

La souveraineté de l'État dans la jurisprudence constitutionnelle allemande

Helmut QUARITSCH - Professeur à l'École des hautes études administratives de Speyer

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 9 (DOSSIER : SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT ET HIÉRARCHIE DES NORMES) - FÉVRIER 2001

(1)

I

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale ne concerne normalement que la loi fondamentale. La Constitution de la République fédérale d'Allemagne ne connaît cependant pas le concept de « souveraineté », ni même le mot « souverain ». Pareille abstention ne résulte pas de la situation particulière de l'Allemagne au moment des délibérations concernant la loi fondamentale ou son entrée en vigueur en 1948 et 1949 ; il ne pouvait alors être question d'une souveraineté allemande en raison de l'état d'occupation. Les Constitutions allemandes de 1871 et de 1919 ignoraient elles aussi ces concepts, alors que personne ne doutait de la souveraineté du Reich allemand.

Ces premières Constitutions allemandes avaient gardé le silence sur la question de la souveraineté pour plusieurs raisons. La confédération allemande (*Deutscher Bund*) (1815-1866) avait été une union très lâche des princes allemands qui reposait selon ses documents constitutionnels de 1815 et 1819 explicitement sur 34 princes « souverains » et quatre villes « libres ». La Confédération ne comprenait pas seulement l'Autriche, mais aussi le Danemark pour le Holstein de l'Allemagne du Nord et les Pays-Bas pour le Luxembourg. Bien que doté d'organes communs, la Confédération allemande était, tant en théorie qu'en pratique, plutôt une alliance relevant du droit international public qu'un État fédéral, c'était une *confédération d'État* et non un *État fédéral* (2). Pour cette raison, les États étaient considérés comme souverains et non la Confédération en tant que telle. Ni les États dominants, l'Autriche et la Prusse, ni les États d'importance moyenne comme la Bavière ou la Saxe n'ont remis en doute cette affirmation de droit. Avec la guerre prusso-autrichienne de 1866 la *Confédération allemande*, que beaucoup d'Allemands n'aimaient guère, prit fin. L'Autriche se retira de toute future union des États allemands. La *Confédération de l'Allemagne du Nord*, fondée en 1866 par Bismarck, fut élargie en 1871 aux États d'Allemagne du sud pour devenir le *Reich allemand* (*Deutsches Reich*). La souveraineté revenait maintenant à l'État fédéral (*Reich*). La « souveraineté extérieure » (3) fut exercée par les organes fédéraux du Reich (Empereur, Chancelier); c'était hors de doute. Les compétences dirigées vers l'intérieur (« souveraineté intérieure » (4) n'étaient pas concentrées comme dans les États centralisés, la France, l'Italie, la Grande-Bretagne et tous les autres États européens, auprès d'organes centraux, mais distribués entre les organes du Reich et des *Länder* toujours considérés comme des « États ». Afin de s'adapter à cette situation particulière de l'État fédéral, la théorie de l'État dominante de la fin du XIX^e siècle développa la thèse selon laquelle la souveraineté serait une « propriété non nécessaire » de la puissance étatique (G. Jellinek). La souveraineté ne serait pas la somme de toutes les compétences étatiques particulières réelles et possibles, elle serait par contre « compétence de la compétence », l'habilitation de disposer de toutes les compétences étatiques, mais aussi de créer des compétences nouvelles. Cette compétence était refusée aux *Länder*. Mais comme la souveraineté était considérée comme une propriété non nécessaire de la puissance étatique, les *Länder* pouvaient être qualifiés d'« États » jusqu'à ce jour. Car chaque *Land* avait son propre Parlement législateur et son propre gouvernement, les autorités administratives des *Länder* exécutaient régulièrement également les lois du Reich. De même, la justice fut pour la plus grande part rendue par des juridictions des *Länder*.

Cette description de la distribution effective des compétences étatiques dans le Reich de 1871-1918 est restée structurellement la même jusqu'à aujourd'hui. L'orientation de la Constitution de Weimar 1919-1934 était unitaire, mais elle renforçait seulement les compétences du Reich. Dans la République fédérale la position des *Länder* est à nouveau renforcée depuis 1949 ; ils peuvent même influencer la législation fédérale dominante par le biais de leur organe « Bundesrat ».

Dans ce qu'on appelle les traités de Paris, les trois puissances occidentales d'occupation d'alors se transformèrent en 1955 en « puissances protectrices » dont les troupes, en nombre de 600 000 hommes, demeurèrent en Allemagne de l'Ouest et la nouvelle armée fédérale allemande (*Bundeswehr*) (500 000 hommes) fut entièrement subordonnée au commandement de l'OTAN. La République fédérale d'Allemagne se vit attribuer « l'entière puissance d'un État souverain sur ses affaires internes et étrangères » qui fut en même temps à nouveau limitée : la capitale allemande Berlin demeurait soumise au droit d'occupation des quatre puissances (ce qui incluait par conséquent l'Union soviétique) les

puissances occidentales se réservant par ailleurs toutes compétences pour « l'Allemagne dans son ensemble y compris la réunification de l'Allemagne ». On ne saurait être surpris du fait que cette « souveraineté » allemande n'ait guère été prise au sérieux par la doctrine, alors qu'en Allemagne de l'Ouest, en trois endroits différents, des missions militaires soviétiques restaient stationnées comme des missions militaires occidentales à Potsdam. En 1990, 35 ans plus tard, lorsque la réunification de l'Allemagne fut formellement confirmée par les « quatre puissances », le traité « Deux-plus-quatre » mit fin aux responsabilités des quatre puissances victorieuses dites principales (États-Unis, Union soviétique, France, Grande-Bretagne) « en ce qui concerne Berlin et l'Allemagne dans son ensemble ». « L'Allemagne unifiée a par conséquent l'entière souveraineté sur ses affaires intérieures et étrangères » (art. 7, al. 2). Cette déclaration de souveraineté était liée à une réduction des forces armées de la *Bundeswehr* à 350000 hommes ainsi qu'à « l'interdiction des armes nucléaires, chimiques et biologiques » et à d'autres renoncements et obligations incluant la reconnaissance des frontières orientales qui n'avaient jusque-là qu'un caractère purement factuel. « L'entière souveraineté » ne pouvait donc être prise à la lettre. Ce pris ne paraissait pourtant pas trop élevé pour la reconnaissance internationale de la Réunification, la disparition du régime communiste haï de la RDA et le départ de 400000 hommes de l'armée soviétique (jusqu'en 1994).

Il était nécessaire de développer cette histoire spécifique de la souveraineté allemande depuis 1815 et des expériences particulières depuis 1955 afin de comprendre pourquoi la souveraineté ne jouit pas du même rang en Allemagne que dans les autres États européens.

II

Dès 1949 le préambule de la loi fondamentale plaçait à côté de l'objectif d'État de l'« unité nationale et étatique » des Allemands cet autre but « de servir la paix dans le monde en tant que membre égal dans une Europe unie ». Le concept d'« Europe unie » était susceptible de plusieurs interprétations. L'article 24 concrétisait tout de même cette possibilité par l'habilitation « de transférer, par voie législative, - certains - droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*) à des institutions internationales ». La « Communauté européenne charbon et de l'acier » (CECA) remplaça en 1952 le « Statut de la Ruhr », né du droit d'occupation, et lui conféra avec l'Union dite minière (*Montanunion*) ⁽⁵⁾ de la France, de l'Allemagne de l'Ouest, de l'Italie, de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg une assise plus importante. Il s'y ajouta en 1957 la « Communauté européenne de l'énergie atomique » des États fondateurs de la CECA en vue du développement et de la mise en valeur de l'énergie atomique pour des fins pacifiques. En 1957 également, les mêmes États européens fondèrent la « Communauté économique européenne » avec le but de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement, de la libre circulation des services et des capitaux. Ces quatre libertés furent progressivement réalisés jusqu'à la fin du siècle. En 1965 les organes des trois Communautés furent réunis par un traité international : Le Conseil (des gouvernements des États membres), l'Assemblée (« Parlement ») et la Cour de justice. Bientôt le cercle des membres s'élargissait, commençant en 1973 avec la Grande-Bretagne et le Danemark. Dernièrement, en 1994/95, la Finlande, la Suède et l'Autriche adhèrent. En 1998 seuls quatre États européens n'appartenaient pas à la Communauté économique : l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein.

Avec le but d'une « communautarisation de la puissance monétaire » l'on décida en 1991/92 la création de l'« Union monétaire ». Après que la Grande-Bretagne, le Danemark et la Suède ne voulurent pas renoncer à leur propre monnaie et comme la Grèce n'avait pu satisfaire aux critères antérieurement établis de la stabilité monétaire, commençait en 1999 une phase transitoire de trois ans pour l'introduction de l'Euro, la plus importante décision depuis la fondation de la Communauté économique européenne en 1957.

Parallèlement à l'Union monétaire, les États de la Communauté économique européenne créèrent, après presque vingt ans de travaux préparatoires, en 1991/92 à Maastricht l'« Union européenne » devant élever les trois Communautés existant jusqu'alors « à une nouvelle étape.. » (art. 1, al. 2 du traité). Cela inclut en particulier l'intention d'atteindre une politique commune de défense « par une politique étrangère et de sécurité commune » et une coïncidence en matière de contrôle des frontières extérieures, de l'octroi de l'asile, de l'immigration et de la lutte contre la criminalité (art. 2, al. 1 du traité).

Le traité d'Amsterdam de 1997 renforça certes les positions du traité conclues en 1993, mais demeura bien en deçà des attentes des partisans d'une « Union politique ». La nouvelle « citoyenneté de l'Union » ne peut ni ne veut remplacer la nationalité étatique, mais seulement la compléter. Les citoyens de l'Union peuvent participer dans tous les États de l'Union aux élections municipales dans leur commune de résidence et s'y faire élire (droit de vote municipal).

Effrayée par les réactions négatives des opinions publiques dans plusieurs États pour lesquelles les vagues « progrès » de Maastricht étaient déjà allés beaucoup trop loin, la conférence spéciale du Conseil de l'Union à Birmingham en octobre 1992 se dépêcha d'insister sur le « respect de l'identité nationale » en tant que principe du Traité (art. 6, al. 3) et de souligner, lors de la Conférence suivante à Edimbourg en décembre 1992, l'importance du principe de subsidiarité : les compétences de l'Union et des Communautés sont l'exception, elles exigent une habilitation légale explicite, alors que les compétences des États-membres constituent la règle. Dans les très détaillées « conclusions de la Présidence » l'on trouve

également l'autodescription de l'Union : en son cadre « des États indépendants et souverains » aurait « librement décidé d'exercer ensemble certaines de leurs compétences en accord avec les traités existant » (annexe B, concernant le Danemark).

III

En 1992, la Cour constitutionnelle allemande a été saisie de plusieurs recours constitutionnels contre des lois par lesquelles le *Bundestag* et le *Bundesrat* avaient consenti au traité sur l'Union. En guise de précaution, ces organes avaient complété la loi fondamentale : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est tenue de respecter les principes de la démocratie, de l'État de droit, de l'État social et fédératif ainsi que le principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la loi fondamentale » (art. 23, al. 1). D'autres compléments à la Constitution devaient garantir la participation du *Bundestag* et du *Bundesrat* à la représentation de la République fédérale au Conseil de l'Union, permettre la participation des citoyens de l'Union aux élections municipales et le transfert des missions et compétences de la *Bundesbank* (Banque fédérale) à la Banque centrale européenne.

Le 12 octobre 1993, la Cour constitutionnelle fédérale rejeta les recours pour absence de fondement. Ce n'est qu'après la proclamation de la décision que le gouvernement fédéral a pu déposer les instruments de ratification.

Ce n'est pas l'astucieuse construction qu'a développée la Cour afin de concevoir la possibilité d'une violation des droits fondamentaux des requérants par les traités attaqués, sans laquelle la Cour aurait dû déclarer les recours irrecevables sans pouvoir se prononcer sur le fond de l'affaire, qui nous intéresse ici.

En tout cas, la Cour (BVerfGE, vol. 89, p. 155, 189 sqs.) s'est aussitôt appropriée la décision précitée du Conseil de l'Union des 11 et 12 décembre 1992 à Edimbourg : dans le cadre du traité sur l'Union des États souverains auraient décidé d'exercer ensemble certaines de leurs compétences. « Ainsi le traité sur l'Union tient compte de la souveraineté des États-membres en tant qu'il oblige l'Union au respect de l'identité nationale (art. F, al. 1, traité UE), en tant qu'il ne confère à l'Union et aux Communautés européennes, selon le principe de l'attribution spécialisée, que des compétences et des missions particulières (art. E, TUE, art. 3 b, al. 1, TCE) et enfin en tant que le principe de subsidiarité est élevé au rang de principe juridique obligatoire ». La Cour fait une concession au moins verbale envers les partisans d'une « Union politique » : « Vers où mènera finalement un processus d'intégration européenne après de nouvelles modifications des traités, peut paraître évoqué dans le chiffre (!) »Union européenne« en tant que préoccupation d'une intégration plus forte, mais cela demeure en fin de compte entièrement ouvert quant au but visé ». La Cour pouvait, en cela, s'appuyer sur le président de la Commission Delors. « En toute hypothèse », poursuit la Cour en se référant à un discours du Chancelier Kohl du 6 mai 1993, « une fondation d'États unis d'Europe » comparable à l'institution des États-Unis d'Amérique n'est pas actuellement à l'ordre du jour » Les citations de Delors et de Kohl en tant que témoins politiques principaux est suivie de celle de l'Assemblée nationale française : « Même l'article 88-1 nouvellement introduit dans la Constitution française en vue du traité sur l'Union parle d'États-membres exerçant ensemble, dans le cadre de l'Union européenne et des Communautés européennes, certaines de leurs compétences »

Dans ce qui suit, la Cour analyse très sobrement le traité sur l'Union et le traité CEE : « Pour autant qu'elles sont exercées sous forme de droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*), les compétences et les attributions conférées à l'Union européenne et aux Communautés qui lui appartiennent, demeurent essentiellement des activités d'une communauté économique... En dehors de la Communauté européenne la coopération reste intergouvernementale. Cela vaut tout particulièrement pour la politique extérieure et de sécurité ainsi que pour les domaines de la justice et de l'intérieur ».

Tout cela ne pouvait être contesté. Les conséquences juridiques que la Cour exprime de manière ouverte et directe, dépassent de loin la constatation des faits : même après l'entrée en vigueur du traité sur l'Union, l'Allemagne serait « membre d'une association d'États ⁽⁶⁾ » (un nouveau concept, « dont la puissance commune dérive des États-membres et qui ne peut devenir obligatoire dans le domaine de souveraineté allemand que grâce à l'impératif allemand d'application juridique », donc en vertu des lois allemandes de consentement aux traités. Les phrases suivantes constituaient une véritable sensation juridique : « L'Allemagne est l'un des »maîtres des traités«, qui ont fondé leur soumission au traité sur l'Union, conclu pour une « durée illimitée » (art. Q, TUE), sur la volonté d'une appartenance de longue durée mais qui pourraient finalement tout aussi bien la résilier par un acte contraire.« Les principaux commentateurs du droit communautaire avaient enseigné depuis de nombreuses années qu'il ne pourrait être mis régulièrement fin à l'appartenance par une décision étatique unilatérale, alors surtout que l'intrication effective entre l'État et l'économie aurait depuis longtemps atteint le »point de non-retour". Il serait dépourvu de sens et blasphématoire ne serait-ce que d'envisager un retrait de la CEE et de l'UE.

La Cour justifia en revanche sa propre conception des traités en ces termes : « La validité et l'application du droit européen en Allemagne dépendent de l'impératif d'application du droit résultant de la loi de consentement » Les conséquences : « Ainsi l'Allemagne garde la qualité d'un

État souverain de son propre droit et le statut d'une égale souveraineté par rapport aux autres États au sens de l'article 2, numéro 1 de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945 »

Le nouveau concept de l'« association d'États » évoque une tierce donnée par rapport à la distinction traditionnelle entre confédération et État fédéral. D'un côté, la confédération signifie plus que le groupement (*Verbund*) (7). La confédération d'État (*Staatenbund*) fonde une alliance « constante » ; le retrait n'est pensable qu'en tant que sécession qui la viole et que la confédération peut empêcher par *exécution fédérale* (*Bundesexekution*) par la force des armes comme l'Autriche a vainement tenté de le faire à l'encontre de la Prusse en 1866. Ces conséquences ne sont pas applicables à l'Union européenne et aux Communautés européennes. D'un autre côté, de nombreux domaines, en particulier le droit économique, constituent du droit commun européen qui n'est plus qu'à mettre en oeuvre par les États-membres. Nombreuses sont les attributions de la Commission, par exemple des procédures sanctionnant des violations du droit européen de la concurrence pouvant entraîner des obligations de reversement de subventions étatiques ou des amendes de plus de 100 millions de DM, où les instances des États-membres demeurent des spectateurs externes. Par ailleurs on notera à titre d'exemples : l'intense pouvoir autonome d'édiction de règles juridiques de la Communauté européenne, la primauté du droit communautaire par rapport au droit national, l'autonomie financière des Communautés en vertu de leurs ressources propres (droits de douane, prélèvements agricoles, quotités sur la TVA, prélèvements CECA, etc. dont résulte un important volume budgétaire (environ 85 milliards d'Euro en 1999, surtout la large protection juridique par la Cour européenne dont la jurisprudence a fortement étendu les compétences communautaires par une interprétation extensive des traités. Toutes ces caractéristiques dépassent de loin les attributions des organes des confédérations d'États du XIX^e siècle et plus encore celles des organisations internationales qui demeurent entièrement ancrées dans le droit international.

Ces particularités juridiques et factuelles de l'« association d'États » européenne justifient assurément que l'on conçoive la « supranationalité » européenne comme quelque chose de différent par rapport à la confédération d'États. Mais l'on demeure incontestablement dans le cadre des possibilités d'action limitées qui résultent des compétences d'attributions particulières, déterminées et conférées par les traités. La « compétence de la compétence », c'est-à-dire l'autorisation de se procurer de nouvelles attributions en vertu de leur propre droit, fait défaut aux institutions européennes. La Cour constitutionnelle fédérale n'a pas manqué de s'appuyer sur la caractéristique décisive de l'État souverain. En effet, cette « propriété » de l'État souverain est restée la question centrale. Au regard de la configuration actuelle des traités la réponse ne peut être prononcée de manière univoque qu'en faveur des différents États. La Cour a eu raison de ne pas se laisser influencer par l'impressionnante abondance des compétences conférées à la Commission. On ne saurait par exemple inférer une compétence de la compétence en matière de création de ressources financières de l'art. F, al. 3 (maintenant art. 6, al. 4) du traité UE. La formulation littérale de cette disposition, selon laquelle l'Union « se » dote de moyens ne serait pas à entendre d'une autre manière que celle de l'art B (maintenant art. 2) selon laquelle elle « se » donne des objectifs : « Le traité sur l'Union ne conçoit pas ici l'Union comme un sujet de droit indépendant, mais comme une appellation pour les États-membres agissant ensemble. Ce sont eux qui fixent conventionnellement des objectifs à l'Union et lui donnent des moyens (p. 195). Une interprétation de l'article F, alinéa 3 qui attribuerait une compétence de la compétence, contredirait par ailleurs la volonté, exprimée de manière constante par les Parties contractantes, de fixer par la voie du traité le principe de la compétence limitée d'attribution particulière et de délimiter clairement les normes d'habilitations particulières. En tant que fondement d'une compétence de la compétence l'article F, al. 3 TUE surplomberait tout le système des compétences du traité sur l'Union, y inclus le traité institutif de la Communauté européenne, et le priverait de toute signification » (p. 195/96). Le problème de la compétence de la compétence apparut si important à la Cour qu'elle fit appel à des preuves normatives supplémentaires issues des traités et qu'elle s'appuya sur la déclaration officielle du gouvernement fédéral et du *Bundesrat* ainsi que des États membres et de la Commission : aucune compétence de la compétence de l'Union (p. 197).

C'est un malentendu fort répandu que de parler d'une souveraineté « limitée » ou pire d'une souveraineté « partagée » des différents États. Derrière cela se cache l'idée que la souveraineté et la puissance de l'État seraient identiques. C'est en effet ce qu'enseigne le fondateur de la théorie de la souveraineté Jean Bodin, qui remplit le concept de souveraineté en 1576 avec des compétences particulières : il fallait tout d'abord qu'il se rende intelligible. Dans des États centralisés comme la France, une telle hypothèse n'est guère nocive. Mais si plusieurs États s'unissent dans un État fédéral ou si plusieurs États forment une organisation commune comme dans le cas de l'Union européenne, la question de la souveraineté ne peut être résolue que si elle est posée en termes de compétence de la compétence mais aussi : est-il permis à un État de quitter l'organisation commune même en dépit du refus des autres membres ? La Cour constitutionnelle fédérale a clairement élaboré ces questions et leur a données à juste titre une réponse affirmative.

Elle ne s'est toutefois pas contentée de ces considérations logico-juridiques. Elle ne voit pas le Parlement européen comme le médiateur d'une nécessaire légitimation démocratique des organes européens parce que sa composition ne repose pas sur l'égalité du droit de vote des citoyens. On lui reconnaît cependant une « fonction d'appui ». Pour la légitimation démocratique de l'Union il est essentiel qu'elle soit fondée sur les peuples des différents États par le biais des parlements nationaux. Le principe démocratique « impose des limites à l'extension des tâches et des attributions de l'Union européenne... Une suprématie des tâches et attributions dans la responsabilité de l'association d'États (*Staatenverbund*)

affaiblirait de manière durable la démocratie au plan national, de sorte que les parlements des États membres ne pourraient plus transmettre de façon suffisante la légitimation de la puissance souveraine (*Hoheitsgewalt*) assumée par l'Union » (p. 186). La Cour tient compte de l'importance de cette objection quantitative. Dès le premier dispositif, la décision soulignait que le principe démocratique, déclaré indérogeable dans la loi fondamentale, ne devait pas être « vidé » par le transfert de tâches et attributions du *Bundestag* aux institutions européennes (p. 155). Cependant la Cour n'entraîne pas dans l'exposé des requérants : le président Delors aurait rapporté devant le Parlement européen en 1988 et un membre allemand de la Commission aurait publié que 80 % de toutes les règles dans le domaine du droit économique seraient déterminées par le droit communautaire et presque 50 % des lois allemandes seraient impulsées par le droit communautaire (p. 173). On ne peut que conclure du silence de la Cour qu'elle a supposé la justesse de ces données, mais admis que la puissance étatique allemande n'en serait pas pour autant « vidée ». Peut-être les juges se sont-ils laissés impressionner par les intentions déclarées du Conseil du 11-12 décembre 1992. Le Conseil européen avait déclaré comment il entendait remplir « le principe de subsidiarité de contenus concrets » et retiré une longue liste de proposition de directives. Qu'il suffise de noter comme exemples : l'entretien des animaux dans les zoos, le marquage des chaussures, l'harmonisation des plaques minéralogiques des automobiles et la réglementation des jeux de hasard (partie A, annexe 2).

La mention de l'article 2 de la Charte des Nations Unies autorise une autre conclusion. L'égalité souveraine qui s'y trouve présumée constitue depuis toujours la condition de la capacité internationale et de l'appartenance aux Nations Unies pour la doctrine internationaliste. Les membres doivent être des États, et par conséquent souverains, au sens du droit international, quelle que soit la différence entre leur pouvoir effectif. Si l'Union européenne se transformait en une « Union politique » à caractère étatique, cela révoquerait pour le moins en doute la qualité étatique des États membres. Ils ne seraient plus souverains parce qu'il ne leur reviendrait plus que le statut de membre d'un État fédéral, privé de souveraineté. Il est évident que c'est justement l'appartenance aux Nations Unies qui s'oppose à toute « évolution » de l'Union, mais cela n'a jamais été véritablement discuté par les partisans d'une Union « toujours plus étroite ». La France et la Grande-Bretagne sont membres permanents du Conseil de sécurité, elles ne vont pas se laisser dicter leur vote par le Conseil de l'Union. Il en va naturellement de même pour le vote à l'Assemblée générale par les quinze États membres. Enfin, la France et la Grande-Bretagne sont des puissances nucléaires, comme les autres membres permanents du Conseil de sécurité. Même si ce statut n'a que l'effet de « fleet in being », la France et la Grande-Bretagne ne laisseront jamais diriger leurs armes nucléaires par des instances de l'Union.

L'« identité nationale » est un concept encore inconnu des dictionnaires allemands des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix. On y voit maintenant la totalité des contenus d'idées par lesquels une nation décrit sa conception de soi. Elle comprend des valeurs historiques, économiques, juridiques et culturelles qui déterminent la conscience de l'appartenance à un même ensemble et délimitent celle-ci par rapport à d'autres nations. On compte ici la profession de foi en faveur de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et de l'État de droit. Même l'appartenance à l'Union européenne serait, affirmation pourtant audacieuse, un élément du concept d'« identité nationale ».

La Cour ne considère cependant l'« identité nationale » que dans son rapport interne de justification : l'obligation de respecter l'identité nationale est l'instrument du traité sur l'Union en vue de protéger l'« indépendance et la souveraineté des États membres ». Même le principe de la compétence d'attribution limitée et le principe de subsidiarité sont au service de l'« identité nationale » (p. 189).

IV

Une décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 31 mai 1995 confirme les principes de la décision du 12 octobre 1993. Il s'agit d'un arrêt (*Beschluß* ⁽⁹⁾) déclarant inadmissible un recours constitutionnel contre la distribution des sièges au Parlement européen et rendu par la troisième Section de la deuxième Chambre (*Senat* ⁽⁹⁾) (non publié dans le recueil officiel des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, mais dans plusieurs revues, par exemple : *Europäische Grundrechtszeitschrift*, EuGRZ 1995, p. 566 sqs.. Les Sections, composées de trois juges de la Chambre, décident de la présentation du recours devant la Chambre tout entière, composée de huit juges. La spécificité de cet arrêt de Section consiste en ce qu'elle peut le rendre sans motivation, une règle indispensable au regard des plusieurs milliers de recours introduits chaque année. En l'espèce pourtant, la Section justifia sa décision de manière très circonstanciée. Les requérants avaient affirmé que la distribution des sièges au Parlement européen violait l'égalité du suffrage. Dans une élection démocratique, il faudrait non seulement que chaque voix ait la même « valeur numérique » (*Zählwert*) mais aussi que lui revienne la même « valeur de résultat » (*Erfolgswert*), comme en droit électoral allemand. Correspondant à sa quote-part démographique dans l'Union européenne de 22 %, il devrait par conséquent revenir 137 sièges sur les 626 que compte le Parlement européen à l'Allemagne. Or en fait, seuls 99 mandats lui sont concédés. Cela correspondrait à une proportion démographique fictive de seulement 16 %.

La Section s'est appuyée sur la décision de la Chambre concernant la nature juridique de l'Union. Il n'est pas obligatoire que la composition du Parlement respecte le principe de l'égalité du suffrage. « Il n'a qu'une fonction d'appui démocratique de la politique de l'Union européenne. L'exercice de ses compétences souveraines (*hoheitlichen Befugnisse*) se trouve légitimée en premier lieu par les peuples d'État par la voie des

Parlements nationaux des États démocratiques qu'elle regroupe ». La distribution des sièges au Parlement européen selon la système dit de la pondération serait un compromis. La même considération serait applicable pour la différence des poids des voix pour les membres du Conseil lors des décisions prises à la majorité. Ici, le traité a fixé une autre distribution des voix : sans considération du nombre d'habitants, pourtant différent, l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie disposent de dix voix chacune, l'Espagne huit, la Belgique, la Grèce, les Pays-Bas, le Portugal de cinq voix, etc. jusqu'au Luxembourg avec deux voix (art. 205 du traité). La distribution des voix, indépendante de la grandeur effective de la population et néanmoins influencée par celle-ci, est ainsi conditionnée par deux principes structurant de l'Union : d'une part l'égalité formelle des États en vertu du droit international, non influencée par l'importance numérique des peuples d'État ; d'autre part la prise en considération « pondérée » du nombre de citoyens d'un État correspond au fait que l'Union européenne en tant qu'association d'États est « plus que la somme de ses États membres ».

La décision a été appréciée dans plusieurs articles par des auteurs réputés de la doctrine. Les commentateurs ont reconnu l'intention de la motivation de la décision, non nécessaire en elle-même : il s'agissait de porter à la connaissance du public intéressé que les critiques vives et amères du jugement du 12 octobre 1993 par les théoriciens de l'Europe déçus n'avaient guère impressionné la Cour et qu'elle comptait maintenir sa ligne jurisprudentielle.

V

La troisième et dernière décision qu'il convient de rapporter ici est un arrêt concernant la régularité de l'« Union monétaire européenne » du 31 mars 1998 (BVerfGE, vol. 97, p. 350 sqs.). Lorsque le *Bundestag* allemand consentit en 1992 au traité sur l'Union, il vota une résolution particulièrement dure à l'adresse du gouvernement fédéral. Lors de la transition vers la troisième étape de l'Union économique et monétaire il conviendrait d'« interpréter strictement les critères de stabilité ». Une stabilité avérée, la convergence des performances économiques prouvée, une solidité budgétaire et financière des États membres participant démontrée, tout cela devait être réalisé de manière crédible et constante. Suit alors un vœu pieu : « La future monnaie européenne doit être et rester aussi stable que le Deutschmark » (p. 358). Le *Bundestag* se réserva un veto concernant le passage vers la troisième étape de l'Union monétaire que d'ailleurs le gouvernement fédéral promit de respecter. Le *Bundesrat* s'exprima de la même manière.

Il n'est pas besoin de rappeler en ce lieu qu'en 1997 seul le Luxembourg satisfaisait à tous les critères pour le passage à la troisième étape ; en 1998 même l'Allemagne ne faisait que s'en rapprocher. L'Italie et la Belgique étaient particulièrement éloignés de toute stabilité. Afin de satisfaire aux critères déterminés par les traités pour l'accès à l'Union monétaire, presque tous les gouvernements devaient manipuler leur données budgétaires. Le terme de « comptabilité créatrice » est devenue une expression consacrée pour les trucages utilisés, dont l'énumération par échantillons emplit à elle seule plus de quatre pages d'imprimerie.

Lorsqu'au printemps 1998 onze États furent admis à l'Union monétaire et que tant le *Bundestag* que le *Bundesrat* décidèrent d'y adhérer, la Cour constitutionnelle fédérale rendit une décision avant la remise des instruments de ratification. L'intérêt de l'arrêt consiste d'abord en ce que le texte ne dit pas.

Pour Jean Bodin, la compétence du souverain en matière monétaire était « aussi importante que la compétence législative », c'était la première marque de la souveraineté. Depuis lors les États ont gardé pendant plus de quatre cents ans jusqu'à la fin du xx^e siècle la souveraineté monétaire (*Währungshoheit*) comme une compétence évidente de leur souveraineté. C'est aussi pourquoi les premières et les plus importantes des mesures prises par un État nouvellement fondé consistaient à mettre hors valeur les monnaies des pays qu'il venait de s'approprier et de les remplacer par une monnaie nouvelle et unique. C'est ce qui se produisit au xix^e siècle en Italie avec la « Lira » et en 1871 dans l'Empire allemand avec le « Mark ». Ces événements expliquent aussi pourquoi les allemands, et tout d'abord le Chancelier Kohl, voulaient faire précéder l'Union monétaire par l'« Union politique ».

L'arrêt demeure silencieux quant à l'évidente question de savoir si, au regard de l'importance centrale de la monnaie pour une économie moderne, la compétence monétaire fait partie des conditions nécessaires de ce qui constitue un État souverain, comme de savoir si la fusion avec d'autres monnaies et le transfert des attributions de la *Bundesbank* vers la Banque centrale européenne ne « vide » pas éventuellement la puissance de l'État. Ni *Bundestag* ni *Bundesrat* ne rappelèrent leur intention affirmée en 1992 d'interpréter « de manière stricte et sévère » les critères de stabilité. En 1998, le *Bundestag* et le *Bundesrat* avaient oublié leurs bonnes résolutions, ils décidèrent, tout comme les instances européennes, de manière « politique », c'est-à-dire sans examiner de plus près le respect des critères de stabilité et sans discuter de façon plus approfondie les méthodes de la « comptabilité créatrice ». Également oubliée : la ferme intention de faire précéder l'Union monétaire par l'« Union politique ». Chez les voisins européens l'« Union politique » faisait partie d'une rhétorique sans conséquences, alors que la monnaie commune relevait des objectifs véritables ; laissons ouverte la question des différentes motivations.

La Cour constitutionnelle fédérale réagit donc également de manière « politique ». Elle renvoya la décision aux instances politiques. Le traité exigerait, pour le début de l'Union monétaire, une « évaluation de la stabilité durable de l'Union monétaire en raison des convergences juridiques et économiques des États qui y participeraient ». L'aune juridique du traité, certes, ouvrait « des espaces d'appréciation, d'évaluation, de pronostics » L'examen et l'évaluation des données soumises par l'IME et par la Commission exigent des constats, des évaluations et des appréciations empiriques qui ne peuvent se fonder qu'approximativement sur un savoir acquis par l'expérience. L'évaluation des évolutions exige des analyses et des pronostics au moyen de la raison pratique qui n'autorisent que des jugements de probabilité, mais ne permettent pas d'accéder à la certitude. L'évaluation globale d'un haut degré de convergence durable et le pronostic d'une communauté de stabilité qui s'y rattache, exige, de la part des organes responsables, des décisions où se mêlent, en transitions insensibles, des constatations factuelles, des valeurs d'expérience et une construction volontaire... Dans ce domaine de qualifications juridiques ouvertes, entre la connaissance économique et la construction politique, la loi fondamentale attribue la responsabilité de la décision au gouvernement et au Parlement" (p. 373 et s.). Toutes ces décisions « relèvent de la responsabilité des organes politiques compétents en matière d'appréciation globale d'évolutions générales et susceptibles d'évaluer et de corriger leurs décisions en accompagnement des développements qu'elles produisent » (p. 376).

Tant par la démarche que par le style, l'arrêt concernant l'Union monétaire se distingue nettement du jugement sur le traité de Maastricht, rendu cinq ans auparavant : le rapporteur et le rédacteur du premier projet n'ont certainement pas été les mêmes. L'arrêt de 1998 est rédigé dans l'« allemand juridique » typique des juges de hautes juridictions : dense, usant d'interminables périodes syntaxiques où les substantifs se marchent sur les pieds, globalement obscur, en l'espèce fort éloigné de la construction syntaxique claire et de la langue presque élégante de la décision *Maastricht*. Quatre des juges de cette décision avaient quitté la Cour et avaient été remplacés par de nouveaux membres (la période de fonction est de douze ans. Si le rapporteur de la décision *Maastricht* appartenait encore à la Chambre, il n'était en aucun cas rapporteur et chargé de la rédaction du projet de l'arrêt sur l'Union monétaire.

Il appartient à la pratique des hautes juridictions en Allemagne de ne pas s'avancer en ce qui concerne les questions économiques. Le moyen techniquement juridique est ici la « marge de manoeuvre décisionnelle » en matière de pronostics relatifs aux évolutions futures dans les domaines économiques. Il est douteux que les critères de stabilité aient laissé une quelconque « marge » pour l'accès à l'Union monétaire. Les techniques grâce auxquelles les différents États avaient « embelli » leur situation budgétaire sans pouvoir pourtant les réutiliser indéfiniment n'avaient assurément pas échappées à la Cour. D'un autre côté, les assurances des politiques et des banques tenant à l'Euro selon lesquelles la perte de valeur du *Deutschmark* après la Conférence de Dublin ne serait que passagère pouvaient paraître crédibles aux juges. Entre temps, la valeur de l'Euro, lancé le premier janvier 1999, a également baissé d'environ 25 % sans le moindre signe de convalescence. Les politiques n'aiment guère qu'on leur rappelle l'appel du *Bundestag* en 1992 : « La future monnaie européenne doit être et rester aussi stable que le *Deutschmark* » ; c'était une invocation de l'impossible. Cette évolution avait certes été prédite par les « euro-sceptiques », mais le scepticisme n'était pas à l'ordre du jour en 1998 ; les politiques misaient sur le « principe espérance » et les juges y adhèrent.

D'un autre côté la Cour constitutionnelle fédérale avait annulé, partiellement ou entièrement, un grand nombre de lois depuis 1951 et elle avait fréquemment imposé un délai pour les modifications au législateur hésitant. Mais jamais la Cour n'a refusé son consentement à un traité international important. Souvent, elle devait toutefois sévèrement l'interpréter. Elle est demeurée fidèle à cette ligne. L'interprétation du traité de Maastricht, donnée en 1993, n'a pas été corrigée en 1998. C'est en cela que réside la signification de la troisième décision commentée ici.

[Note 1] * Traduit de l'allemand par O. Pfersmann, professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

[Note 2] En français dans le texte (note du traducteur).

[Note 3] En français dans le texte (n.d.t.) .

[Note 4] En français dans le texte (n.d.t.) .

[Note 5] Nom donné en allemand à la CECA (n.d.t.) .

[Note 6] En français dans le texte (n.d.t.) .

[Note 7] « Verbund » signifie en général une association soit non formalisée juridiquement soit uniquement selon des contrats de coopération, il peut s'agir en droit des sociétés d'un regroupement ou d'une concentration d'entreprises, en droit administratif d'une organisation intercommunale ou d'un syndicat de communes. Ce n'est pas un terme de droit international. En tant que tel l'expression n'a pas d'équivalent en français, elle marque presque toujours une coopération réelle forte et une formalisation juridique faible (n.d.t.).

[Note 8] Le droit constitutionnel processuel allemand distingue deux catégories de *décisions*: les « jugements » (*Urteile*) portant sur le fond des « arrêts » (*Beschlüsse*) concernant l'admission ou la recevabilité d'un recours (n.d.t.).

[Note 9] La terminologie française traduit habituellement par « Chambre » la division de la Cour constitutionnelle fédérale en deux formations de jugement bien distinctes, appelées *Senate* en allemand, ces dernières comportent à leur tour des *Kammern* (littéralement « chambres », mais habituellement traduit par « sections » de trois juges qui se prononcent sur l'*admission* des recours constitutionnels formés par les particuliers, c'est-à-dire la question de savoir si, indépendamment des conditions de *recevabilité*, une requête possède une importance de principe en matière de droit constitutionnel ou si elle est adaptée à la réalisation effective des droits fondamentaux (n.d.t.).

(1) Traduit de l'allemand par O. Pfersmann, professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

(2) En français dans le texte (note du traducteur).

(3) En français dans le texte (n.d.t.).

(4) En français dans le texte (n.d.t.).

(5) Nom donné en allemand à la CECA (n.d.t.).

(6) En français dans le texte (n.d.t.).

(7) « Verbund » signifie en général une association soit non formalisée juridiquement soit uniquement selon des contrats de coopération, il peut s'agir en droit des sociétés d'un regroupement ou d'une concentration d'entreprises, en droit administratif d'une organisation intercommunale ou d'un syndicat de communes. Ce n'est pas un terme de droit international. En tant que tel l'expression n'a pas d'équivalent en français, elle marque presque toujours une coopération réelle forte et une formalisation juridique faible (n.d.t.).

(8) Le droit constitutionnel processuel allemand distingue deux catégories de décisions : les « jugements » (*Urteile*) portant sur le fond des « arrêts » (*Beschlüsse*) concernant l'admission ou la recevabilité d'un recours (n.d.t.).

(9) La terminologie française traduit habituellement par « Chambre » la division de la Cour constitutionnelle fédérale en deux formations de jugement bien distinctes, appelées *Senate* en allemand, ces dernières comportent à leur tour des *Kammern* (littéralement « chambres », mais habituellement traduit par « sections » de trois juges qui se prononcent sur l'admission des recours constitutionnels formés par les particuliers, c'est-à-dire la question de savoir si, indépendamment des conditions de recevabilité, une requête possède une importance de principe en matière de droit constitutionnel ou si elle est adaptée à la réalisation effective des droits fondamentaux (n.d.t.).