nationaux à la rescousse ?

À ce stade, nous pouvons donc affirmer que la position critique de la Cour constitutionnelle allemande à l'égard du PE est justifiée – du moins en partie – et qu'il faut se tourner vers l'échelon national, et les parlements nationaux en particulier, pour apporter une légitimité démocratique à l'UE.

L'argumentaire de la Cour peut se résumer comme suit : la légitimité démocratique est garantie parce que les représentants gouvernementaux nationaux conservent la prérogative des décisions européennes et, en cette qualité, sont responsables devant les parlements nationaux. Donc, au sein de l'État membre, tant les mandataires impliqués dans le processus décisionnel européen que la portée et le contenu de l'autorité publique, y compris la politique européenne, sont déterminés par le peuple, par le biais de décisions citoyennes majoritaires à intervalles réguliers. De plus, l'observation et la supervision par l'opposition et le public contribuent également à la responsabilité. Dès lors, l'action gouvernementale est légitimée non seulement par le biais d'élections générales garantissant le principe d'égalité électorale, mais aussi par le débat public permanent, alimenté par l'opposition, qui permet de discuter de ces actions et des alternatives. Jusque là, tout va bien.

Mais, concrètement, est-ce réellement le cas ? Le raisonnement de la Cour peut être divisé en deux grandes lignes d'arguments : a) les décisions prises par les représentants gouvernementaux à l'échelon européen sont légitimées par le contrôle parlementaire de ces décisions et leur responsabilité générale devant leur parlement, et b) la légitimité démocratique n'est pas garantie par les seules élections, mais aussi par le débat et le contrôle publics. Dans les paragraphes qui suivent, j'aborderai ces deux arguments tour à tour.

Le contrôle et la responsabilité parlementaire des affaires européennes

En matière d'intégration européenne, les parlements nationaux ont connu une transformation notable au cours des dernières décennies. Les débuts de l'inté-

gration européenne furent marqués tant par la non-implication des parlements nationaux que par le manque de disposition des parlements à s'impliquer. Le processus d'intégration s'est traduit par un transfert toujours croissant de vastes domaines du processus décisionnel de l'échelon national à l'échelon européen, privant de la sorte les parlements nationaux d'une partie de leurs compétences législatives et d'un contrôle direct sur le processus décisionnel européen. Si on leur avait posé la question dans le cadre d'un hypothétique sondage Eurobaromètre, la majorité des érudits auraient probablement répondu que l'intégration était une « mauvaise chose » pour les parlements nationaux. Pour autant, ceux-ci ne voyaient que peu de raisons de s'impliquer dans les affaires européennes. Les questions européennes étaient généralement considérées comme des questions relevant des affaires étrangères et donc de la responsabilité du pouvoir exécutif. Et dans la mesure où les intérêts nationaux étaient fermement protégés par les gouvernements nationaux, les parlements n'étaient guère enclins à se mêler des complexes affaires européennes²⁸.

Toutefois, les victimes consentantes du processus d'intégration se sont depuis lors muées en acteurs décidés du processus décisionnel européen. Pour regagner une partie de leurs prérogatives perdues, les parlements nationaux ont mis en place des procédures de contrôle officielles. Ces procédures comprennent notamment des droits étendus à obtenir des informations exhaustives couvrant les documents des deuxième et troisième piliers dans la plupart des parlements nationaux. De plus, les parlements nationaux se sont professionnalisés en mettant sur pied des commissions des affaires européennes et en mettant en œuvre des procédures, formelles et informelles, afin d'impliquer les commissions permanentes spécialisées dans le processus de contrôle. Enfin, les procédures de contrôle ont été renforcées par l'inclusion ou le renforcement des droits des parlements à faire entendre leur avis sur les affaires européennes et par l'introduction de réserves de contrôle (ce qui octroie aux parlements nationaux le droit d'examiner les textes avant la décision finale au Conseil de l'UE).

Dans une certaine mesure, c'est à la Cour constitutionnelle allemande que l'on doit cette évolution, et en particulier à son célèbre arrêt « Maastricht », dans

lequel elle affirmait déjà que la légitimité démocratique dans l'Union européenne devait dépendre des parlements nationaux, considérés comme les principales institutions représentant les peuples européens. La question du déficit démocratique de l'UE, exacerbée par la « débâcle de Maastricht » (avec l'échec du référendum au Danemark et la quasi-défaite en France), a projeté les parlements nationaux sur le devant de la scène et même précipité leur reconnaissance à l'échelon européen. Alors qu'ils n'étaient même pas mentionnés dans les premiers traités, leur rôle est pour la première fois timidement reconnu grâce à la Déclaration 13 annexée au Traité de Maastricht. Les traités consécutifs ont suivi la voie tracée en incluant des protocoles spécifiques sur les parlements nationaux, et le Traité de Lisbonne leur confère même un rôle explicite dans la vie politique européenne en tant que nouveaux « garants » du principe de subsidiarité grâce au mécanisme d'alerte précoce (*Early Warning System* - EWS).

LE « PROTOCOLE SUR L'APPLICATION DES PRINCIPES DE SUBSIDIARITÉ ET DE PROPORTIONNALITÉ » CONFÈRE AUX PARLEMENTS NATIONAUX LE DROIT DE SOUMETTRE UN « AVIS MOTIVÉ » À LA COMMISSION S'ILS ESTIMENT QU'UN PROJET DE LOI ENFREINT LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ (ARTICLE 7.1). SI UN TIERS DES PARLEMENTS NATIONAUX SOUMETTENT UN AVIS MOTIVÉ, LA COMMISSION EST TENUE DE RÉEXAMINER LE PROJET ET PEUT DÉCIDER SOIT DE LE RETIRER, SOIT DE L'AMENDER, SOIT DE LE MAINTENIR EN L'ÉTAT (ARTICLE 7.2). LES PARLEMENTS NATIONAUX N'ONT DONC POUR SEULE POSSIBILITÉ QUE DE MONTRER UN 'CARTON JAUNE' À LA COMMISSION MAIS NE PEUVENT EN AUCUN CAS L'OBLIGER À PRENDRE EN CONSIDÉRATION LEURS PRÉOCCUPATIONS. TOUTEFOIS, SI AU MOINS LA MOITIÉ DES PARLEMENTS NATIONAUX SOUMETTENT UN AVIS MOTIVÉ SUR UNE PROPOSITION LÉGISLATIVE DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE ORDINAIRE (CODÉCISION) ET SI LA COMMISSION CHOISIT DE NE PAS MODIFIER SON TEXTE, LA PROPOSITION DEVRA ÊTRE SOUMISE POUR EXAMEN AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL. SI, EN VERTU D'UNE MAJORITÉ DE 55 % DES MEMBRES DU CONSEIL OU DU PARLEMENT EUROPÉEN, LA PROPOSITION N'EST PAS JUGÉE COMPATIBLE AVEC LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ, « L'EXAMEN DE LA PROPOSITION LÉGISLATIVE N'EST PAS POURSUIVI » (ARTICLE 7.3.B). PAR CONSÉQUENT, SI LES PARLEMENTS NATIONAUX N'ONT TOUJOURS PAS LE DROIT D'OBLIGER LA COMMISSION À TENIR COMPTE DE LEUR AVIS, CETTE DERNIÈRE DISPOSITION LEUR PERMET D'OBLIGER LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL À SE PENCHER SUR LA QUESTION.

DE PLUS, AUX TERMES DE L'ARTICLE 8 DU PROTOCOLE, LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE EST COMPÉTENTE POUR SE PRONONCER SUR LES RECOURS POUR VIOLATION, PAR UN ACTE LÉGISLATIF, DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ, ET CES RECOURS PEUVENT DÉSORMAIS ÊTRE INTRODUITS PAR LES PARLEMENTS NATIONAUX VIA LEURS GOUVERNEMENTS RESPECTIFS.

²⁸ Philip Norton (1996), « Conclusion: Addressing the Democratic Deficit », dans Philip Norton (éd.), *National Parliaments and the European Union*, Londres : Frank Cass, 177-93.

S'il existe de bonnes raisons de se montrer sceptique concernant l'impact direct des nouveaux pouvoirs conférés aux parlements nationaux par l'EWS²⁹, ce système présente l'avantage de favoriser une communication plus étroite entre les parlements nationaux, mais aussi entre ceux-ci et la Commission européenne. Comme en attestent les communications sur IPEX³⁰, certains parlements nationaux se servent de leur avis motivé pour exprimer leurs préoccupations concernant des propositions législatives, et ce même si leur avis ne met en exergue aucun manquement au principe de subsidiarité à proprement parler. Bien que les dispositions du Traité de Lisbonne ne couvrent pas cette possibilité, elle pourrait permettre aux parlements nationaux d'influencer quelque peu la législation communautaire indépendamment de leurs gouvernements s'ils parviennent à convaincre la Commission que les points soulevés sont justifiés et si, plus particulièrement, ces points sont partagés par un grand nombre de parlements.

En conclusion, bien qu'ils ne jouent pas encore de rôle majeur, les parlements des États membres de l'Union ont assurément bien plus d'atouts en main à l'heure actuelle, exerçant un contrôle renforcé sur leur gouvernement dans les affaires européennes et gagnant en influence tant concernant la forme que le fond du jeu législatif³¹. En outre, leur participation directe au processus législatif via l'EWS ou la possibilité qui leur est offerte de saisir la Cour de justice européenne en cas d'infraction au principe de subsidiarité offre aux parlements nationaux la possibilité non seulement de surveiller de près les actes de leurs propres gouvernements dans le processus décisionnel européen, mais aussi de devenir des acteurs plus autonomes à l'échelon européen – éventuellement en contournant leurs gouvernements respectifs, voire même en s'y opposant. Toutefois, et plus particulièrement au sujet de l'EWS, cette évolution dépendra en très grande partie de la manière dont la Commission réagira aux avis motivés qu'ils soumettent. Les parlements nationaux ne seront peut-être pas très enclins à s'engager dans un exercice chronophage si la mesure demeure purement symbolique et qu'il n'y a aucun impact visible à la clé au niveau européen.

29 Notamment : Tapio Raunio (2007), « National legislatures and the Constitutional Treaty » dans John O'Brennan et Tapio Raunio (éd.), *National Parliaments within the Enlarged European Union: From 'victims' of integration to competitive actors?*, Abingdon : Routledge, 79-92.

30, L'échange interparlementaire d'informations sur l'UE (IPEX) est une plateforme électronique mise en place afin de faciliter la communication et la coopération entre les parlements de l'Union européenne (www.ipex.eu).

31 John O'Brennan et Tapio Raunio (2007): « Introduction: Deparliamentarization and European integration », dans John O'Brennan et Tapio Raunio (éd.), *National Parliaments within the Enlarged European Union: From 'victims' of integration to competitive actors?*, Abingdon : Routledge, 1-26, p. 8.

Un débat public sur les affaires européennes ?

Comme mentionné ci-dessus, la Cour affirme que la légitimité démocratique ne peut être mesurée uniquement sur le plan institutionnel et qu'elle dépend également d'un débat public durable sur les choix et alternatives politiques afin de donner la possibilité aux citoyens de faire des choix (électoraux) éclairés et d'exercer un contrôle démocratique. Un contrôle démocratique efficace nécessite l'existence de mécanismes favorisant une communication et une information fiables et permanentes entre les décideurs et les citoyens, qui permettent à ces derniers d'être en mesure d'évaluer les actions de leurs représentants. Les parlements sont généralement considérés comme « les instruments par lesquels les mesures et les actions du gouvernement sont débattues et contrôlées au nom des citoyens, et par lesquels les préoccupations des citoyens (...) peuvent s'exprimer. L'intensité avec laquelle ils mènent de telles actions, et l'intensité de ces actions telle que perçue par les citoyens, peut être considérée comme le principal pilier de la légitimité du système politique aux yeux des électeurs »³².

Dans sa vision de la démocratie nationale, la Cour semble toutefois avoir sous-estimé un élément essentiel : si les parlements nationaux peuvent en effet mener de telles actions, avec toujours plus d'efficacité sur le plan des affaires européennes, il est rare que les citoyens s'en rendent compte. De plus, les politiques européennes ne font pas l'objet d'un vaste débat public au sein des parlements nationaux ou dans l'espace public à l'échelle nationale.

Bien que les parlements nationaux aient sans conteste renforcé leur influence sur les questions européennes, leurs activités en la matière se font bien souvent à huis clos. Dans la plupart des parlements nationaux, les affaires européennes sont confiées à une commission ad hoc chargée de ces questions. Et s'il est vrai que certains parlements ont ouvert les réunions de leur commission des affaires européennes au public, d'autres continuent de garder portes closes. En outre, la plupart des commissions qui se réunissent en public peuvent parfaitement bien organiser des séances à huis clos lorsqu'elles abordent des questions européennes plus sensibles. Aujourd'hui, de nombreux parlements publient

32 Philip Norton, « Introduction: The Institution of Parliaments », dans Philip Norton (éd.) (1996), *Parliaments and Governments in Western Europe*, Londres : Frank Cass, 1-15, p. 1.

également sur internet leurs documents d'examen et/ou les procès-verbaux des réunions de leurs commissions. Néanmoins, le fait de publier des documents sur la législation communautaire relativement complexe et le fait de permettre à un public restreint d'assister aux réunions des commissions ne peuvent guère être considérés comme des instruments satisfaisants et des gages de transparence et d'ouverture. Le recours à des outils plus efficaces destinés à garantir la publicité des affaires européennes, tels que les débats en plénière consacrés aux questions communautaires, est encore relativement peu fréquent³³. À titre d'exemple, l'idée (introduite par la Convention sur l'avenir de l'Europe et poursuivie par la COSAC³⁴) de mettre en place une « semaine européenne » au cours de laquelle les parlements nationaux tiendraient des débats sur le programme législatif et le programme de travail de la Commission européenne n'a guère suscité d'enthousiasme auprès des parlements nationaux³⁵.

Bien entendu, de nombreuses raisons peuvent expliquer pourquoi les parlements nationaux préfèrent mener leurs activités en matière d'affaires européennes à l'abri des regards indiscrets du public³⁶. Les négociations entre le gouvernement et le parlement (et plus particulièrement les groupes politiques parlementaires au pouvoir) sont sans conteste facilitées par le huis clos. La publicité menace de dévoiler au grand jour les divisions et les conflits qui existent au sein du parti ou des partis au pouvoir et donc de favoriser leur exploitation par les rangs de l'opposition. De plus, une plus grande publicité risquerait également de permettre aux autres États membres d'accéder aux stratégies de négociation du gouvernement et donc d'affaiblir sa position lors des négociations. Enfin, le pouvoir de négociation d'un gouvernement à Bruxelles pourrait être affaibli par les conflits rendus publics entre le gouvernement et le parlement puisque les partenaires de négociation à l'échelon européen ne manqueraient pas d'indiquer que le point de vue du gouvernement ne bénéficie même pas d'un soutien au niveau national.

33 Torbjörn Bergmann, Wolfgang C. Müller, Kaare Strøm et Magnus Blomgren, « Democratic Delegation and Accountability: Cross-national Patterns », dans Kaare Strøm, Wolfgang C. Müller et Torbjörn Bergmann, (éd.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford : Oxford University Press, 2003, 109-221, p. 175.

34 « Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires », une conférence parlementaire organisée à l'échelon européen et qui réunit les membres des commissions nationales des affaires communautaires et des députés européens.

35 Tapio Raunio (2010), « The Functions of National Parliaments in EU Affairs », document présenté lors de l'atelier consacré aux parlements nationaux dans l'Union européenne, Université Viadrina, Francfort-sur-l'Oder, 14 mai 2010.

36 Katrin Auel (2007), « Democratic Accountability and National Parliaments: Redefining the Impact of Parliamentary Scrutiny in EU Affairs », dans *European Law Journal* 13 (4), 487-504.

Il n'est donc pas surprenant de constater que les représentants du gouvernement et les députés nationaux ne sont que peu enclins à discuter de questions concrètes dans le cadre d'un vaste débat public.

Mais même en dehors du contexte étrié des procédures législatives européennes, les grands partis, en particulier, sont en général disposés à dépolitiser les enjeux relatifs à l'intégration européenne.

Premièrement, les positions des partis concernant l'intégration européenne ne sont pas calquées sur le clivage gauche-droite, qui forme la structure de base de la concurrence entre partis en Europe³⁷. Par ailleurs, les grands partis nationaux font également preuve d'une faible cohésion idéologique concernant l'intégration, en comparaison avec la cohésion qui est la leur sur les questions socio-économiques qui dominent généralement le discours politique national. Bien que la plupart des partis traditionnels soutiennent ouvertement l'intégration européenne, rares sont ceux à pouvoir présenter un front parfaitement uni sur la question. Par ailleurs, les dissensions internes sur l'intégration se sont considérablement renforcées au cours des vingt dernières années³⁸. La question de l'intégration européenne constitue donc une menace pour le niveau de cohésion interne des partis politiques, ainsi que l'ont démontré les positions du Parti socialiste français lors du référendum sur le Traité constitutionnel. Il ne faut donc pas s'étonner de voir que les dirigeants de parti n'ont guère envie de mettre en exergue un thème qui menace de diviser leur parti puisque la désunion est potentiellement nuisible à la popularité électorale. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, les partis qui se montrent incapable de « serrer les rangs » et d'offrir une position cohésive sur l'intégration européenne ont tendance à le payer lors des élections du PE³⁹.

Ensuite, quelles que soient les dissensions internes, les principaux partis, et en particulier les partis au pouvoir, se montrent en général plus europhiles que

37 Hooghe et Marks (2009), *op. cit.*

38 Liesbet Hooghe et Gary Marks (2006), « Europe's Blues: Theoretical Soul-Searching after the Rejection of the European Constitution », dans *PS: Political Science and Politics* 34 (2), 247-50.

39 Ferrara et Weisshaupt (2004), *op.cit.*

leur électorat⁴⁰. Tandis que les opposants à l'Union européenne occupent les extrêmes (gauche et droite), les partis du centre de l'échiquier politique sont généralement favorables à l'intégration européenne – à l'exception notable de la philosophie eurosceptique du Parti conservateur britannique. Dans la plupart des États membres, les électeurs des partis au pouvoir sont plus eurosceptiques que leurs représentants⁴¹. Et si ces différences se font plus marquées dans les pays de la dernière vague d'élargissement, ce fossé peut également être observé dans la majorité des anciens États membres. Ce constat donne à penser que, jusqu'à présent, la position adoptée par les partis en matière d'intégration européenne présente manifestement moins d'importance en comparaison avec les enjeux intérieurs mis en évidence dans le cadre des élections nationales. Cela signifie également que la politisation des questions européennes pourrait rendre ce fossé plus palpable et plus visible, et donc se traduire au final par l'aliénation d'une partie de l'électorat.

Enfin, les partis au pouvoir ne peuvent pas non plus subitement adopter une position plus eurosceptique. D'une part, ils ont le plus souvent eux-mêmes participé à l'orientation prise par l'intégration et ils ne pourraient modifier leur position sans y perdre en crédibilité. D'autre part, les partis au pouvoir sont également responsables de l'élaboration des politiques à l'échelon européen, et une approche plus négative se traduirait inmanquablement par une baisse d'efficacité dans la négociation. Il en va de même pour les principaux partis d'opposition, qui doivent eux aussi songer à leur crédibilité et à leur efficacité s'ils venaient un jour à accéder au pouvoir et à endosser à leur tour la responsabilité de l'élaboration des politiques européennes.

Pour les grands partis, la question européenne constitue donc davantage un poids qu'un atout sur le plan électoral⁴². Par conséquent, les affaires européennes ne jouent qu'un rôle de second plan dans les campagnes électorales nationales. Des études récentes montrent que si l'intégration européenne a gagné en importance aux yeux des partis ces dernières années, ce thème demeure toutefois marginal

dans l'ensemble. En moyenne, les évocations de l'UE (négatives ou positives) ne dépassaient pas les 4,5 pour cent de l'ensemble des déclarations présentées dans les manifestes de l'UE-15 au fil du temps⁴³. Si l'on se penche sur les déclarations de campagne au sens plus large, incluant les articles de presse, l'intégration européenne ne représentait que 2,5 pour cent de l'ensemble des déclarations lors des campagnes des années 1970, contre près de 7 pour cent pendant les années 1990⁴⁴.

Cela signifie toutefois que la politisation des affaires européennes et l'enca-drement du débat sur l'Europe, tant en termes économiques que sur le plan de l'identité et la souveraineté nationale, sont pour l'essentiel laissés aux partis eurosceptiques aux extrémités de l'échiquier politique⁴⁵. Contrairement aux partis du centre, les formations d'extrême-droite et d'extrême-gauche ont tout intérêt à politiser les questions européennes afin d'élargir leur base électo-rale, vraisemblablement limitée en raison de la place qu'ils occupent le long du clivage gauche-droite. Par conséquent, ces partis sont donc enclins à politiser des questions sur lesquelles ils sont en mesure de concurrencer d'autres partis, et l'« Europe » fait très clairement partie de ces questions. De par leur capacité à cristalliser les incertitudes croissantes liées à l'avenir de l'intégration euro-péenne au sein du grand public, les petits partis eurosceptiques jouent en effet un rôle essentiel dans le désaveu de l'Europe auprès de l'opinion publique. Les discours eurosceptiques sont présents aux deux extrémités du spectre politique, pour différentes raisons et à divers degrés d'intensité : les partis d'ex-trême-droite brandissent la souveraineté et l'identité nationales pour mobiliser leur électorat, tandis que les formations d'extrême-gauche jouent sur les peurs citoyennes d'une « Europe néolibérale » et sur l'incertitude économique⁴⁶.

En tout état de cause, cela signifie également que, à moins de voter à l'extrême, les citoyens européens n'ont guère de possibilités de faire entendre leur voix, sans même parler de leur opposition à l'intégration toujours plus poussée ou à

40 Mikko Mattila et Tapio Raunio (2006), « Cautious Voters – Supportive Parties: Opinion Congruence between Voters and Parties on the EU Dimension », dans *European Union Politics*, 7 (4), 427-449; Sara B. Hobolt, Jae-Jae Spoon et James Tilley (2009), op. cit.

41 Sara B. Hobolt, Jae-Jae Spoon et James Tilley (2009), op. cit., p. 100.

42 Catherine E. de Vries (2010), « EU Issue Voting: Asset or Liability?: How European Integration Affects Parties' Electoral Fortunes », dans *European Union Politics* 11 (1), 89-117.

43 Hooghe et Marks (2006) op. cit., p. 248, d'après des données tirées de Ian Budge, et al. (2001) « *Mapping Policy Preferences. Estimates for Parties, Electors, and Governments 1945-1998* », Oxford : Oxford University Press.

44 Hanspeter Kriesi (2007), « The Role of European Integration in National Election Campaigns », dans *European Union Politics* 8 (1), 83-108.

45 Catherine E. De Vries et Erica E. Edwards (2009), « Taking Europe To Its Extremes: Extremist Parties and Public Euroscepticism », dans *Party Politics* 15 (1), 5-28; Leonard Ray (2007), « Mainstream Euroscepticism: Trend or Oxymoron? », dans *Acta Politica* 42 (2-3), 153-172.

46 Catherine E. De Vries et Erica E. Edwards (2009), op. cit.

certaines politiques communautaires spécifiques. Dans les campagnes électo-

rales nationales, les affaires européennes demeurent donc très clairement dans l'ombre, et les citoyens ne se voient pas offrir de véritable choix clair concernant l'intégration, pas plus que concernant les politiques communautaires spécifiques. Cette réalité amène Van der Eijk et Franklin⁴⁷ à qualifier la question de l'UE de « géant endormi » dans la mesure où elle divise l'électorat sans pour autant offrir d'exutoire dans la concurrence entre partis. En réalité, il semble que les partis du centre de l'échiquier aient placé le géant sous un puissant sédatif.

2.5. Conclusion

L'argument de la Cour concernant la légitimité démocratique de l'Union européenne n'est ni utile, ni cohérent. L'égalité électorale n'est en effet pas garantie pour les élections du PE, mais de par son insistance dogmatique à faire de cet aspect le nœud du problème, elle passe tout simplement à côté de son sujet. Les arguments avancés concernant l'incapacité du PE à fonctionner comme un organe législatif valable ne sont pas plus convaincants. Au fil des décennies, le PE a évolué en un organe législatif relativement puissant, où la concurrence politique s'organise pour l'essentiel le long du clivage gauche-droite et où des groupes politiques toujours plus cohésifs mènent la « bataille politique ».

Parallèlement, la Cour a porté un coup terrible aux différentes initiatives prises pour pallier le déficit démocratique au sein de l'UE. Puisque l'UE n'est pas un État, elle n'a pas à être démocratique. Dès lors, le statu quo convient parfaitement et il n'y a pas à s'inquiéter tant que ce statu quo est préservé. De plus, d'après les arguments avancés par la Cour dans son arrêt « Lisbonne », le rôle du Parlement européen ne doit plus être renforcé, en particulier aux dépens des parlements nationaux, dans la mesure où cela constituerait une nouvelle étape vers la création d'un État européen. C'est *parce que* le PE n'a qu'un rôle accessoire qu'il est considéré comme compatible avec les constitutions nationales.

⁴⁷ Cees van der Eijk et Mark N. Franklin (2004), « Potential for contestation on European matters at national elections in Europe », dans Gary Marks et Marco R. Steenbergen (éd.), *European Integration and Political Conflict*, Cambridge : Cambridge University Press, 32-50.

En se contentant de déclarer que l'UE n'a pas à satisfaire les normes démocratiques d'un État-nation parce qu'elle n'a pas le statut d'État, la Cour a non seulement balayé les préoccupations liées à la légitimité démocratique dans l'UE, mais elle s'est aussi abstenue d'apporter de quelconques indications complémentaires : « Dans ses considérations et son argumentaire longs et tortueux qu'elle qualifie elle-même de 'théorique', la Cour n'apporte aucune contribution originale à la théorie ou à la compréhension de ce processus unique qu'est l'intégration européenne de manière générale, ni à l'exercice conjoint de l'autorité publique dans le cadre d'un système institutionnel transnational présentant plus particulièrement des liens directs avec les citoyens⁴⁸ ».

En outre, même si la véritable démocratie était réellement, comme l'affirment les juges, liée à l'État, ce qui est hautement discutable, ces mêmes juges ne reconnaissent pas que le processus décisionnel européen au sein des États membres ne répond pas non plus à leur norme. Selon la Cour, il doit exister un lien de légitimation entre les personnes habilitées à voter et l'autorité publique européenne, et ce lien (basé sur la représentation égalitaire via les élections et un débat public vivant) se situerait au niveau des États membres et non de l'UE. Cependant, selon cette norme, au lieu de se fier à la démocratie interne des États, la Cour aurait dû tenir un discours sévère à l'égard de la classe politique nationale. Le vrai problème de la démocratie européenne réside précisément dans l'absence de débat public, de contestation et de concurrence politique concernant l'Europe, et ce tant à l'échelon européen qu'à celui des États membres. Ce sont en effet les mêmes acteurs (les partis politiques nationaux) qui en assument la responsabilité. Les partis traditionnels se sentent mal à l'aise vis-à-vis des questions européennes et les voient d'un mauvais œil. Plutôt que de se tourner vers elles, ils ont davantage œuvré à garder l'Europe *en dehors* du débat. Par conséquent, et pour paraphraser la célèbre définition de Lincoln, si le gouvernement des affaires européennes peut se targuer d'être un gouvernement *pour* le peuple, il est difficile d'affirmer qu'il s'agit d'un gouvernement *du* peuple et *par* le peuple.

Et le peuple ne l'accepte pas. Les efforts déployés par les élites politiques pour garder les questions européennes au placard sont donc vraisemblablement

⁴⁸ Roland Bieber (2009), « An Association of Sovereign States », dans *European Constitutional Law Review* 5 (3), 391-406, p. 396.

voués à l'échec. Le placard est ouvert et le fait de poursuivre dans la même voie ne fera que donner libre champ à l'exploitation de ces questions par les partis populistes. En outre, l'impossibilité d'émettre des critiques spécifiques porte en elle un danger bien réel : la création d'un vaste mouvement d'opposition générale. Pour l'Union, cela signifie que l'opposition à l'égard de certains aspects de l'intégration ou de politiques communautaires spécifiques se transformera, en l'absence de possibilités d'expression, en une opposition plus grande encore au projet européen dans son ensemble. La politisation des affaires européennes n'est donc pas une évolution qu'il faut considérer comme négative, bien au contraire. Elle doit se refléter dans le système politique par le biais d'un débat public et par l'offre de choix électoraux et donc politiques. Une telle évolution permettrait de renforcer la légitimité démocratique de l'UE dans la mesure où elle donnerait aux citoyens la possibilité de s'approprier un peu plus les décisions européennes. À court terme, cela pourrait bel et bien constituer un frein à l'intégration, mais à long terme, cela pourrait contribuer à créer le socle d'une Union européenne plus démocratique.

Liste des Etudes et Recherches déjà parues

- Intégration régionale en Méditerranée : sortir de l'impasse ?** Timo Behr (mai 2010).
- Vers une Communauté Européenne de l'Energie : une proposition politique** - Sami Andoura, Leigh Hancher et Mar Van der Woude (avril-septembre 2010).
- Partenariat Euro-Américain : une nouvelle approche** - Groupe de réflexion de haut niveau, Nicole Gnesotto (rapporteur). Sous la coordination de Sami Andoura et Gaëtane Ricard-Nihoul (mars 2010).
- Une Union sans cesse moins carbonée ? Vers une meilleure fiscalité européenne contre le changement climatique** - Eloi Laurent et Jacques Le Cacheux (novembre 2009).
- Les interventions de l'UE au niveau national : quel impact ?** - Yves Bertoncini (juillet 2009).
- Styles, stratégies et potentiel d'influence de la politique européenne de la France : retour sur une présidence remarquée** - Martin Koopmann et Joachim Schild (juin 2009).
- Des «partis politiques au niveau européen» ? Etat des lieux à la veille des élections européennes de juin 2009** - Francisco Roa Bastos (mai 2009).
- La démocratie au sein de l'UE et le rôle du Parlement européen** - Centro Studi sul Federalismo, Institut für Europäische Politik, Istituto Affari Internazionali, Notre Europe et The Federal Trust [Version française] (mai 2009).
- La Ruée vers la Roumanie des entrepreneurs italiens** - Lynda Dematteo (avril 2009).

La santé : un enjeu vital pour l'Europe - Sébastien Guigner (décembre 2008).

La réforme de la PAC au-delà de 2013 : une vision à plus long terme - Jean-Christophe Bureau et Louis-Pascal Mahé (décembre 2008).

La présidence Tchèque du Conseil de l'UE : contexte et priorités - Petr Drulák (décembre 2008).

Les expérimentations sociales en Europe : vers une palette plus complète et efficace de l'action communautaire en faveur de l'innovation sociale - Marjorie Jouen (novembre 2008).

UE-ASEAN : il faut être deux pour danser - David Camroux (juin 2008).

L'économie politique de l'intégration régionale en Afrique australe - Mills Soko (décembre 2007).

Un élève prudent : une vue de l'intérieur de la présidence slovène du Conseil de l'UE - Manja Klemenčič (décembre 2007).

Une Europe ouverte dans un monde multipolaire : l'expérience portugaise - Alvaro de Vasconcelos (octobre 2007).

Power to the People - Promoting Investment in Community-Owned and Micro-Scale Distributed Electricity Generation at the EU Level - Sheldon Welton (juin 2007).

Le vin et l'Europe : métamorphoses d'une terre d'élection - Aziliz Gouez, Boris Petric (avril 2007).

Intégration en Asie : le cas de l'industrie automobile - Heribert Dieter (juin 2007).

Financer l'Europe avec une véritable ressource propre : le point sur l'impôt européen - Jacques Le Cacheux (mai 2007).

L'Allemagne et l'Europe : nouvelle donne ou déjà vu ? Ulrike Guérot (décembre 2006).

L'Union fait la force : l'intégration régionale et commerciale en Amérique du Sud - Alvaro Artigas (décembre 2006).

L'impact des médias télévisés dans la campagne référendaire française de 2005 - Jacques Gerstlé (novembre 2006).

Plan B : comment sauver la Constitution européenne - Andrew Duff (octobre 2006).

Une présidence de transition ? Une vision nationale de la seconde présidence finlandaise de l'Union européenne, juillet-décembre 2006 - Teija Tiilikainen (juin 2006).

Quelle Europe en 2020 ? Contributions libres de douze intellectuels des nouveaux Etats-membres - Gaëtane Ricard-Nihoul, Paul Damm et Morgan Larhant (mai 2006).

Le système européen d'échange de quotas d'émission de CO2 - Coordonnée par Stephen Boucher en partenariat avec l'Université de Columbia (mai 2006).

La question de l'identité européenne dans la construction de l'Union - Aziliz Gouez, Marjorie Jouen et Nadège Chambon (janvier 2006).

Rapport sur l'intégration en Asie de l'Est : occasions présentées par une coopération économique avancée et obstacles prévisibles - Coordonnée par Heribert Dieter, avec les contributions de Jean-Christophe Defraigne, Richard Higgott et Pascal Lamy (janvier 2006).

Un médiateur honnête : la présidence autrichienne de l'Union - Sonja Puntischer-Riekman, Isabella Eiselt et Monika Mokre (décembre 2005).

Constitution européenne et délibération : l'exemple des Focus Groups délibératifs à la veille du référendum du 29 mai 2005 - Henri Monceau (novembre 2005).

Le «non» Français du 29 mai 2005 : comprendre agir - Gaëtane Ricard-Nihoul (octobre 2005).

Pour un nouveau contrat social européen - Marjorie Jouen et Catherine Palpant (septembre 2005).

La présidence britannique de l'Union européenne placée sous le signe de l'efficacité - Anand Menon et Paul Riseborough (juin 2005).

Le budget européen : le poison du juste retour - Jacques Le Cacheux (juin 2005).

Vers un espace public européen ? les élections européennes de juin 2004 - Céline Belot et Brunon Cautrès (juin 2005).

Pourquoi ils ont voulu l'Europe - Jean-Louis Arnaud (mai 2005).

La ratification et la révision du Traité établissant une Constitution pour l'Europe - Henri Oberdorff (avril 2005).

Le Luxembourg aux commandes : détermination, expérience et abnégation - Mario Hirsch (décembre 2004).

Moteur malgré tout : les relations franco-allemandes et l'Union européenne élargie - Martin Koopman (novembre 2004).

L'Europe et ses think tanks : un potentiel inaccompli - Stephen Boucher, Diego Cattaneo, Juliette Ebelé, Benjamin Hobbs, Charlotte Laigle, Michele Poletto, Radoslaw Wegrzyn (octobre 2004).

La présidence néerlandaise de l'Union européenne en 2004 - Mendeltje Van Keulen et Monica Sie Dhian Ho (juin 2004).

Le regard des autres : le couple franco-allemand vu par ses partenaires - Matt Browne, Carlos Closa, Søren Dosenrode, Franciszek Draus, Philippe de Schoutheete, Jeremy Shapiro (avril 2004).

L'Europe élargie peut-elle être un acteur international influent ? - Franciszek Draus (février 2004).

Le Royaume-Uni et le traité constitutionnel européen : le pilotage par l'arrière - Anand Menon (janvier 2004).

L'Irlande et l'Europe : continuité et changement, la présidence 2004 - Brigid Laffan (décembre 2003).

L'attitude des Etats-Unis envers l'Europe : un changement de paradigme ? - Timo Behr (novembre 2003).

Dynamiser l'esprit de coopération euro-méditerranéen - Bénédicte Suzan (octobre 2003).

L'Italie, l'Union européenne et la présidence 2003 - Roberto Di Quirico (juillet 2003).

Les attitudes des européens et les relations transatlantiques entre 2000 et 2003 : une vision analytique - Anand Menon et Jonathan Lipkin (mai 2003).

Grands et petits Etats dans l'Union européenne : réinventer l'équilibre - Kalypso Nicolaïdis et Paul Margette (mai 2003).

L'investissement direct vers les nouveaux Etats adhérents d'Europe centrale et orientale : ce que l'élargissement pourrait changer - Bérénice Picciotto (mai 2003).

La nouvelle architecture de l'Union européenne : une troisième voie franco-allemande ? - Renaud Dehousse, Andreas Maurer, Jean Nestor, Jean-Louis Quermonne et Joachim Schild (avril 2003).

Un nouveau mécanisme de coopération renforcée pour l'Union européenne élargie - Eric Philippart (mars 2003).

La Grèce, l'Union européenne et la présidence 2003 - George Pagoulatos (décembre 2002).

La question du gouvernement européen - Jean-Louis Quermonne (décembre 2002).

Le Conseil européen - Philippe de Schoutheete et Helen Wallace (septembre 2002).

Les Danois, l'Union européenne et la prochaine présidence - Søren Døsenrode (juin 2002).

Réformes sur la voie de la décentralisation pour trois pays d'Europe Centrale et Orientale candidats à l'adhésion, la Hongrie, la Pologne et la République tchèque (1999-2001) - Michal Illner (juin 2002).

Les racines internes de la politique européenne de l'Espagne et la présidence espagnole en 2002 - Carlos Closa (décembre 2001).

La Convention pour l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux : une méthode d'avenir ? - Florence Deloche-Gaudez (décembre 2001).

L'approche fédérative de l'Union européenne ou la quête d'un fédéralisme européen inédit - Dusan Sidjanski (juillet 2001).

La présidence belge 2001 - Lieven de Winter et Huri Türsan (juin 2001).

Le débat suédois sur l'Europe - Olof Petersson (décembre 2000).

Un élargissement pas comme les autres ... Réflexions sur les spécificités des pays candidats d'Europe Centrale et Orientale - Franciszek Draus (novembre 2000).

Les Français et l'Europe, l'état du débat européen en France à l'ouverture de la présidence française - Jean-Louis Arnaud (juillet 2000).

Portugal 2000 : la voie européenne - Alvaro de Vasconcelos (janvier 2000).

Le débat intellectuel finlandais sur l'Union européenne - Esa Stenberg (août 1999).

Le système de la réserve fédérale américaine : fonctionnement et accountability - Axel Krause (avril 1999).

Réussir l'Union Economique et Monétaire - Partenariat Notre Europe - Centro Europa Ricerche (mars 1999).

Le débat intellectuel sur l'Europe au Royaume-Uni - Stephen George (octobre 1998).

Le Royaume-Uni dans l'Europe de demain - Centre for European Reform, Lionel Barber (avril 1998).

L'Europe sociale. Historique et état des lieux - Jean-Louis. Arnaud (juillet 1997).

Les coopérations renforcées : une fausse bonne idée ? - Françoise de la Serre et Helen Wallace (septembre 97).

Déficit de croissance et chômage : le coût de la non-coopération - Pierre-Alain Muet (avril 1997).

Toutes nos publications sont disponibles sur notre site Internet : www.notre-europe.eu

Mentions légales

Avec le soutien de la Commission européenne : soutien aux entités actives au niveau européen dans le domaine de la citoyenneté européenne active.



La Commission européenne et Notre Europe ne sont pas responsables de l'usage qui pourrait être fait des informations contenues dans le texte. La reproduction est autorisée moyennant mention de la source.

Notre Europe reçoit également le soutien financier du gouvernement français, de la Compagnia di San Paolo, de la Macif et du Grand Duché du Luxembourg.

dépôt légal

© Notre Europe, octobre 2010