

# Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen,  
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 12 décembre 2012

## Le pacte fédératif européen



Université Panthéon-Assas

**Laurent DECHATRE**

Sous la direction de **Monsieur le Professeur Claude BLUMANN**

Membres du jury :

Madame le Professeur Anne LEVADE

Université Paris-Est Créteil Val de Marne, rapporteur

Monsieur le Professeur Sébastien ROLAND

Université de Cergy-Pontoise, rapporteur

Monsieur le Professeur Olivier BEAUD

Université Paris II-Panthéon-Assas

Monsieur le Professeur Fabrice PICOD

Université Paris II-Panthéon-Assas

Monsieur le Professeur Jörg GERKRATH

Université du Luxembourg

Monsieur le Professeur Claude BLUMANN

Université Paris II-Panthéon-Assas

## AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Claude Blumann pour ses précieux conseils et son aide aussi bien au cours de la préparation de cette thèse que plus largement dans le cadre de mes activités de recherche et d'enseignement.

Mes remerciements vont également à Sophie Chevrolle et Christiane George pour avoir accepté de relire ma thèse.

Enfin, je souhaiterais exprimer ma profonde gratitude envers mes parents, Jacqueline et Alain Dechâtre, ainsi qu'envers Andreas Jüngst, qui m'ont supporté, dans tous les sens du terme, au cours de ces années de préparation de la thèse. Je remercie par ailleurs également mes parents d'avoir procédé à une relecture complémentaire de l'ensemble de ma thèse.

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

### Abréviation des Revues

AöR	: Archiv des öffentlichen Rechts
CDE	: Cahiers de droit européen
CMLR	: Common market law review
DÖV	: Die öffentliche Verwaltung
DtZ	: Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl	: Deutsches Verwaltungsblatt
ELJ	: European Law Journal
ELRev.	: European Law Review
EuGRZ	: Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	: Europarecht
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
HLR	: Harvard law review
HdBStaatsR	: Handbuch des Staatsrechts
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JCl.	: Jurisclasseur
JCMS	: Journal of Common Market Studies
JöR (N.F.)	: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (neue Folge)
JZ	: Juristenzeitung
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZZ	: Neue Zürcher Zeitung
RAE	: Revue des affaires européennes
RCADI	: Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RFDA	: Revue française de droit administratif
RFDC	: Revue française de droit constitutionnel
RI	: Relations internationales
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
RMC	: Revue du marché commun
RMCUE	: Revue du marché commun et de l'Union européenne
RMUE	: Revue du Marché Unique Européen
RDS	: Revue de droit suisse (nom français de ZSR)
RTDE	: Revue trimestrielle de droit européen
ZaöRV	: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
VVDStRL	: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZG	: Zeitschrift für Gesetzgebung
ZöR	: Zeitschrift für öffentliches Recht
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht (nom allemand de RDS)

### Abréviations diverses :

aCS 1848	: ancienne Constitution suisse de 1848
aCS 1874	: ancienne Constitution suisse de 1874
AFV	: Acte final de Vienne de 1820 complétant l'Acte de 1815 fondateur de la Confédération germanique
Amt.Bull.StR	: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung Ständerat, bulletin des délibérations de l'Assemblée fédérale suisse



art.	: article
BAG	: Bundesarbeitsgericht, tribunal fédéral du travail
BBl.	: Bundesblatt
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Entscheidung des Bundesgerichtshofs, décisions de du tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
BT	: Bundestag
Bull. CE	: Bulletin des Communautés européennes
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht, Cour constitutionnelle fédérale allemande
BVerfGE	: décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande
CEDH	: Cour européenne des Droits de l'Homme
CESDH	: Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
chap.	: chapitre
CCN	: Constitution de la Confédération du Nord
cl.	: clause
CS	: Constitution Suisse de 1999
CSC	: Cour suprême du Canada
Drs.	: Drucksache
CEE	: Traité instituant la Communauté économique européenne
CE	: Traité instituant la Communauté européenne
DG	: Direction générale au sein de la Commission européenne
FAZ	: Frankfurter Allgemeine Zeitung
FF	: Feuille fédérale
GRIP	: Groupement de recherche et d'information sur la paix et la sécurité
JAAC	: Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LF	: Loi fondamentale
LOGA	: Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration:
NBER	: The National Bureau of Economic Research
NF	: Neue Fassung
OPOCE	: Office des publications officielles des Communautés européennes
Pt.	: point
Rdn.	: Randnummer
RGZ.	: Reichsgerichts in Zivilsachen
RIBR	: Règlement intérieur du Bundesrat allemand
RIBT	: Règlement intérieur du Bundestag
RICE	: règlement intérieur de la Commission européenne
RICN	: Règlement intérieur du Conseil national suisse
RICUE	: règlement intérieur du Conseil de l'Union européenne
RCR	: Règlement intérieur de la Chambre des représentants
Rec.	: Recueil
RIPE	: Règlement intérieur du Parlement européen
RO	: Recueil officiel du droit fédéral (suisse)
RS	: Recueil systématique du droit fédéral (suisse)
RV	: Reichsverfassung, Constitution allemande de 1871
s.	: suivant
sect.	: section
Stat.	: United States Statute at Large (recueil des lois fédérales)
TC	: Traité-constitutionnel, Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TFUE	: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	: Traité sur l'Union européenne, version postérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne
UEM	: Union économique et monétaire
VfSlg	: Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des



WG                   : Verfassungsgerichtshofes  
WG                   : working group;  
WD                   : working document  
WV                   : weimarer Verfassung, constitution de Weimar

## Eléments complémentaires pour faciliter la lecture de la thèse

**ATTENTION :** La pagination de la version électronique ne correspond pas à la version papier. Bien indiquer que c'est la version électronique et non la version papier quand vous la citer.

- La numérotation de paragraphes est destinée à permettre au lecteur de distinguer des idées différentes au sein d'un développement. Dans certains cas, au sein d'un paragraphe numéroté une ligne est sautée pour signifier que plusieurs idées sont à distinguer en son sein, les retours à la ligne permettant de distinguer les différents arguments au sein d'une même idée.

### Les articles des traités européens sont cités comme suit:

- art. CEE : pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht
- Art. du traité CE / du traité UE (références pendant la période se situant entre l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht et celle du Traité d'Amsterdam)
- art. UE / CE : pour la période postérieure à l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam
- art. TUE/ FUE: depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne

### Recueil des lois fédérales américaines

- 1 Stat. 73 : Vol.1 p.73 du United States Statute at Large

### Référence aux juridictions européennes

- CJCE est employé à la place de CJUE pour désigner la Cour de justice dans des affaires et dans la doctrine antérieures à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne

### Référence des arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis

- *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) : volume; US (abréviation de United States Report); 1<sup>ère</sup> page de la décision de la Cour dans United States Report; année de la décision : références du recueil officiel
- Avant 1874, les recueils des arrêts publiés sont privés et se présentent comme suit :
  - "5 U.S. (1 Cranch)" signifie le 5<sup>e</sup> volume du *United States Reports* publié par William Cranch
  - "15 U.S. (2 Wheat.)" signifie le 2<sup>e</sup> volume du *United States Reports* publié par Henry Wheaton
  - "4 U.S. (4 Dall.)" signifie le 4<sup>e</sup> volume du *United States Reports* publié par Alexander Dallas
  - "46 U.S. 12 How." Signifie le 12<sup>e</sup> volume du *United States Reports* publié Benjamin Chew Howard
  - "27 U.S. (2 Pet.) 245" signifie le 2<sup>e</sup> volume publié par Richard Peters
- Pour les décisions de la Cour suprême en plus des pages reprenant la présentation officielle par le biais du site <http://supreme.justia.com>, nous donnons les points de certaines décisions par le biais du site <http://openjurist.org>, afin de faciliter pour le lecteur la recherche du passage précis dans une décision et bien qu'il ne s'agisse pas d'un des deux recueils de décisions privés que sont *Supreme Court Reporter* (S. Ct.) et *United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition* (L. Éd.)

### Référence des arrêts de la Cour constitutionnelle allemande

Les références du recueil officiel se lisent comme suit :

- BVerfGE 65, 1 (p.43) : volume n°65 ; 1<sup>ère</sup> page de l'arrêt (p.1) ; entre parenthèses se trouve la page citée (p.43).
- La numérotation des points des décisions de la Cour constitutionnelle antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 1998, ne bénéficiant pas d'accès par le biais du site officiel de la Cour, n'est pas indiquée dans les recueils officiels de jurisprudence mais se fonde sur le site non officiel [www.servat.unibe.ch](http://www.servat.unibe.ch) afin là encore d'en faciliter la lecture. Les noms donnés aux arrêts sont également repris de ce site.

### Référence des arrêts du Tribunal fédéral suisse

Les références du recueil officiel se lisent comme suit :



- BGE 36 I 49 (p.50) : volume n°36 ; domaine du droit concerné (ici "I" pour le droit constitutionnel) ; 1ère page de l'arrêt (p.49) ; entre parenthèses se trouve la page citée (p.50)
- \* On notera que le volume permet de déterminer facilement l'année, contrairement au cas allemand selon la formule  $1874 + x = \text{année}$  : ici  $1874 + 36 = 1910$ .
- \* Les domaines du droit concerné sont : I Droit constitutionnel, II Droit administratif, III Droit civil, poursuite et faillite, IV Droit pénal et exécution de peine, V Droit des assurances sociales
- La numérotation des points des décisions se fonde sur le site non officiel : [www.servat.unibe.ch](http://www.servat.unibe.ch).

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

### PREMIERE PARTIE : DEFINITION DU PACTE FEDERATIF

#### Chapitre préliminaire : Les critères de qualification de pacte fédératif

Section I : Un pacte "existentiel" fondant une Fédération

Section II : Les compétences nécessaires à la qualification de pacte existentiel

#### Chapitre I : La stabilisation de la Fédération : le processus d'institutionnalisation

Section I : Les impératifs de cohérence de la Fédération et d'effectivité du droit fédéral

Section II : La nécessité du développement d'un sentiment d'appartenance fédéral

#### Chapitre II : La protection de l'intégrité des Etats membres

Section I : L'obligation de respecter les domaines de compétence des Etats membres

Section II : L'obligation de respect de l' "identité" des Etats membres

Section III : Le recours ultime au droit de retrait

### PARTIE II: LA TRADUCTION DE L'EQUILIBRE IMPLIQUE PAR LE PACTE FEDERATIF

#### Chapitre I: L'équilibre des compétences

Section I : Le difficile équilibre entre cohérence fédérale et autonomie des Etats

Section II : Les garanties contre un exercice excessif des compétences concurrentes

#### Chapitre II: L'équilibre des intérêts dans la prise de décision fédérale

Section I: Des institutions adaptées aux intérêts qu'elles défendent

Section II : La réalisation de l'équilibre des intérêts

## Introduction

*"Le fédéralisme est une victoire de la civilisation sur le caractère profond de l'homme [...]. L'homme est, de par sa nature, centralisateur ce n'est que grâce au raisonnement qu'il devient fédéraliste. C'est compréhensible puisque chacun est, dans son for intérieur, convaincu de sa supériorité et de son intelligence. [...] Déléguer des pouvoirs est l'une des choses les plus difficiles"<sup>1</sup>.*

1. Suite à l'adoption en septembre 1787 d'un projet de Constitution par la Convention de Philadelphie, Madison, Jay et Hamilton écrivent un ensemble d'articles intitulés "The Federalist" ayant pour objet d'expliquer et surtout défendre la nécessité de ses différentes dispositions en les remettant dans une perspective théorique et en comparant avec la situation sous les Articles de la Confédération<sup>2</sup>. Leur but était de faciliter la ratification de ce projet par les différents Etats membres de la Confédération des Etats-Unis d'Amérique. Le 14 novembre 2003 Giuliano Amato, Jean Luc Dehaene et Valéry Giscard d'Estaing tentent de suivre ce modèle en publiant ce qui se voulait être le premier d'une série d'articles afin de défendre le projet de Traité-constitutionnel qu'ils avaient contribué à préparer au sein de la Convention sur l'Avenir de l'Europe<sup>3</sup>. L'ambition était certainement trop grande, et les trois auteurs se sont contentés de seulement quelques articles<sup>4</sup>. Si la comparaison du projet de Constitution de 1787 et de la Convention de Philadelphie avec le projet de Traité-constitutionnel et la Convention sur l'avenir de l'Europe, souvent faite à l'époque des travaux, paraît exagérée, les débats sous-jacents entre partisans et opposants d'une intégration fédérale forte se retrouvent, tout comme ceux concernant la qualification juridique de traité ou de constitution. Ainsi, dans le cas des Etats-Unis (EU), les fédéralistes défendent la qualification de constitution du texte adopté par la Convention de Philadelphie en 1787, alors que les antifédéralistes estiment qu'il s'agit d'un simple traité, le débat se poursuivant par la suite jusqu'à la fin de la guerre de Sécession<sup>5</sup>. Dans le cadre européen, on relèvera également les discussions concernant l'utilisation de l'expression "droit constitutionnel européen"<sup>6</sup> et la qualification juridique du projet de "traité-constitutionnel" préparé par la Convention sur l'avenir de l'Europe qui se sont, au-delà du débat

---

<sup>1</sup> HABSBOURG (O. de), *Le Figaro*, 25 août 1993. Fils du dernier Empereur d'Autriche, Otto de Habsbourg a été député européen de 1979 à 1999. Il a par ailleurs été de 1972 à 2004 président du mouvement Pan-Europe, une association fondée par Richard Coudenhove-Kalergi soutenant une union fédérale entre les Etats européens.

<sup>2</sup> Un ouvrage éponyme regroupe l'ensemble de ces articles : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, 788 p.

<sup>3</sup> L'Europe demain : la Commission, *Le Monde*, 14 novembre 2003. Les trois auteurs étaient membres du présidium de la Convention sur l'avenir de l'Europe qui avait été chargée de rédiger un traité permettant de simplifier et rationaliser les dispositions issues des traités antérieurs, de renforcer la légitimité démocratique de l'UE, d'améliorer le système de répartition des compétences,... (voir : CONSEIL EUROPEEN, déclaration de Laeken du 15 décembre 2001, *Bull.CE*, 2001, n°12, p.20).

<sup>4</sup> Voir : L'Europe demain : la fausse querelle des « petits » et des « grands », *Le Monde*, 22 novembre 2003 ; L'Europe demain : la seule grille de lecture, *Le Monde*, 13 décembre 2003.

<sup>5</sup> Voir sur opposition : FELDMAN (J.-P.), *Controverses sur la nature du fédéralisme américain*, thèse, Paris II, 2 tomes, 2000, 1185 p. ; ID., *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004, 294 p.

<sup>6</sup> Voir par exemple : GERKRATH (J.), *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p. ; DEHOUSSE (R.) (dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Presses de Science Po, 2002, 289 p. ; MAGNETTE (P.) (dir.), *La constitution de l'Europe*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, 215 p.

juridique, pour partie placées sur le terrain politique<sup>7</sup>.

Au-delà des arguments juridiques, les mêmes artifices de langage peuvent être constatés. En effet, c'est pour des raisons tactiques qu'Hamilton, Madison et Jay ont intitulé "The Federalist" leurs articles visant à soutenir la ratification du projet de Constitution fédéral, l'expression "fédéraliste" renvoyant alors aux caractéristiques des Confédérations classiques dans lesquelles les Etats disposaient d'un poids déterminant, alors même qu'ils étaient en faveur de la création d'un gouvernement "national" fort<sup>8</sup> disposant de vastes compétences<sup>9</sup>. Ils ont cherché dans ces articles à rapprocher l'entité créée par la Constitution de 1787 de l'ancienne Confédération, dans le but de la faire accepter plus facilement par la population<sup>10</sup>. De même au niveau européen, l'expression méthode "communautaire" a été employée par les rédacteurs des traités pour éviter toute référence au fédéralisme, terme proscrit parce qu'il est assimilé à l'Etat fédéral<sup>11</sup>.

2. Pour en revenir à la question de la nature juridique de l'Union européenne (UE), il est à noter que deux types de qualification sont fréquemment utilisés dans les débats. L'Union européenne est présentée selon une perspective globale comme un objet juridique *sui generis*, ou bien, selon une méthode qualifiée par Loïc Azoulai de "dissociation-recollection"<sup>12</sup>, comme correspondant en fonction du domaine étudié à une organisation internationale, une Confédération, voire à un Etat fédéral<sup>13</sup>. Selon cette seconde perspective, l'affirmation expresse d'un droit de retrait serait par exemple à ranger parmi les traits d'une organisation internationale, les domaines dans lesquels le Conseil décide seul à l'unanimité comme caractéristiques d'une Confédération, et la jurisprudence en matière de libertés de circulation et le niveau d'harmonisation dans certains domaines renverraient plutôt à un Etat fédéral.

La qualification d'entité "sui generis" et la dénomination sous forme de "dissociation-recollection" ne font que déplacer le problème<sup>14</sup>. En effet, nommer juridiquement l'Union européenne ne vise pas seulement à satisfaire une quête esthétique dans la présentation des manuels, elle doit "permettr[e] non seulement de combler les lacunes du droit communautaire mais encore de disposer d'un référentiel pour résoudre dans la cohérence les problèmes que le développement de l'intégration européenne ne cesse de poser"<sup>15</sup>. Or, aucun des deux types de

<sup>7</sup> Voir pour un exemple : BERTHU (G.), *La Convention vers le super-Etat ?*, Actes du colloque du 22 février 2003 organisé par les députés MPF, éd. François-Xavier de Guibert, 2003, 185 p.

<sup>8</sup> Les auteurs parlent de gouvernement national pour viser le gouvernement fédéral des EU.

<sup>9</sup> Souligné par : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung : das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen ; eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, München, Beck, 2000, p.18 ; FORSYTH (M.), Vers un nouveau concept de confédération, in : Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, n°11, p.106.

<sup>10</sup> Larry CATA BACKER l'illustre avec des passages écrits par Hamilton (The extra-national State : American confederate federalism and the European Union, *Columbia Journal of European Law*, 2001, p.175 note 6). Voir aussi : SINPOLI (R.), *The foundations of American citizenship : liberalism, the Constitution, and civic virtue*, Oxford University Press, 1992, p.176.

<sup>11</sup> Sur l'opposition entre Etat fédéral et Confédération d'Etats : cf. *infra* section II §1 B.

<sup>12</sup> Expression utilisée par : AZOULAI (L.), in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Némésis, Bruylant, 2003, p.97.

<sup>13</sup> SNYDER (F.), General course on constitutional law of the European Union, in : SNYDER (F.), *Collected courses of the Academy of European law, vol VI, livre 1*, Florence, Institut universitaire européen, 1996, pp.61-63.

<sup>14</sup> Voir en ce sens : ZOLLER (E.), Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etat, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t.294, p.57.

<sup>15</sup> DUBOIS (L.), La nature juridique de l'Union européenne, in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution... (op.cit. n°12)*, p.83. Voir aussi en ce sens JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2009, p.100.

qualification proposés ne fournit un tel modèle de construction complet<sup>16</sup>.

D'autres auteurs, essentiellement en droit international, décrivent l'Union européenne comme l'illustration d'une organisation internationale parachevée, estimant qu'elle ne fait que "*porter à leur point culminant les traits originaux*" desdites organisations<sup>17</sup>. Ainsi, Charles Leben conclut en 1991 que l'ordre juridique communautaire est un ordre juridique international et que la Communauté européenne (CE) est une organisation internationale, affirmant que son originalité provient uniquement du "*niveau exceptionnel atteint par le processus de centralisation qui s'effectue en son sein*"<sup>18</sup>. Il note que "*le seuil de la centralisation constitutive d'un ordre fédéral étatique*" n'est pas franchi, notamment en raison de l'absence de moyen de contrainte pour obliger un Etat à respecter une décision de la Cour de justice<sup>19</sup>. S'il note par ailleurs qu'il manque à cette dernière un pouvoir d'invalidation des normes des Etats membres pour permettre une qualification d'ordre fédéral étatique, il indique toutefois qu'elle s'en rapproche par son affirmation qu'une norme interne contraire doit rester inappliquée<sup>20</sup>. Cette qualification d'organisation internationale n'est pas non plus convaincante, notamment en ce qu'elle conduit à minimiser des éléments tels que les droits de citoyennetés conférés aux nationaux des Etats membres et la grande interdépendance de ces Etats.

Dans ce contexte, le but de notre étude est de trouver une qualification juridique appropriée pour l'Union européenne, dépassant les querelles idéologiques et permettant de traduire ses caractéristiques principales, sans tomber dans l'impasse de la qualification *sui generis*. A cette fin, l'étude allie la présentation d'un concept, le pacte fédératif, et son application à l'Union européenne. La définition que nous en proposons se fonde sur une adaptation des réflexions doctrinales existantes à l'aune de l'étude de différents systèmes fédéraux.

Il convient d'expliquer les raisons qui nous ont fait choisir ce concept parmi ceux qui ont été développés par les théories du fédéralisme (Section II). Mais un tel choix ne peut être compris que si le cadre méthodologique et théorique général dans lequel il s'inscrit est déterminé au préalable (section I). En effet, comme le soulignait Siegfried Brie, les théories développées en matière d'association d'Etats dépendent pour une grande part du cadre dans lequel elles s'inscrivent<sup>21</sup>, l'objet étudié pouvant conduire à des présentations différentes et également vraies, selon la signification du "droit" et du rôle du juriste qui est adoptée.

---

<sup>16</sup> JACQUE (J.-P.), *Ibid.*, p.100.

<sup>17</sup> Relevé par : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2010, p.44. Les auteurs en renvoient pour en ce sens à : LEBEN (C.), A propos de la nature juridique des Communautés européennes, *Droits*, n° 14, 1991, pp.61-72 ; COMBACAU (J.), Conclusions générales, in : SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Enseignement du droit international, recherché et pratique*, Paris, Pedone, 1997, p.266.

<sup>18</sup> LEBEN (C.), *Ibid.*, p.64. L'auteur se fonde sur la théorie kelsénienne de la décentralisation (cf. *infra* : sect.II §2. A.) et a depuis eu l'occasion de confirmer cette qualification en dépit des modifications des traités européens.

<sup>19</sup> Il renvoie a contrario à l'exemple de l'envoi de soldats à Little Rock en 1959 pour garantir le respect de la décision de la Cour suprême Brown (*Ibid.*, pp.68-69).

<sup>20</sup> *Ibid.*, p.67.

<sup>21</sup> BRIE (S.), Zur Lehre von den Staatenverbindungen, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1884, n°11, p.88 (reproduit dans JELLINEK (G.), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, éd. Keip, 1996).

## **Section I : Recherche d'un cadre méthodologique et théorique général pour l'étude**

3. Selon une première perspective, le juriste étudie uniquement le système normatif de l'intérieur. Selon une autre perspective, il peut regarder le système de l'extérieur, le remettre dans son contexte, étudier ses conditions de formation.

Nous avons choisi de présenter les théories de Carl Schmitt et Hans Kelsen comme représentants de ces deux perspectives. Le choix de Carl Schmitt comme représentant la seconde perspective se justifie notamment par l'usage important que nous faisons dans notre thèse de sa théorie de la Fédération. Quant au choix de Kelsen, il s'explique par son rôle fondateur de la première perspective.

Les conceptions du droit de ces deux auteurs sont radicalement différentes. Olivier Beaud a ainsi qualifié de "*dialogue de sourd*" le seul débat direct ayant eu lieu entre eux, relatif au "gardien de la Constitution" et à la justice constitutionnelle, soulignant qu'ils "*ne parlaient pas en fin de compte de la même chose*" car ils s'opposaient dans les définitions des concepts juridiques<sup>22</sup>. Kelsen se donne pour but de proposer une théorie du droit épurée de tout élément qui lui soit extérieur (§1). Au contraire, pour Schmitt le politique est intimement lié au juridique (§2). Une présentation de leur théorie respective est nécessaire pour comprendre la logique de ces deux perspectives. Notre but n'est pas de conclure à la supériorité intrinsèque d'une des deux théories, mais d'expliquer en quoi la perspective schmittienne apparaît plus appropriée que la perspective kelsénienne par rapport à l'objectif fixé de réflexion sur le fédéralisme et de qualification des traités européens et de l'Union européenne. En outre, nous précisons que le choix de la perspective développée par Schmitt ne signifie pas que nous embrassons l'ensemble de sa théorie ni que nous nous privons de certains aspects de la réflexion kelsénienne.

### ***§1. La perspective de réflexion kelsénienne écartée***

4. Afin de comprendre la perspective défendue par Kelsen et les raisons pour lesquelles nous ne la suivons pas dans notre thèse, il convient d'explicitier son objectif de développement d'une science du droit réduite à une description ordonnée du droit positif (A), avant de présenter le concept d'ordre juridique qui se trouve au cœur de sa théorie (B),

#### **A. Le droit positif, objet de la "science du droit"**

##### ***1) L'objectif de la science du droit***

5. Kelsen a pour ambition de fonder ce qu'il appelle une "*science du droit*" qui décrit l'état du droit tout en faisant apparaître sa logique structurante<sup>23</sup>. Kelsen compare cette reconstruction intellectuelle au travail des scientifiques des sciences exactes, qu'il a comme référence et qui

---

<sup>22</sup> BEAUD (O.), Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ?, in : BEAUD (O.), PASQUINO (P.), *La controverse sur "le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, éd. Panthéon-Assas, 2007, p.197. Alors que Schmitt vise le cas d'une situation de crise existentielle pour l'Etat, la protection du contenu de la Constitution au sens strict qui forme l'unité politique, Kelsen écarte cette situation de crise pour étudier une garantie juridictionnelle dans le cadre d'une situation normale de la Constitution comme norme (*Ibid.*, p.198). Cette opposition repose elle-même sur une différence de définition de la démocratie et du peuple (souligné par : LEPSIUS (O.), *Der Hüter der Verfassung - demokratietheoretisch betrachtet*, in : BEAUD (O.), PASQUINO (P.), *Ibid.*, p.110).

<sup>23</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. de la 2<sup>e</sup> éd. par EISENMANN (C.), Dalloz, 1977, p.98 : "*la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif, [...] elle « crée » [...] son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible*".



révèlent l'unité des lois de la nature<sup>24</sup>.

Il indique ainsi dans sa préface à la 1<sup>ère</sup> édition de la *Théorie pure du droit* que son but est de réaliser une "théorie pure du droit, c'est-à-dire théorie épurée de toute idéologie politique et de tous éléments ressortissant aux sciences de la nature, consciente de son individualité, qui est liée à la légalité propre de son objet"<sup>25</sup>. Il pose des règles strictes qui doivent être selon lui suivies pour être un scientifique du droit. Il faut tout d'abord étudier le seul droit, à l'exclusion de ses fondements extra-juridiques car "le positivisme ne se préoccupe pas [...] du fondement entendu comme problème de la valeur des normes", ou pour le dire autrement, parce que "le droit n'a d'autre fondement que le droit lui-même"<sup>26</sup>. Il faut ensuite se restreindre à un simple rôle d'observation. A cette fin, il distingue "l'Être" (Sein), qui doit être l'objet de l'étude du scientifique du droit, du "Devoir-Être" (Sollen) qui correspond à une prescription, donc au domaine du droit et non de la science du droit. Pour lui, le droit n'est qu'un moyen permettant d'atteindre différentes finalités qu'il n'étudie pas. Son seul objectif est de décrire le droit et l'on ne peut donc attendre autre chose de sa théorie.

Kelsen ne nie pas pour autant l'impact du politique sur le juridique. Il est donc faux de dire qu'il ne se soucie pas des éléments extérieurs au droit<sup>27</sup>. En effet, Kelsen ne dit pas qu'un juriste ne peut porter de jugement sur le droit quand il le commente, mais simplement qu'un tel jugement ne ressort pas de la science du droit qui ne fait que décrire le droit. Ainsi, dans d'autres ouvrages qui sont écrits selon une autre perspective que celle de scientifique du droit, comme *Peace through law*<sup>28</sup>, il fait des propositions politiques.

6. Afin de comprendre le sens dans lequel Kelsen est positiviste, il apparaît intéressant de reprendre les trois définitions du positivisme juridique que Norberto Bobbio distingue<sup>29</sup>. Une première définition renvoie au "mode d'approcher l'étude du droit", à l'idée de "délimitation de l'objet de la recherche"<sup>30</sup>. Elle correspond à la distinction entre le "droit comme fait", tel qu'il est, et le "droit comme valeur", tel qu'il devrait être, seul le premier faisant l'objet de l'étude du juriste<sup>31</sup>. Le juriste adopte une attitude "éthiquement neutre", "objective", il ne se préoccupe pas de la finalité du droit<sup>32</sup>. Une seconde définition correspond à une théorie du droit qui vise non seulement la description mais la compréhension globale de ce qu'est le droit et dont Norberto Bobbio souligne la contingence historique puisqu'elle est l'expression de l'Etat moderne qui s'est développé<sup>33</sup>. Une dernière définition renvoie à une idéologie de la justice qui pose une obligation morale d'obéir au droit. Le droit n'est toutefois pas compris dans ce cadre comme juste parce qu'il correspond à un idéal de justice, c'est "par le seul fait d'être positif" qu'il "est juste"<sup>34</sup>. Le but de la théorie positiviste est de décrire le droit, non de prescrire une solution apparaissant comme préférable. Au contraire, l'idéologie du positivisme juridique n'est plus une description d'un objet mais "l'appréciation positive" de cet objet<sup>35</sup>.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp.98-99.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p.VII.

<sup>26</sup> Résumé par : BOBBIO (N.), Kelsen et les sources du droit, in : id., *Essais de théorie du droit*, Bruylant, LGDJ, 1998, p.235.

<sup>27</sup> TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, 2003, p.20-21 ; MAGNON (X.), En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ?, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, 2008, p.8 : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC7/MagnonTXT.pdf>.

<sup>28</sup> KELSEN (H.), *Peace through law*, The University of North Carolina Press, 1944, 155 p.

<sup>29</sup> Norberto BOBBIO souligne qu'elles n'ont pas de lien nécessaire entre elles. Il affirme ainsi par exemple qu'il est jusnaturalistes au regard de l'idéologie, positiviste au regard de la méthode, et "ni l'un ni l'autre" sur le plan de la théorie (Jusnaturalisme et positivisme juridique, in : ID., *Essais...* (op.cit. note 26), p.53).

<sup>30</sup> BOBBIO (N.), Sur le positivisme juridique, in : ID., *Ibid.*, p.24.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.25.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p.26.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p.26.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p.28.

<sup>35</sup> *Ibid.*

Au regard de ces trois définitions, Kelsen est positiviste dans les deux premiers sens, mais pas au regard du troisième. Or, comme le relève Norberto Bobbio, les critiques les plus nombreuses, contre le caractère totalitaire du positivisme, renvoient à son sens idéologique<sup>36</sup>. Néanmoins Kelsen a aussi fait l'objet de critiques. Il s'est vu reprocher le caractère trop abstrait de sa construction, l'absence de référence à des valeurs, les critiques soulignant que ces éléments pourraient favoriser la mise en place de systèmes autoritaires. Ainsi, Hauriou reproche à Kelsen de forger une théorie écartant totalement la donnée humaine, caractérisée par un système de normes imposant des obligations aux individus tout en ne permettant pas à ces derniers d'opposer des droits les protégeant à l'encontre de l'Etat. Selon lui, bien loin d'être protectrice des libertés, cette théorie est en réalité propice à une supériorité de l'ordre<sup>37</sup>.

Kelsen répond que *"du fait de ce caractère de norme simplement pensée, et non pas voulue [...], il suit qu'en affirmant cette norme fondamentale, la science du droit [...] ne prescrit pas que l'on doive obéir aux ordres du constituant"*<sup>38</sup>. En d'autres termes, et comme il l'affirme à plusieurs reprises dans cette seconde édition de la *Théorie pure du droit* et dans la *Théorie générale des normes*<sup>39</sup>, sa théorie ne vise pas à légitimer un système juridique, ce n'est pas au juriste de porter un jugement de valeur<sup>40</sup>.

En réalité, la plupart des critiques portées ici reposent sur une différence de perspective, elles reprochent à Kelsen de poser un cadre d'étude qui ne permet pas une compréhension complète du droit. Carl Schmitt critique ainsi l'exclusion de la naissance du système étatique hors du champ d'étude<sup>41</sup>. Il reproche également à Kelsen de ne pas expliquer pourquoi il importe que les normes étatiques forment une unité. Schmitt voit ainsi dans la définition kelsénienne du droit une *"tautologie d'une effectivité grossière"* consistant à affirmer qu' *"une norme est valide si elle est valide et parce qu'elle est valide"*, et souligne qu' *"une norme ne se pose jamais elle-même"*<sup>42</sup>.

## 2) L'objet étudié : le droit positif

7. Afin de comprendre le sens kelsénien du concept de droit, il convient tout d'abord de préciser qu'il inscrit ce concept dans celui plus large de norme. Kelsen donne au mot norme un sens plus extensif que le langage courant et parle ainsi de normes de la morale par exemple. Selon lui, *"le mot «norme» exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire"* et renvoie à quatre fonctions : commander, habiliter, permettre<sup>43</sup>, abroger<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1929, p.11 : *"si cette philosophie du droit évite la théorie du pouvoir de domination de l'Etat [...] le primat de la liberté est remplacé par celui de l'ordre et de l'autorité".* Ainsi, *"la maxime fondamentale n'est plus : « tout ce qui n'est pas défendu est permis jusqu'à la limite », elle est : « Tout ce qui n'est pas conforme à la constitution hypothétique est sans valeur juridique. »"*

<sup>38</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...* (*op.cit.* note 23), 2<sup>e</sup> éd., p.272.

<sup>39</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, trad. de BEAUD (O.) et MALKANI (F.), PUF, 1996, 604 p.

<sup>40</sup> Souligné par : TROPER (M.), *La philosophie...* (*op.cit.* note 27), p.21.

<sup>41</sup> SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, trad. de DEROCHE (L.), éd. PUF, 1993, p.137 : selon Schmitt, Kelsen présente sa théorie *"sans expliquer comment il vient au jour et quelle nécessité impose que les nombreuses dispositions légales positives d'un Etat et ses différentes normes légiconstitutionnelles forment un tel « système »"*.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p.137. Nous renverrons dans le même sens à deux auteurs dont les théories sont utilisées dans la suite des développements, Anton GREBER et Maurice HAURIOU. Le premier considère que séparer politique et droit constitue une erreur de méthode, et que l'effectivité et l'autonomie d'un ordre juridique dépendent notamment d'abord de la légitimité de l'ordre de domination qu'il faut pouvoir recourir à politique au moment approprié de la réflexion (*Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, p.162). Le second estime qu'en éliminant le facteur humain, et donc toute source subjective du droit, le système décrit est certes objectif, mais qu'il ne constitue qu'une déformation de la réalité juridique (HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 37), p.7).

<sup>43</sup> KELSEN n'entend pas ici *"permettre"* dans le sens d'une *"réglementation négative"*, qui renvoie au cas dans

Une norme ne peut ensuite se comprendre que par son appartenance à un système ou ordre, elle n'a pas d'existence en dehors, sachant que Kelsen entend par ordre "*un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : [...] une norme fondamentale de laquelle se déduit toutes les normes appartenant à cet ordre*"<sup>45</sup>.

**8.** Mais, ce qui permet de caractériser le système juridique, c'est d'être un système dont le ressort de validité est essentiellement dynamique, et, ce qui en découle, celui d'être un ordre de contrainte.

Concernant le premier critère, un système statique est de type déductif, il implique que l'on déduise d'une norme première toutes les normes du système à partir de son contenu<sup>46</sup>. Un exemple d'un tel type de système est donné par l'ordre moral. Au contraire, l'ordre juridique est un système dynamique en ce qu'il n'est pas caractérisé par un simple mécanisme de déduction mais par une méthode de production. En effet, "*une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu*", mais "*parce qu'elle est créée d'une certaine façon*"<sup>47</sup>. S'il en découle que "*n'importe quel contenu peut être droit*", cela ne signifie pas que la logique de fonctionnement de l'ordre juridique serait uniquement productive, à l'exclusion de tout mécanisme de déduction. Kelsen le précise quand il énonce que "*toute proposition de droit complète doit nécessairement contenir et des éléments de droit formel et des éléments de droit matériel*" et que "*les normes générales qu'ont à appliquer les tribunaux et les organes administratifs ont [...] une double fonction : 1° déterminer ces organes et la procédure qu'ils auront à observer; 2° déterminer le contenu des normes individuelles à créer par cette procédure*"<sup>48</sup>. L'ordre juridique est un système "*essentiellement dynamique*"<sup>49</sup>.

Concernant le second critère, Kelsen écrit que les normes morales se distinguent des normes juridiques du point de vue de la sanction de leur violation. Contrairement à ces dernières, les normes morales "*ne sont pas à exécuter par l'usage de la force physique quand elles se heurtent à une résistance*"<sup>50</sup>.

**9.** Afin de clarifier l'objet de ses recherches, Kelsen affirme écarter plusieurs définitions du droit positif. Il rejette tout d'abord la conception de la positivité du droit comme traduction de l' "*effectivité du droit dans la société*"<sup>51</sup>. Les défenseurs de cette présentation commettent selon lui l'erreur de croire qu'il faut non seulement écarter tout fondement de la validité du droit extérieur à l'ordre juridique, mais encore trouver une solution de remplacement. Il critique la "factualité" (Faktizität) du fondement qu'ils proposent du "Sollen" dans le "Sein". En effet, selon eux le droit vaut en vertu du fait qu'il a été posé par la volonté humaine et qu'il a été ensuite effectivement observé. Or selon Kelsen, la question du respect effectif de la norme relève de la sociologie. Il rejette ensuite toute définition du droit positif comme droit posé par un organe spécifique car celle-ci n'intègre pas le droit coutumier.

La seule acception du droit positif retenue par Kelsen est celle de l'absence de fondement de l'ordre juridique dans une norme qui lui est extérieure, issue de la Raison, de la Nature, ...<sup>52</sup>.

---

lequel aucune réglementation n'interdit un comportement, mais dans le sens d'une "*réglementation positive*" en ce que le comportement est expressément permis : "*dürfen*" est ici visé.

<sup>44</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale des normes* (op.cit. note 39), p.3.

<sup>45</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...* (op.cit. note 23), 2<sup>e</sup> éd., p.43. Ainsi, "*une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique*" (Ibid.).

<sup>46</sup> Ibid., p.258.

<sup>47</sup> Ibid., p. 261.

<sup>48</sup> Ibid., pp.310-311.

<sup>49</sup> BOBBIO (N.), *Kelsen et les sources...* (op.cit. note 26), p.235.

<sup>50</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale des normes* (op.cit. note 39), p.28.

<sup>51</sup> KELSEN (H.), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> éd., 1928, Tübingen, Mohr, (réimp. 1960), pp.90-92.

<sup>52</sup> Ibid., p.86. Norberto BOBBIO résumé ainsi la pensée de Kelsen : "*Que le droit règle sa propre création*



Norberto Bobbio la résume comme suit : "*positiviste est celui qui croit fermement que le droit n'existe pas en nature, n'existe pas dans la société, q[u'][...] il ne s'agit point de le découvrir et de le révéler, mais que c'est chaque fois l'expression d'une activité humaine consciente (ou inconsciente)*"<sup>53</sup>.

## **B. La caractérisation de l'ordre juridique**

**10.** L'ordre juridique se décline par le biais de l'habilitation ("Ermächtigung") par une norme du système à créer des normes qui lui sont inférieures. C'est ce système d'habilitation qui explique la nature dynamique du système (1). Le fondement ultime de ce système, que Kelsen appelle la norme fondamentale, est exclusif de toute étude du processus de fondation, alors que le processus d'union fédéral nous apparaît important pour comprendre la logique du fédéralisme (2).

### ***1) La traduction du caractère dynamique du système***

**11.** L'habilitation est un pouvoir juridique ("Rechtsmacht")<sup>54</sup> se distinguant d'un pouvoir de fait par son fondement dans l'ordre juridique<sup>55</sup>.

Dans ce système, chaque norme habilite à prendre une norme inférieure en même temps qu'elle est application d'une norme supérieure, ce qui explique qu'à l'expression classique de "source du droit", Kelsen préfère celle de "méthode de création de droit" ("Methode der Rechtserzeugung"). Il estime que dans tous les cas d'habilitation, il y a création de normes, même dans des cas où selon la terminologie classique, on ne parle pas de norme, comme pour les décisions de justice<sup>56</sup>. Seules les deux extrémités du système, norme fondamentale et exécution des actes de contrainte, échappent à cette double caractéristique<sup>57</sup>. Aussi, Norberto Bobbio peut-il en conclure à "*l'étroit rapport entre la notion de pouvoir juridique et celle de création juridique : on est en condition de créer du droit dans la mesure où on a le pouvoir ou la force de le faire*", et poursuivre qu' "*on comprend alors pourquoi selon Kelsen, le droit n'est pas déclaré, mais posé, imposé, créé.*"<sup>58</sup>.

L'habilitation est *ratione personae* au minimum<sup>59</sup>, et en outre *ratione materiae* dans la plupart des cas, l'autorité investie pour prendre une norme ne l'est que dans le domaine et dans les conditions posées par la norme qui l'a habilitée.

En dépit de cette affirmation du caractère dynamique du système juridique, Maurice

---

*signifie en termes kelséniens qu'un ordre juridique est un système normatif où la création des normes du système est elle-même réglée par d'autres normes du système par un processus qui remontant d'une norme inférieure à une norme supérieure arrive nécessairement (là où en outre la nécessité doit être entendue comme nécessité logique et non de fait) à la norme fondamentale, qui du point de vue d'un positivisme rigide et rigoureux est le seul fondement possible du droit" (Kelsen...(op.cit. note 26), p.234).*

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>54</sup> Nous employons ici l'expression de « *pouvoir juridique* », (Rechtsmacht) pour traduire le pouvoir de créer des normes juridiques dans sa théorie, bien que, comme Norberto BOBBIO le souligne, Kelsen ne l'ait employée qu'à partir de sa 2<sup>e</sup> édition de la *Théorie pure du droit* (*Ibid.*, p.236).

<sup>55</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...*(op.cit. note 23), 2<sup>e</sup> éd., pp.11-12.

<sup>56</sup> KELSEN note que "*même dans les hypothèses où le contenu de la norme individuelle à créer par le tribunal est prédéterminé par une norme générale positive, il doit nécessairement rester à la fonction créatrice du droit des tribunaux une certaine marge de pouvoir discrétionnaire. Les normes générales ne peuvent pas déterminer par avance tous les éléments, qui résulteront seulement des particularités des cas concrets.*" : *Ibid.*, p.328.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p.315.

<sup>58</sup> BOBBIO (N.), *Kelsen et les sources...*(op.cit. note 26), p.236.

<sup>59</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...*(op.cit. note 23), 2<sup>e</sup> éd., p.316 : "*la détermination de l'organe est le minimum de ce qui doit être réglé dans le rapport entre une norme supérieure et une norme inférieure*".



Hauriou considère que Kelsen fait trop primer l'aspect statique de l'ordre juridique par rapport au caractère dynamique ; cela conduit selon lui à une quasi immobilité du droit alors que la stabilité qui doit le caractériser signifie simplement un "*mouvement d'ensemble lent et uniforme qui laisse subsister une certaine forme générale des choses*"<sup>60</sup>.

## 2) Le fondement du système : la norme fondamentale

12. Puisque toute sa théorie repose sur l'idée que le droit est fondé uniquement par le droit, à l'exclusion de tout élément extérieur, Kelsen estime que le fondement de l'ordre juridique ne peut être qu'une norme et non un fait<sup>61</sup>. Il ne s'agit pas d'une norme posée par un organe particulier ou d'une norme coutumière, mais d'une norme présumée<sup>62</sup> (*vorausgesetzt*) par celui qui doit interpréter le système comme un ordre juridique. Cette norme énonce que l' "*on doit se conduire de la façon que la constitution prescrit*"<sup>63</sup>.

Kelsen a ajouté dans sa *Théorie générale des normes* l'idée d'autorité fictive comme auteur de la norme fondamentale, elle-même décrite comme une norme fictive<sup>64</sup>. Le théoricien du droit serait forcé d'utiliser cette fiction car les données dont il dispose ne lui permettraient pas d'achever sa pensée, sa reconstruction d'un système juridique. La distinction entre norme posée par l'autorité habilitée et norme présumée faisait déjà l'objet de critiques, mais en ajoutant l'habilitation fictive dans sa *Théorie générale des normes*, et en indiquant que la "*norme simplement pensée est la signification d'un acte de volonté fictif*"<sup>65</sup>, il jette encore un peu plus le trouble sur la démonstration. Il écrit en effet au début du même ouvrage que "*l'énoncé est la signification d'un acte de pensée, tandis qu'une norme [...] est la signification d'un acte de volonté*"<sup>66</sup>. C'est ce problème de confusion terminologique qui explique que Michel Troper préfère utiliser l'expression de "*décision épistémologique*" pour traduire la pensée de Kelsen<sup>67</sup>. Cette décision consiste à "*traiter un certain ensemble de normes, dont la constitution est la plus élevée, comme un système juridique*". Comme le souligne Michel Troper, Kelsen ne veut pas répondre à la question de la cause de la validité de la norme constitutionnelle, mais "*mettre en évidence la décision de la science du droit de définir son objet en définissant par stipulation les normes qu'elle s'attachera à décrire au moyen de propositions de droit*"<sup>68</sup>.

13. Le principe d'un postulat est qu'il ne peut être démontré. Toutefois, il serait problématique pour la défense de cette théorie qu'elle repose sur le choix de son auteur. Kelsen écarte le point de vue juridique comme moyen de justification. C'est la référence au principe d'efficacité "*en*

<sup>60</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (op.cit. note 37), p.6.

<sup>61</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...* (op.cit. note 23), 2<sup>e</sup> éd., p. 265. Voir aussi : ID., *Das Problem...* (op.cit. note 51), p.95.

<sup>62</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...* (op.cit. note 23), 2<sup>e</sup> éd., p.257 : "*En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée, elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que [pré]supposée*". Nous reprenons l'expression "présupposer", issue de la traduction de son ouvrage *La théorie générale des normes*, plutôt que "supposer" qui pourrait suggérer que plusieurs possibilités existent, alors que pour Kelsen il n'en existe qu'une.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp.265-266.

<sup>64</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale des normes* (op.cit. note 39), p.8. Cette introduction d'une autorité fictive s'explique par l'accent mis dans la *Théorie générale des normes* sur l'acte de volonté comme élément à l'origine des normes : "*Le principe fondamental : « pas de norme sans une autorité qui la pose » demeure valable, même si l'acte de volonté de l'autorité [...] est fictif. [...] Il n'y a pas de devoir-être sans un vouloir – fut-il fictif*" (*Ibid.*, p.4).

<sup>65</sup> *Ibid.*, p.316.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p.33.

<sup>67</sup> TROPER (M.), *La philosophie...* (op.cit. note 27), p.49.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p.50.



*gros et en général*" ("im grossen und ganzen") des normes du système<sup>69</sup> qui permet de considérer que le contenu de la norme fondamentale n'est pas arbitraire. La recherche de cette efficacité ne ressort pas selon lui du travail de juriste, mais de celui de sociologue ou de politologue car on se trouve alors hors du droit. Mais Kelsen considère que le résultat de l'expérience est connu car il ne peut exister sur un territoire délimité qu'un seul ordre de contrainte effectif à un même moment<sup>70</sup>.

Cette référence au principe d'efficacité en gros et en général du système ne semble pas cohérente avec sa recherche de séparation stricte entre droit et fait. Elle n'apparaît en particulier pas compatible avec sa critique de la "factualité" (Faktizität) de l'interprétation de la souveraineté comme pouvoir le plus élevé parvenu au sein d'un cercle d'individus à s'imposer avec plus de succès que d'autres pendant une certaine durée<sup>71</sup>. Norberto Bobbio souligne à cet égard ne pas voir *"pour quelle raison, si ce n'est par pure correction formelle, il est nécessaire de clore l'ordre juridique par une norme ultime, au lieu d'un pouvoir ultime, alors que ce qui permet d'identifier finalement un ordre comme ordre juridique n'est pas la validité des normes mais leur efficacité"*<sup>72</sup>. Il poursuit que *"la norme fondamentale aurait eu sa fonction propre si elle avait été en mesure d'éviter l'écueil de toute théorie positiviste du droit, celui de dériver le droit du fait"*, mais que comme la théorie de Kelsen *"réduit la validité d'un ordre juridique à son efficacité, non seulement [elle] n'évite pas cet écueil, mais [elle] l'utilise comme solide point d'arrivée"*<sup>73</sup>. Olivier Beaud considère également que la *"constitution historiquement première"* de Kelsen *"éloigne de la pureté prétendue du droit pour aborder le domaine du fait"* en soulignant qu'il comprend *"le pouvoir constituant [...] en tant qu'acte de volonté [...] comme un fait constituant tandis que sa face légitimante est transférée à la norme fondamentale pour des raisons épistémologiques"*<sup>74</sup>. Il estime comme Norberto Bobbio que le système kelsénien suppose et justifie même l'existence du pouvoir constituant originaire<sup>75</sup>.

**14.** Enfin, Kelsen considère que la modification de la norme fondamentale d'un ordre juridique ne ressort pas du droit<sup>76</sup>. Celle-ci est effectuée par la voie de la révolution, et suppose que l'ordre constitutionnel révolutionnaire établi devienne efficace en gros et en général. Dans un tel cas, les lois antérieures peuvent être maintenues, mais la base de leur validité, l'ancienne constitution, ayant disparu, c'est la nouvelle constitution qui confirme implicitement ou explicitement leur validité<sup>77</sup>.

## Conclusion

**15.** En conclusion de cette analyse, il faut, comme le souligne Norberto Bobbio<sup>78</sup>, relever

<sup>69</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...* (op.cit. note 23), 2<sup>e</sup> éd., p.287.

<sup>70</sup> *"La norme fondamentale n'est donc absolument pas le produit d'une pure et libre invention. Si l'on [pré]suppose une norme fondamentale, ce n'est pas par une décision arbitraire ; on n'a pas le choix entre diverses normes fondamentales"* (Ibid., p.265).

<sup>71</sup> KELSEN (H.), *Das Problem...* (op.cit. note 51), p.31. La souveraineté n'est pas, dans la conception kelsénienne, supérieure à l'ordre juridique. Elle qualifie un ordre dont la caractéristique est de trouver sa source directement dans la norme fondamentale. Par ailleurs, il est selon lui uniquement possible parler de souveraineté de l'Etat si l'on identifie Etat et ordre juridique et si l'on vise ainsi la souveraineté de l'ordre juridique étatique.

<sup>72</sup> BOBBIO (N.), Kelsen et le problème du pouvoir, in : ID, (op.cit. note 26), p.252.

<sup>73</sup> Ibid., p.253.

<sup>74</sup> BEAUD (O.), *État et souveraineté : Éléments pour une théorie de l'État*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Paris II, 1989, dactyl., pp.389-390.

<sup>75</sup> Ibid., p.391.

<sup>76</sup> *"La révolution [...] est toute modification de la Constitution ou [...] substitution de la Constitution qui ne sont pas [...] opérées conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur"* (Ibid., p.279).

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Norberto BOBBIO note ainsi qu'elle a *"permis de considérer l'ordre juridique comme un processus, c'est-à-dire*



l'apport de la présentation dynamique que propose Kelsen de l'ordre juridique, il donne une référence pour comprendre le fonctionnement des systèmes juridiques. Par ailleurs, la théorie kelsénienne permet de relativiser la souveraineté de l'Etat comme horizon juridique indépassable. Nous verrons également que Kelsen propose des réflexions intéressantes sur les unions fédérales<sup>79</sup>.

Néanmoins nous considérons que cette perspective n'est pas appropriée pour avoir une appréhension complète du phénomène fédéral. Nous allons donc plus loin que le commissaire du gouvernement Mathias Guyomar quand il estime simplement que "*la pyramide kelsénienne ne suffi[rait] plus pour rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques*"<sup>80</sup>. En effet, une telle affirmation suggérerait que la perspective kelsénienne pourrait être appliquée aux unions fédérales du XIX<sup>e</sup> siècle mais pas aux unions fédérales modernes et qu'il y aurait donc une différence de nature à faire entre ces deux types d'unions fédérales, conclusion à laquelle nous ne souscrivons pas. Un premier problème concernant la perspective kelsénienne qui se pose, selon nous, dans l'étude des unions fédérales est qu'il écarte la fondation de l'ordre juridique de son champ d'examen. Or, comme le relève Olivier Beaud, il est possible de considérer que la fondation d'une union fédérale a des conséquences sur son fonctionnement global<sup>81</sup>. Un second problème provient de ce que la perspective kelsénienne conduit à écarter tout facteur humain, alors que la compréhension du fédéralisme exige, selon nous, d'étudier des éléments sortant de l'étude du droit pur, comme par exemple la question de l'homogénéité des Etats membres au sein de l'union fédérale.

Enoncer que la perspective défendue par Kelsen ne permet pas une compréhension globale du phénomène fédéral n'empêche pas de reprendre certains éléments de sa réflexion et de ses critiques, dès lors qu'elles portent sur le fond de la théorie d'un autre auteur et non sur le choix d'une perspective théorique différente du normativisme.

## ***§2. La perspective théorique schmittienne adoptée***

16. La démarche de Schmitt, qui prend l'exact contre-pied de la théorie du droit kelsénienne en défendant la fusion du politique et du droit, nous semble plus appropriée à l'étude du fédéralisme.

Pour Schmitt, le politique est antérieur au juridique qu'il fonde. Il affirme ainsi dès le début de son ouvrage *La notion de politique* que "*le concept d'Etat présuppose le politique*"<sup>82</sup>. (A). Si nous suivons très largement cette perspective consistant à lier politique et droit, nous ne pouvons toutefois reprendre l'ensemble de la théorie schmittienne comme fondement théorique de notre étude. En effet, si c'est le souverain qui est à l'origine de la décision déterminant le contenu de l'unité politique, la figure du Président-dictateur posée par Schmitt comme son "incarnation" traduit le soutien politique de l'auteur à un régime présidentiel autoritaire qui ne laisse pas au peuple de pouvoir d'expression en dehors du plébiscite<sup>83</sup> (B).

---

*dans son mouvement, et plus précisément dans son double mouvement, qui est de haut en bas un mouvement qui dérive d'un pouvoir supérieur à un pouvoir inférieur, de bas en haut un mouvement inverse qui dérive d'une norme inférieure vers une norme supérieure" (Ibid., p.235).*

<sup>79</sup> Voir *infra* section II §2 A.

<sup>80</sup> Conclusions du commissaire du gouvernement Mathias Guyomar dans l'affaire Conseil national des barreaux reproduites in : *RFDA*, 2008, n°3, pp.575 et s.

<sup>81</sup> Beaud (O.), La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la fédération, in : KERVEGAN (J.-F.), MONHAUPT (H.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Francfort, Klostermann, 1997, p.235.

<sup>82</sup> SCHMITT (C.), *La notion de politique*, Trad. par STEINHAUSER (M.-L.), Flammarion, 1992, p.57.

<sup>83</sup> Nous avons, à l'instar de Sandrine BAUME (La réception critique de Carl Schmitt, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008, vol.27, n°1, p.113) ou d'Olivier BEAUD (Avant propos, in : ID., *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, notamment pp.4-7), repris dans les développements qui suivent les critiques qui pouvaient être faites à la doctrine Schmittienne dans les années 1920 et qui ont été mises de côté par la

## **A. Le politique, base du juridique**

17. Une fois la qualification juridique de la pensée schmittienne précisée (1), nous étudierons le sens de l'unité politique qui forme chez Schmitt un cadre de cohésion permettant le développement de normes (2) puis le rôle de garant de cette unité joué par l'Etat au moyen du pouvoir de faire la guerre<sup>84</sup> (3).

### ***1) Qualification juridique de la pensée schmittienne***

18. La pensée de Schmitt est plus aisée à qualifier négativement que positivement. Ainsi, Jean-François Kervegan note deux éléments constants en dépit de ses variations : son rejet du "normativisme abstrait" tel qu'il trouve son expression chez Kelsen<sup>85</sup>, et son refus de suivre la perspective jusnaturaliste<sup>86</sup>.

Pour ce qui concerne le premier aspect, Schmitt "*radicalis[e] l'autonomie de la décision en en faisant le fondement même de la normativité de la norme*", là où Kelsen réduit au maximum le rôle joué dans son système par le caractère dynamique de l'ordre juridique, par l'application des normes<sup>87</sup>.

Pour ce qui est du second aspect, au contraire des jusnaturalistes pour qui ce qui importe est un contenu particulier (la justice,...), Schmitt met l'accent sur l'importance du processus de décision, de la décision plus que sur son contenu qui peut varier<sup>88</sup>. Olivier Beaud ajoute qu' "*il rompt avec le jusnaturalisme dominant*" en ce que pour lui "*l'homme n'a de réelle valeur qu'une fois institué par l'Etat, par l'ordre objectif*"<sup>89</sup>.

19. Le classement de la pensée schmittienne est plus complexe. Ainsi, sa position par rapport au positivisme est ambiguë car il propose en quelque sorte ce qu'il considère être le vrai positivisme, débarrassé du normativisme<sup>90</sup>. Pour lui, une norme est une règle de droit soit parce qu'elle correspond à un idéal de justice, et cela renvoie au droit naturel, soit parce qu'elle est issue d'une manifestation de volonté, et le vrai positivisme signifierait donc le décisionnisme<sup>91</sup>. Le positivisme est "*tacitement décisionniste*" car il "*reconnait pour seule source statutaire du droit la décision souveraine du législateur*", mais en suivant la logique normativiste, cette décision retombe "*une fois acquise la forme légale*" dans le fait juridique, la norme devient "*autosuffisante*"<sup>92</sup>. Schmitt critique ce renvoi de la décision en dehors de l'étude juridique alors que c'est cet élément qui est essentiel. Pour lui, "*l'ordre juridique repose, comme tout ordre, sur*

---

focalisation sur sa défense du nazisme dans plusieurs écrits de 1933 à 1936.

<sup>84</sup> Nous verrons que Schmitt considère ce pouvoir de faire la guerre comme critère d'une union fédérale.

<sup>85</sup> KERVEGAN (J.-F.), La critique Schmittienne du normativisme kelsénien, in : HERRERA (C.-M.) (dir.), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, p.231. Voir aussi : KERVEGAN (J.-F.), *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*. P.U.F., 1992, p.46.

<sup>86</sup> KERVEGAN (J.-F.), La critique...(op.cit. note 85), p.232.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> BEAUD (O.), Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé, in : SCHMITT (C.), *Théorie...*(op.cit. note 41), p.37. SCHMITT écrit ainsi par exemple que "*l'Etat n'est pas une construction que les hommes ont fait, au contraire, il fait de chaque homme une construction*" (*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Mohr, 1914 (rééd.2004), p.93).

<sup>90</sup> KERVEGAN (J.-F.), La critique...(op.cit. note 85), p.23 : L'auteur écrit que "*le positivisme est, selon Schmitt, une combinaison impure de décisionnisme et de normativisme*" et que la perspective qu'il prend doit être qualifiée de "*positive*".

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.38.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p.30.



une décision, et non sur une norme"<sup>93</sup>.

Comme nous le verrons concernant la distinction ami-ennemi qui permet de caractériser l'unité politique, le politique n'a pas de rapport avec la réalité sociologique, il est un problème de pouvoir et ne dépend pas de la présence de certaines valeurs. Cet aspect conduit Anton Greber à rapprocher Schmitt des positivistes<sup>94</sup>, il le qualifie de "*positiviste politique*" car derrière l'ordre de domination il n'y a pas de lien de légitimation<sup>95</sup>. Jean-François Kervegan et Olivier Beaud le qualifient quant à eux de réaliste<sup>96</sup>, qualification qui sera retenue ici.

Quant à l'accusation souvent faite à Schmitt de proposer une "*notion davantage sociologique que juridique*" de la Constitution, nous rétorquerons, à l'instar d'Olivier Beaud, que si "*la Théorie de la Constitution peut [...] être interprétée tantôt comme un ouvrage de philosophie politique (ou de science politique), tantôt comme un ouvrage de droit constitutionnel*", c'est uniquement parce que Schmitt ne sépare pas politique et juridique dans sa théorie<sup>97</sup>.

20. Enfin, en reprenant la distinction "typico-idéale" de la fonction de juriste proposée par Norberto Bobbio entre celui qui ne fait que décrire le droit et celui qui participe à la création du droit<sup>98</sup>, Schmitt s'inscrit dans la seconde, là où Kelsen se rattache à la première. En effet alors que Kelsen sépare la science du droit, qui ne fait que décrire, du droit, qui prescrit, Schmitt défend ce qu'il considère être une "*bonne constitution*" et part de la perspective que le commentateur peut "*contribuer à la production de ce droit*"<sup>99</sup>.

## 2) L'unité politique, cadre de cohésion

21. Schmitt donne une définition matérielle de la constitution comme expression de l'unité politique (a) et précise que le critère de cette unité est la distinction entre ami et ennemi, critère qui permet selon lui d'assurer l'homogénéité nécessaire au sein de la population (b)<sup>100</sup>.

### a) Le contenu de l'unité politique : la constitution au sens strict

22. Pour Schmitt, "*la constitution au sens positif ne contient que la détermination consciente de la configuration globale spécifique que choisit l'unité politique*"<sup>101</sup>. Il souligne que les premières constitutions modernes étaient conçues pour durer et disposaient d'un découpage

<sup>93</sup> SCHMITT (C.), *Théologie politique*, p.20

<sup>94</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), pp.115-116.

<sup>95</sup> Dans la doctrine schmittienne, l'ordre est élevé à la qualité de but en soi, la justice est absente de la définition de la domination (*Ibid.*, pp.153-154).

<sup>96</sup> KERVEGAN (J.-F.), *Hegel...*(*op.cit.* note 85), p.24. Voir aussi en ce sens : BEAUD (O.), Préface (*op.cit.* note 89), p.84. Michel TROPER donne la définition suivante du réalisme juridique : Le réalisme juridique "*se définit comme [...] une approche, consistant à vouloir décrire le droit tel qu'il est « réellement ». Tel qu'il est et non tel qu'il devrait être selon telle ou telle philosophie morale ou politique. En ce sens, le réalisme se rattache au positivisme juridique [...]. [I]l se distingue des autres courants du positivisme en ce qu'il prétend concevoir le droit comme un objet empirique et non comme un ensemble d'entités idéales dotées d'une valeur obligatoire. Cet objet empirique est formé de manifestations de volonté telles qu'elles apparaissent notamment dans les décisions judiciaires*" (Le réalisme et le juge constitutionnel, *Cahier du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n°22, p.125).

<sup>97</sup> *Ibid.*, respectivement p.25 et p.7.

<sup>98</sup> BOBBIO (N.), *Droit et science sociale. La place du droit dans les sociétés industrielles avancées, Vers une théorie fonctionnaliste du droit*, in : ID., *De la structure à la fonction*, trad. et préface de SOLDINI (D.), Dalloz, 2012, pp.74-78.

<sup>99</sup> BEAUD (O.), Préface (*op.cit.* note 89), p.89.

<sup>100</sup> Ces deux éléments nous intéresseront plus en détail dans la perspective de l'union fédérale dans c f. *infra* : partie I chap.I sect.I §1 A et chap.II sect.II §1 A.

<sup>101</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.152.



systémique constituant une unité logique qui permettait de les qualifier de "*codifications closes*"<sup>102</sup> du contenu de l'unité politique. Mais l'idée de perfection du système appliqué à une société intemporelle disparaissant au profit du souci d'une adaptation à une société évoluant, il n'est plus possible de voir dans le texte constitutionnel l'essence même du système mis en place. Pour tenir compte de cette nouvelle configuration, Schmitt distingue au sein du texte constitutionnel entre la constitution au sens strict (*Verfassung*), qui correspond aux éléments essentiels de l'Etat, et les lois constitutionnelles (*Verfassungsgesetze*), qui contiennent un ensemble de dispositions contingentes qui n'ont pas forcément de rapport avec l'organisation de l'Etat. Schmitt critique cette évolution qui conduit selon lui à inverser cause et conséquence ; alors que c'est le contenu spécifique de la constitution qui devrait justifier une procédure plus lourde que le processus législatif ordinaire, c'est la procédure renforcée de révision d'un texte qui détermine sa nature constitutionnelle. On ne déduit plus de son contenu spécial la nécessité pour la constitution d'être soumise à une procédure plus solennelle que la procédure législative ordinaire, on déduit de la procédure renforcée de révision imposée pour la révision d'un texte sa nature constitutionnelle<sup>103</sup>. Ainsi, une loi est élevée au rang de loi constitutionnelle parce que l'on veut la protéger des aléas des majorités et non parce qu'elle concerne une matière d'essence constitutionnelle<sup>104</sup>.

Comme le souligne Olivier Beaud, la constitution est, dans ce cadre, "*d'avantage une description de ce qui existe déjà qu'une prescription de ce qui doit exister*", elle "*est le reflet [...] des sentiments réels des citoyens et non pas le commandement de ce que devraient être leurs désirs*". Par ailleurs les symboles, préambules qui n'ont qu'une faible valeur normative selon les positivistes recouvrent ici toute leur place au sein du droit constitutionnel en tant que "*producteurs d'une identité politique nationale*"<sup>105</sup>.

De l'opposition entre constitution au sens strict et loi constitutionnelle, Schmitt déduit la différenciation entre pouvoir constituant et pouvoir de révision constitué<sup>106</sup>, sachant que "*tout véritable conflit constitutionnel qui porte sur les fondements mêmes de la décision politique globale ne peut être tranché que par la volonté du pouvoir constituant lui-même*"<sup>107</sup>. La limitation du pouvoir de révision quand elle est précisée dans le texte constitutionnel indique indirectement le contenu de cette décision politique fondamentale.

## **b) La distinction ami/ ennemi, condition de l'unité politique**

**23.** La distinction entre ami et ennemi permet de caractériser l'unité politique qui rassemble la population d'un Etat et la différence d'un autre Etat. Ce critère de distinction ne trouve pas son fondement dans une norme mais dans la simple constatation d'une réalité plus ou moins visible<sup>108</sup>. L'ennemi ne doit pas dans ce cadre être mauvais en soi, il ne s'agit pas d'un critère qualitatif. "*Il se trouve simplement qu'il est l'autre, l'étranger [...] tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial*". C'est un critère quantitatif, la distinction sert à "*exprimer le degré extrême d'union ou de désunion*"<sup>109</sup>. Autrement dit, l'opposition religieuse, morale, ou économique ne peut en soi constituer une distinction ami/ ennemi, ce n'est qu'à partir du moment où le conflit atteint une intensité telle que l'Etat ne peut le résoudre par les moyens qui sont les siens, qu'il y a risque de guerre civile, que la distinction naît. L'ennemi visé n'est en effet pas l'ennemi d'un individu (*inimicus*), mais

<sup>102</sup> *Ibid.*, p.139.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p.148.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p.148

<sup>105</sup> BEAUD (O.), Préface (*op.cit.* note 89), pp.81-82.

<sup>106</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (*op.cit.* note 41), p.241.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p.213.

<sup>108</sup> SCHMITT (C.), *La notion...* (*op.cit.* note 82), p.67.

<sup>109</sup> SCHMITT (C.), *La dictature*, trad. de KÖLLER (M.) et SEGLARD (D.), éd. Seuil, 2000, pp.64-65.



l'ennemi d'un peuple (hostes). La définition du politique par le critère ami/ ennemi est négative, elle "*ne désigne rien d'autre que la puissance conflictuelle que comporterait, par essence, tout comportement humain*", tout domaine d'action humaine est potentiellement source de conflit<sup>110</sup>.

Le problème de la théorie Schmittienne provient de l'idéologie sous-jacente qui conduit à conférer à cette opposition une lecture autoritaire. En effet, la protection de l'homogénéité et donc de la paix sociale, conduit à devoir se débarrasser des éléments hétérogènes. Or, comme il exige non seulement une homogénéité des valeurs, mais encore de la population, cela "*oblige à développer des politiques répressives, comme l'assimilation forcée d'éléments étrangers*", "*des mesures préventives pour contrôler l'immigration*" et d' "*expulsion de la population hétérogène*"<sup>111</sup>. Paradoxalement, Schmitt reproche aux libéraux de mettre en place un régime totalitaire faisant de l'Etat l'ennemi. En effet, alors qu'il considère que la différenciation ami/ennemi ne peut être définie qu'au sein d'un groupe, le libéralisme se focalise sur l'individu et sur la défense de ses droits face à un Etat dont il veut limiter le pouvoir. Cela le conduit à affirmer qu' "*il n'y a pas de politique libérale absolument parlant*" mais uniquement "*une critique libérale de la politique*"<sup>112</sup>. L'antilibéralisme de Schmitt trouve ici une illustration avec cette présentation du statut politique comme un état achevé. Comme le souligne Hermann Heller, l'opposition ami/ennemi schmittienne est "*une opposition [...] purement vitale, à un être déterminé d'un autre type*", alors que le statut politique "*n'est pas une réalité statique, mais [...] quelque chose qu'il faut tous les jours organiser à nouveau*"<sup>113</sup>.

Le vocabulaire employé par Schmitt autour de son opposition ami/ ennemi et de sa présentation du politique relève du registre guerrier<sup>114</sup>. Il écrit par exemple qu' "*est politique tout regroupement qui se fait dans la perspective de l'épreuve de force*"<sup>115</sup>. La guerre est en effet le moyen dont dispose l'Etat pour garantir l'existence de l'unité politique.

### 3) La garantie de l'unité politique

#### a) Le rôle de l'Etat de garant de l'unité politique

24. Le but de l'instance Etat est de maintenir l'unité politique, de résoudre les conflits internes à la société par la pacification des relations et de créer ainsi "*la situation normale, qui est la condition nécessaire pour que les normes du droit soient reconnues, étant donné que toute norme présuppose une situation normale*"<sup>116</sup>. Olivier Beaud parle à cet égard de "*norme suprême*" du "*droit de légitime défense de l'Etat*" et souligne que "*le paradoxe de l'œuvre de Schmitt*" est de proposer "*une théorie de la souveraineté à usage interne [...] mieux adaptée à l'état du droit international qu'à celui du droit interne*" alors que souvent les "*juristes ont tendance à construire les concepts du droit international public à partir des notions de droit interne*"<sup>117</sup>.

Schmitt qualifie *a contrario* les libéraux pour avoir "*posé comme une évidence que l'unité*

<sup>110</sup> KERVEGAN (J.-F.), *Hegel...*(*op.cit.* note 85), p.73.

<sup>111</sup> Souligné par : HABERMAS (J.), L'État-nation a-t-il un avenir ?, in : ID., *L'intégration républicaine : essais de théorie politique*, trad. par ROCHLITZ (R.), Fayard, 1998, pp.135-136.

<sup>112</sup> SCHMITT (C.), *La notion...*(*op.cit.* note 82), pp.116-117.

<sup>113</sup> HELLER (H.), Démocratie politique et homogénéité sociale (1928), *Cités*, 2001/2, n°6, p.202 (cité par BAUME (S.), *La réception...*(*op.cit.* note 83), p.119). Hermann HELLER était un auteur défendant la même position que Schmitt par rapport au lien entre politique et juridique, tout en écartant tout antilibéralisme.

<sup>114</sup> BAUME (S.), *Ibid.*, p.118 : renvoi à HELLER (H.), *Ibid.*, pp.199-211. Voir aussi en ce sens : TUCHSCHERER (E.), Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre, *Mots. Les langages du politique*, 2003, n°73, p.32.

<sup>115</sup> SCHMITT (C.), *La notion...*(*op.cit.* note 82), p.78.

<sup>116</sup> SCHMITT (C.), *La dictature* (*op.cit.* note 109), p.85.

<sup>117</sup> BEAUD (O.), *État...*(*op.cit.* note 74), p.439.



*solidaire de l'Etat était [...] définitivement assurée*", et jugé qu' "il n'existait pas de groupements sociaux pouvant sérieusement menacer l'homogénéité de l'Etat"<sup>118</sup>. Ce passage traduit le fait que Schmitt ne rejette pas tant la démocratie en tant que telle que le libéralisme<sup>119</sup>. Il critique en effet le processus continu de confrontation d'idées et l'absence de réponse définitive qu'implique le libéralisme car il considère qu'une homogénéité substantielle est condition du politique<sup>120</sup>. Schmitt estimant que la démocratie suppose une unité, une identité complète entre les citoyens formant le peuple, il voit une contradiction insoluble entre la démocratie et le libéralisme qui impose le maintien de différences<sup>121</sup>. Comme le résume Olivier Beaud, pour Schmitt "l'Etat est là pour maîtriser une société civile coupable du péché majeur de «pluralisme», et ainsi d'être écartelée entre des intérêts radicalement opposés, pour lesquels chaque partie n'entend pas composer"<sup>122</sup>.

Cette prise de position le conduit à considérer que si l'Etat perd le monopole de la résolution des conflits internes à la société, il disparaît, emportant avec lui le politique<sup>123</sup>. Mais, tout comme quand il affirme que l'Etat ne peut être anéanti, il utilise Etat comme synonyme d'unité politique ; ce qu'il veut signifier est que le politique est indépassable<sup>124</sup>. Il faut, pour comprendre son raisonnement, introduire une distinction, implicite dans les ouvrages de Schmitt, entre substance et instance, l'Etat étant l'instance, et le politique la substance<sup>125</sup>. Cette distinction seule permet d'expliquer qu'il écrive, dans sa préface du *Concept du politique* de 1963, que "l'ère de l'Etat est à son déclin" sans pour autant annoncer la fin du politique<sup>126</sup>.

## b) La guerre, moyen de garantir l'unité politique

**25.** Le droit de faire la guerre est pour Schmitt "la marque suprême de la souveraineté"<sup>127</sup>, en tant qu'il est le moyen ultime permettant de garantir l'unité politique. Comme l'explique Jean-François Kervegan, "pour Schmitt, [...] la guerre est [...], comme situation-limite, l'horizon de sens à partir duquel se détermine l'essence normale de la politique"<sup>128</sup>. Schmitt affirme ainsi qu'un "monde d'où l'éventualité de cette lutte aurait été entièrement écartée et bannie, une planète définitivement pacifiée serait un monde sans discrimination de l'ami et de l'ennemi, et par conséquent un monde sans politique"<sup>129</sup>. Il critique l'encadrement du pouvoir de faire la guerre par les organisations internationales comme méconnaissant le droit existentiel d'un Etat à se protéger et conduisant à une diabolisation de l'ennemi<sup>130</sup>. Il estime ensuite que les

<sup>118</sup> SCHMITT (C.), *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München, Duncker & Humblot, 1921, p 203 (cité par BEAUD (O.), *Ibid.*, pp.467).

<sup>119</sup> MOUFFE (C.), *Penser la démocratie moderne avec, et contre, Carl Schmitt*, *Revue française de science politique*, 1992, n°1, pp.84-86.

<sup>120</sup> SCHMITT (C.), *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Le Seuil, 1988, p.45.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p.116. Voir sur ce point : MOUFFE (C.), *Penser la démocratie moderne...*, p.88.

<sup>122</sup> BEAUD (O.), *État...*(*op.cit.* note 74), p.467.

<sup>123</sup> BAUME (S.), *La réception...*(*op.cit.* note 83), p.117.

<sup>124</sup> KERVEGAN (J.-F.), *Hegel...*(*op.cit.* note 85), p.79.

<sup>125</sup> FREUND (J.), Préface, in : SCHMITT (C.), *La dictature* (*op.cit.* note 109), pp.19-20.

<sup>126</sup> SCHMITT (C.), Préface de 1963, in : ID., *La notion...*(*op.cit.* note 82), p.44. Schmitt y relativise la place de l'Etat comme cadre absolu du politique en indiquant que "l'époque a réellement existé où l'identification des concepts étatique et politique était justifiée" en tant que "l'Etat européen classique avait réussi cette chose tout à fait invraisemblable qui fut d'instaurer la paix à l'intérieur", mais que depuis "l'Etat, modèle de l'unité politique, [...] est détrôné" (*Ibid.*, pp.42-43).

<sup>127</sup> BEAUD (O.), Préface, in : SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.112.

<sup>128</sup> KERVEGAN (J.-F.), *Hegel...*(*op.cit.* note 85), p.75.

<sup>129</sup> SCHMITT (C.), *La notion...*(*op.cit.* note 82), p.73.

<sup>130</sup> SCHMITT (C.), Préface de 1963, in : ID., *La notion...*(*op.cit.* note 82), p.45. Pour l'auteur, "on assistera [...] à un détournement du sens classique de la guerre, du fait que les ennemis qui se combattront ne seront plus considérés comme menant également une guerre juste, [...] l'on fera passer pour criminel l'un des deux camps



pacifistes sont dangereux car ils masquaient la réalité de l'équilibre des puissances au niveau international, un Etat puissant pouvant toujours justifier son action alors qu'un Etat plus faible au plan international ne le peut jamais<sup>131</sup> ; or, nier cette réalité pourrait selon lui provoquer la pire des guerres, celle de l'humanité toute entière<sup>132</sup>.

Schmitt critique ensuite sur le plan interne la réduction du politique à un simple instrument au service de la société, alors qu'il est la condition même de son existence par la pacification des relations qu'il permet<sup>133</sup>. Il voit dans la démocratisation et la parlementarisation la mise en place d'un Etat total<sup>134</sup>, c'est-à-dire un Etat qui dépasse la seule préoccupation du politique pour s'occuper de tous les domaines de la société, de laquelle il n'est en conséquence plus séparé<sup>135</sup>. Pour lui, le pluralisme impliqué par une démocratie parlementaire "*est totalitaire, d'abord parce qu'il annule toutes les délimitations du politique, ensuite parce qu'il transfère le monopole de la politique de l'Etat aux partis*"<sup>136</sup>.

## **B. Le contenu de l'unité politique : objet de la décision du souverain**

**26.** Il faut pour Schmitt que l'autorité souveraine soit en mesure de trancher le regroupement décisif, de réaffirmer ou délimiter une unité politique car "*dans la situation extrême où il y a un conflit aigu*", elle est "*seu[le] à pouvoir décider si l'altérité de l'étranger représente [...] la négation de sa propre forme d'existence*"<sup>137</sup>.

Le pouvoir de l'autorité souveraine de déterminer le contenu de l'unité politique, le pouvoir constituant, est en effet la traduction ultime du décisionnisme qui irrigue la théorie schmittienne (1). Cette théorie ne peut toutefois être comprise qu'en précisant qu'elle est aussi marquée par l'institutionnalisme<sup>138</sup>. C'est cette influence qui permet d'expliquer que le président-dictateur puisse être présenté comme un "représentant" du peuple quand il exerce les fonctions de "gardien de la constitution" ou de "dictateur-souverain" (2).

---

*au nom de l'exclusivisme moral dont se seront emparées les organisations internationales*" (FREUND (J.), Préface, in : SCHMITT (C.), *La dictature* (op.cit. note 109), p.29.). Voir sur ce point : RAMEL (F.), Carl Schmitt face à Hans Kelsen : la joute se poursuit à l'échelle internationale, *Études internationales*, vol. 40, n° 1, 2009, p.21.

<sup>131</sup> Sur ces points cf. : BEAUD (O.), Préface (op.cit. note 89), pp.109-111 et plus largement voir le développement intitulé "Le nationalisme en acte ou les écrits sur le droit international".

<sup>132</sup> SCHMITT (C.), *La notion...* (op.cit. note 82), pp.74-75 : "*Des guerres de ce type se distinguent fatalement par leur violence et leur inhumanité pour la raison que, transcendant le politique, il est nécessaire qu'elles discréditent aussi l'ennemi [...] pour en faire un monstre inhumain, qu'il ne suffit pas de repousser mais qui doit être anéanti définitivement au lieu d'être simplement cet ennemi qu'il faut remettre à sa place, reconduire à l'intérieur de ses frontières*".

<sup>133</sup> *Ibid.*, p.104.

<sup>134</sup> LEPSIUS (O.), *Der Huter...* (op.cit. note 22), p.111.

<sup>135</sup> SCHMITT (C.), *La notion...* (op.cit. note 82), p.61. Sur le concept d'Etat total cf. KERVEGAN (J.-F.), *Hegel...* (op.cit. note 85), pp.80 et s.

<sup>136</sup> KERVEGAN (J.-F.), *Ibid.*, p.87.

<sup>137</sup> SCHMITT (C.), *La notion...* (op.cit. note 82), p.65.

<sup>138</sup> A cet égard, Olivier BEAUD considère que sa pensée est marquée dès 1914 par le décisionnisme et l'institutionnalisme (Préface (op.cit. note 89), p.37). Au contraire, Jean-François KERVEGAN considère que c'est uniquement à partir de 1934 que Schmitt écarte largement son approche décisionniste antérieure au profit d'une théorie de "type institutionnel" ou "pensée concrète de l'ordre", avec son ouvrage *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, 67 p.) (KERVEGAN (J.-F.), *La critique...* (op.cit. note 85), p.231 ; ID., *Hegel...* (op.cit. note 85), p.40).

## 1) Le rôle fondateur du pouvoir constituant, expression du décisionnisme Schmittien

### a) Le décisionnisme Schmittien

27. La première expression du décisionnisme schmittien se trouve dans l'interprétation des jugements. Selon Schmitt, le juge ne fait pas que subsumer sa décision à partir d'une norme générale, il n'est pas uniquement la bouche de la loi qui exprimerait la volonté du législateur<sup>139</sup>. Au contraire de Kelsen, qui estime que le système de norme est complet et qui ne laisse une marge d'appréciation au juge que parce que le sens de la norme n'est jamais parfaitement clair, Schmitt estime que le sens de la norme est clair mais que son contenu est incomplet et ne permet pas au juge de rendre une décision univoque<sup>140</sup>. La "décision" constitue selon Schmitt cette part d'arbitraire du juge qui ne peut pas tout déduire à partir de la norme de référence<sup>141</sup>, c'est le "moment d'indifférence au contenu"<sup>142</sup>.

Le décisionnisme schmittien trouve une expression en droit constitutionnel dans la décision d'exception à l'ordre juridique<sup>143</sup> qui met clairement en évidence que les normes sont posées par une décision<sup>144</sup> et que la décision l'emporte sur la norme. La décision "crée la situation normale que présuppose toute validité normative" et l'exception souligne que "toute norme présuppose une situation normale"<sup>145</sup> car "il n'existe pas de norme qu'on puisse appliquer à un chaos"<sup>146</sup>. Ce qui est visé par l'expression de conditions normales est l'absence de tentative de remise en cause de l'ensemble du système par les ennemis du peuple formant l'unité politique. Dans le cas d'exception, "la décision se délivre de tout lien normatif et devient absolue au sens propre du terme"<sup>147</sup>. Si une situation exceptionnelle survient, "l'Etat suspend le droit en vertu d'un droit d'autoconservation", confirmant sa "supériorité incontestable sur la validité de la norme juridique"<sup>148</sup>, sachant que c'est le souverain qui décide quand une telle situation existe.

### b) Le pouvoir constituant, "décideur" du contenu de l'unité politique

28. "Le pouvoir constituant est un et indivisible"<sup>149</sup>, ce qui implique qu'il n'existe qu'un seul sujet du pouvoir constituant et que ce sujet ne peut être considéré que comme un ensemble. Lorsque le peuple en est le détenteur, il ne peut pas se présenter dans sa pluralité, il doit avoir la configuration d'une nation<sup>150</sup>. En effet, "sa faiblesse tient à ce qu'il] doit décider des questions

<sup>139</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, pp.27-28.

<sup>140</sup> Pour lui, "le contenu d'un texte peut être objectivement interprété", "l'indétermination résulte de ce que, par la décision, l'autorité d'application ajoute nécessairement quelque chose à la norme" car il est "obligé de trancher un problème qui ne peut pas être prévu dans la norme" (BEAUD (O.), *État... (op.cit. note 74)*, p.446).

<sup>141</sup> *Ibid.*, p.441.

<sup>142</sup> SCHMITT (C.), *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Beck, 1969, p.49 cité par BEAUD (O.), Préface (*op.cit. note 89*), p.28.

<sup>143</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.43.

<sup>144</sup> KERVEGAN (J.-F.), La critique... (*op.cit. note 85*), pp.239-240.

<sup>145</sup> SCHMITT (C.), *Über...* (*op.cit. note 135*), respectivement p.28-29 et p.22 (cité et traduit par KERVEGAN (J.-F.), La critique... (*op.cit. note 85*), p.240).

<sup>146</sup> SCHMITT (C.), *Théologie politique*, trad. par SCHLEGEL (J.-L.), Paris, Gallimard, 1988, p. 23 (traduction légèrement modifiée par endroits par Olivier BEAUD qui la cite (*État... (op.cit. note 74)*, p.462).

<sup>147</sup> SCHMITT (C.), *Théologie politique*, pp. 22-23.

<sup>148</sup> *Ibid.* Olivier BEAUD le résume par une image, "le cas d'exception opère une décantation chimique de l'acte", "elle dissout le contenu normatif, et révèle la décision à l'état pur" (*État... (op.cit. note 74)*, p. 447). Il précise en outre que "quand il dissocie l'Etat du droit, il assimile le droit à la « norme »" (*Ibid.*, p.447) c'est "le droit normatif [qui] est structurellement impuissant à saisir le cas d'exception" (*Ibid.*, p.451).

<sup>149</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (*op.cit. note 41*), p.213.

<sup>150</sup> SCHMITT indique que la "nation [...] désigne le peuple en tant qu'unité capable d'action politique, avec la conscience de sa spécificité politique et la volonté d'exister politiquement, tandis que le peuple qui n'existe



*fondamentales de sa forme et de son organisation politiques sans être lui-même formé ou organisé*", ce qui conduit à ce "*que les manifestations de sa volonté peuvent être aisément méconnues, prises à contresens ou falsifiées*"<sup>151</sup>. Il reconnaît ainsi que le peuple est notamment influencé par des partis ou d'autres types de groupes, mais pour autant il estime que l'homogénéité qui caractérise l'unité politique dans le cas d'une démocratie lui permet de prévenir les dangers de manipulation et de conclure que telle personne, groupe ou Etat est un ennemi portant atteinte à l'unité politique fondamentale qu'il a fondé.

S'il relève qu' "*aucune loi constitutionnelle et même aucune constitution ne peuvent conférer au pouvoir constituant et prescrire les formes de son exercice*"<sup>152</sup>, son autoritarisme s'exprime ici dans sa préférence pour la forme désorganisée de l'expression du peuple<sup>153</sup> par rapport au vote à bulletin secret. Il considère en effet qu'elle permet une prise de conscience de l'intérêt national alors que cette dernière ne fait qu'exprimer l'intérêt individuel du votant, et il estime en outre qu'elle traduit le fait que l'exercice du pouvoir constituant n'est qu'une action, qu'elle ne suit aucune procédure réglementée<sup>154</sup>.

Le pouvoir constituant ne s'épuise pas une fois exercé, son titulaire conserve le choix de l'exercer s'il désire redéfinir les contours de l'unité politique qu'il forme<sup>155</sup>. Ainsi si en période de calme politique l'expression du pouvoir constituant est rare, l'approbation du système en place étant tacite, en temps de crise la confrontation à des problèmes peut beaucoup plus souvent amener à une modification du contenu de l'unité politique<sup>156</sup>.

Enfin, le titulaire du pouvoir constituant peut être modifié par une révolution ou un coup d'Etat<sup>157</sup>. Schmitt reprend à son compte l'affirmation du Reichsgericht, juridiction suprême en matière civile et pénale de 1879 à 1945, dans le cadre d'une décision de 1921 concernant la révolution de 1918<sup>158</sup>. De la continuité de l'Etat, "*il résulte [...] que les lois et décrets antérieurs sont toujours valides [...] pourvu qu'ils ne contredisent pas le nouvel ordre juridique*"<sup>159</sup>. La logique est la même que dans le système kelsenien mais au lieu que le fondement de l'ensemble soit celui d'une nouvelle norme fondamentale, c'est ici le nouveau pouvoir constituant.

**29.** Une hiérarchie des normes est donc posée par Schmitt avec à son sommet le pouvoir constituant qui détermine le contenu de l'essence constitutionnelle que doivent respecter les lois constitutionnelles qui fondent elles-mêmes la base des lois ordinaires,...<sup>160</sup>.

---

*pas comme nation ne représente qu'un groupement humain dont la cohésion peut être ethnique, culturelle, mais pas nécessairement politique*" (*Ibid.*, p.215).

<sup>151</sup> *Ibid.*, p.219.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p.220.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p.219 : "*la forme naturelle de la manifestation directe de la volonté d'un peuple est le cri d'approbation ou de refus de la foule assemblée, l'acclamation*".

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> "*le pouvoir constituant [...] ne peut être transmis, aliéné, absorbé ou consommé. Il continue toujours à exister virtuellement, coexiste et reste supérieur à toute constitution qui procède de lui et à toute disposition des lois constitutionnelles valides au sein de cette constitution*" : *Ibid.*, p.230.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p.219-220.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p.232.

<sup>158</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), 100, p.25 (cité par SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.227) : "*on ne peut pas ne pas reconnaître en droit public le nouveau gouvernement [...] créé par la révolution*", "*l'illégalité de sa fondation ne s'y oppose pas, parce que la légalité de fondation n'est pas une caractéristique essentielle du gouvernement*".

<sup>159</sup> SCHMITT (C.), *Ibid.*, p.231.

<sup>160</sup> Pour lui "*une constitution est valide parce qu'elle émane d'un pouvoir constituant*" (*Ibid.*, p.137) et elle contient "*les décisions politiques concrètes qui [...] forment le présupposé fondamental de toutes les normations ultérieures*" (*Ibid.*, p.155). En particulier, "*les lois constitutionnelles n'ont de validité que sur le fondement de la constitution et présupposent une constitution*" (*Ibid.*, p.153).

## 2) Le président-dictateur : "représentant" du peuple

30. L'unité politique implique une représentation qui trouve une traduction dans la personne du Président auquel Schmitt attribue deux pouvoirs de dictature. La dictature commissionnée tout d'abord qui, reprenant le modèle existant sous la République romaine antique, semble préserver la hiérarchie des normes posée (a). Schmitt s'attachant toutefois à écarter tout cadre qui pourrait assurer que le Président se limite à rétablir l'ordre constitutionnel, il porte toutefois un premier coup à cette hiérarchie. Son concept de dictature souveraine lui donne ensuite un second coup, quasiment fatal<sup>161</sup>, seul le recours à la théorie de l'institution permettant de sauver les apparences par l'affirmation du statut de "représentant" du peuple du Président (b).

### a) Le dictateur commissaire, gardien de la Constitution

31. Tout comme un individu réagit pour sauver sa vie, le dictateur agit pour sauvegarder l'existence de l'unité politique au nom de cette dernière face aux ennemis qui menacent d'y porter atteinte<sup>162</sup>. A cette fin, il dispose des pouvoirs de suspension et de dérogation aux lois constitutionnelles qui seraient une entrave à sa poursuite<sup>163</sup>. Le pouvoir de protection de la constitution justifie un interprète légitime et neutre. Schmitt dénie la légitimité des juges d'un tribunal constitutionnel à protéger la constitution car ils ne sont pas élus et ne bénéficient ainsi pas d'une légitimité démocratique, puis il tente de justifier sa préférence pour le Président de la République dictateur<sup>164</sup>. Son raisonnement dans les versions de son article intitulé "Der Hüter der Verfassung" (Le gardien de la Constitution) repose sur la neutralité du Président<sup>165</sup>. Or comme le souligne Armel le Divellec, il n'y a pas de garantie de l'absence d'influence partisane<sup>166</sup>, et Schmitt lui-même affirme dans sa *Théorie de la Constitution* qu'à la différence d'un Roi, un Président "s'il est réellement élu par l'ensemble du peuple, doit être un politicien [...] et pas un tiers neutre, parce qu'un peuple entier est nécessairement une puissance politique"<sup>167</sup>.

32. Ce pouvoir n'est pas illimité, l'exercice de ces pouvoirs ne conduit en effet pas à la production de normes. Schmitt souligne ainsi que "ces mesures, si l'on ne veut pas que l'habilitation illimitée signifie la dissolution de l'ensemble de la situation juridique existante et le transfert de la souveraineté au président du Reich, ne sont que des mesures de type factuel et que, comme telles, elles ne peuvent jamais se transformer en actes législatifs"<sup>168</sup>. Schmitt conserve donc dans ce passage le pouvoir constituant au sommet de sa hiérarchie.

Mais dans la suite de ses développements, il affirme qu'il n'y a pas de possibilité de vérifier la légitimité du recours à ces pouvoirs, ni les décisions prises par le dictateur sur leur base<sup>169</sup>. La seule indication impérative comprise dans la constitution et qui permet en même

<sup>161</sup> BEAUD (O.), *État...*(*op.cit.* note 74), p.439.

<sup>162</sup> SCHMITT (C.), *La dictature* (*op.cit.* note 109), p.141.

<sup>163</sup> *Ibid.*, pp.141-142.

<sup>164</sup> LE DIVELLEC (A.), Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse, in : BEAUD (O.), PASQUINO (P.), *La controverse...*(*op.cit.* note 22), pp.33-80.

<sup>165</sup> Neutralité qui serait notamment garantie par "son statut (durée du mandat, destitution difficile, indépendance organique à l'égard des majorités changeantes)", ses compétences ainsi que le serment qu'il prête de protéger la Constitution (*Ibid.*, p.52).

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.55 et p.58.

<sup>167</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.498.

<sup>168</sup> SCHMITT (C.), *La dictature* (*op.cit.* note 109), p. 201. Voir aussi pour une autre affirmation de la nature factuelle de ces mesures : SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.245.

<sup>169</sup> "On ne peut ni indiquer avec clarté de la subsomption, quand on se trouve dans un cas de nécessité, ni énumérer matériellement ce qui peut se passer dans une telle hypothèse, s'il s'agit véritablement du cas



temps la justification du caractère commissionné de la dictature concerne le détenteur de ces pouvoirs. Il écarte les encadrements qui peuvent être posés en se fondant sur la supériorité des faits sur le droit afin d'aboutir là où il désire, à savoir un pouvoir présidentiel fort. Il relève certes qu'un contrôle *a posteriori* existe dans le cas de la constitution de Weimar au profit du Reichstag<sup>170</sup>, mais il écarte son effectivité en soulignant que le Président peut agir plus vite que le Reichstag<sup>171</sup>. L'absence de possibilité de contrôle juridique de la réunion des conditions pour user des pouvoirs de dictature<sup>172</sup>, entraîne une totale liberté d'interprétation par le dictateur, qui est alors, selon l'expression même de Schmitt, "*interprète souverain*". Il affirme en effet qu' "*est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle*"<sup>173</sup>. Il y a ici, comme le souligne Olivier Beaud, un paradoxe à voir celui qui ne devrait être qu'un interprète de la constitution en devenir le maître, en contradiction avec la hiérarchie posée<sup>174</sup>.

## b) Le dictateur souverain

**33.** Alors que "*le dictateur commissaire est le commissaire d'action absolu d'un pouvoir constitué, la dictature souveraine [...] est la commission d'action absolue d'un pouvoir constituant*"<sup>175</sup>, ce qui permet à Schmitt de maintenir l'idée de commission dans ce dernier cas. La notion de dictature souveraine provient de la constatation de l'impossibilité pour le peuple d'exercer directement le pouvoir constituant. Toutefois, si "*les représentants qui agissent au nom du pouvoir constituant sont [...] du point de vue formel, des commissaires, absolument dépendants*", on ne peut limiter leur "*mission quant à son contenu*" en dehors du but large de préparer une constitution<sup>176</sup>. En effet, la dictature souveraine, "*ne suspend pas une Constitution en vigueur en vertu d'un droit fondé sur celle-ci*", "*elle cherche au contraire à instaurer l'état de choses qui rendrait possible une constitution qu'elle considère comme étant la constitution véritable*", elle invoque "*la constitution à établir*"<sup>177</sup>.

Le dictateur souverain ne pouvant être habilité par une norme, il s'autohabilite. Le problème de légitimité qui se pose alors est résolu en faisant appel au versant institutionnel de la théorie Schmittienne : "*la décision devient [...] légitime parce qu'elle émane d'un représentant*", l'habilitation du droit positif devient inutile car "*le représentant tire sa légitimité de l'idée, de l'institution qu'il incarne*"<sup>178</sup>. Dans ce cadre, "*représentation (Repräsentation)*" renvoie à l'incarnation de l'unité politique abstraite par opposition à une représentation concrète des citoyens par un "*mandat (Stellvertretung)*" parlementaire<sup>179</sup>. La théorie de l'institution<sup>180</sup>

---

*d'extrême nécessité et de sa suppression. Les conditions de forme comme le contenu de la compétence sont ici nécessairement illimités. [...] La Constitution est capable, tout au plus, d'indiquer qui a le droit (darf) d'agir dans un tel cas*" : SCHMITT (C.), *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p.12 (cité par BEAUD (O.), *État...*(*op.cit.* note 74), pp.446-447).

<sup>170</sup> SCHMITT (C.), *La dictature* (*op.cit.* note 109), p.200. Un encadrement prévu par l'article 48 alinéa 3 WRV prévoyait en effet une possibilité pour le Parlement de faire annuler les décisions prises par le Président dictateur.

<sup>171</sup> BEAUD (O.), *État...*(*op.cit.* note 74), p.427.

<sup>172</sup> SCHMITT (C.), *La dictature* (*op.cit.* note 109), p.179.

<sup>173</sup> SCHMITT (C.), *Théologie...*(*op.cit.* note 169), p.15.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p.448 : "*si l'acte du dictateur, interprète de la Constitution, est un acte de souveraineté, cela signifie que l'acte constituant est détrôné par l'acte de magistrature. Cette substitution de l'autorité d'application à l'autorité d'édition du droit traduit la primauté, chez Schmitt, de la décision sur la « norme » qui a pour effet le renversement de la pyramide des normes*" (*Ibid.*, p.409).

<sup>175</sup> SCHMITT (C.), *La dictature* (*op.cit.* note 109), p.150.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p.149.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p.142.

<sup>178</sup> BEAUD (O.), Préface (*op.cit.* note 89), p.46. L'auteur énonce ainsi que pour Schmitt, "*plus le chef se laisse dominer par l'Idée de droit, plus il est un grand homme d'Etat*" (*Ibid.*, p.40).

<sup>179</sup> RAMEL (F.), *Carl...*(*op.cit.* note 130), p.124.

<sup>180</sup> Nous étudierons plus loin cette théorie développée par Maurice Hauriou (Voir *infra* chapitre préliminaire

conduit Schmitt à différencier le droit idéal, du domaine des idées, et le droit positif, la "réalisation du droit" qui ne peut être effectuée que par le biais d'un intermédiaire chargé de traduire le droit idéal : l'Etat<sup>181</sup>. La dépendance par rapport au droit idéal qui devrait en découler est écartée par Schmitt par le biais de l'aspect décisionniste de sa théorie car "la souveraineté est nécessaire pour trancher le conflit d'interprétation portant sur les lois naturelles"<sup>182</sup>.

## Conclusion

34. La perspective schmittienne permet selon nous de fournir les bases d'une bonne compréhension du phénomène juridique fédéral. Schmitt souligne la nécessité d'une certaine homogénéité comme condition préalable au fonctionnement d'une démocratie<sup>183</sup> et d'une union fédérale. Il redonne toute son importance à la coutume<sup>184</sup>, aspect dont nous soulignerons l'importance pour la stabilisation des unions fédérales. Il interprète la Constitution comme le "reflet de « l'esprit » du peuple"<sup>185</sup>, la "forme substantielle d'une unité politique"<sup>186</sup>, aspect qui est comparable au concept d'identité constitutionnelle dans le contexte de l'Union européenne. Toutefois, l'idéologie antilibérale de son œuvre oblige à prendre de la distance avec plusieurs de ses conclusions.

## Conclusion de la section I

### *Précision sur le choix du cadre méthodologique et théorique*

35. Nous avons fait le choix du cadre méthodologique et théorique schmittien, tout en indiquant que cela ne signifiait pas que nous reprenions l'ensemble de ses positions. De même, le rejet de la perspective globale kelsénienne ne nous conduit pas à écarter les différents aspects de sa réflexion. Ceci peut être notamment illustré par la conception de la démocratie que nous adoptons dans le cadre de la thèse : elle forme une synthèse des définitions que ces auteurs donnent de la démocratie.

Kelsen conçoit la démocratie comme libérale et pluraliste, là où Schmitt en privilégie une conception plébiscitaire, traduisant l'unité abstraite du peuple<sup>187</sup>. Kelsen défend par ailleurs une lecture procédurale de la démocratie. Pour lui, "l'idée démocratique suppose une philosophie relativiste", elle met sur un pied d'égalité toutes les volontés politiques individuelles par

---

section I §2 A). Si l'influence de cette théorie sur Schmitt est ici à souligner, Olivier BEAUD note qu'il la "radicalise [...] dans un sens autoritaire, antilibéral" (Avant propos, in : ID., *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.8 note 10). Une dernière clef de lecture intéressante donnée par Olivier Beaud qui permet de comprendre la théorie Schmittienne est par ailleurs à noter. Il faudrait y voir une "rethéologisation du politique et du droit" : l'ennemi détruisant l'homogénéité du groupe politique apparaît comme la "figure « rethéologisée » de l'hérétique" mettant fin à l'homogénéité religieuse ; le rôle de médiateur de l'Eglise pour Dieu, la Révélation, serait comparable à celui de l'Etat entre le droit idéal et le droit positif (*Ibid.*, pp.55-56).

<sup>181</sup> BEAUD (O.), Préface (*op.cit.* note 89), pp.32-33 (renvoi à SCHMITT (C.), *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Mohr, 1914, pp.34-35).

<sup>182</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.35. Pour SCHMITT, "l'idée de droit [...] doit devenir positive, c'est-à-dire que son contenu est édicté par un acte de décision souveraine" (*Ibid.*, p.78). Olivier BEAUD souligne qu'"en faisant de la décision la marque de l'incapacité du droit naturel à servir intégralement de norme matérielle au droit positif étatique, il rompt avec le jusnaturalisme dominant" (*Ibid.*, p.37).

<sup>183</sup> Voir dans le sens d'un tel apport : MOUFFE (C.), *Penser la démocratie moderne...*, pp.94-96.

<sup>184</sup> BEAUD (O.), Préface (*op.cit.* note 89), p.85.

<sup>185</sup> NOIRIEL (G.), Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution, Genèses*, 1994, vol. 17, n° 1, p.172.

<sup>186</sup> LE DIVELLEC (A.), *Le gardien...*(*op.cit.* note 164), p.63.

<sup>187</sup> KERVEGAN (J.-F.), *La critique...*(*op.cit.* note 85), p.230. Il est à cet égard à noter que la juridiction constitutionnelle susmentionnée est pour KELSEN un "moyen de protection efficace de la minorité contre les empiètements de la majorité", "la simple menace du recours" par la minorité suffisant à empêcher une "dictature de la majorité" (La garantie juridictionnelle de la Constitution, *RDP*, 1928, p.253).



opposition à des valeurs et vérités absolues<sup>188</sup>, le Parlement permettant la traduction de cette diversité et le dégageant d'un compromis entre les divers intérêts au sein de la société<sup>189</sup>.

Nous suivons la conception schmittienne de nécessité d'une certaine homogénéité pour permettre un exercice démocratique, sans partager le niveau d'homogénéité qu'il exige, ni la conclusion à laquelle il aboutit, celle de l'exclusion de toute forme de pluralisme<sup>190</sup>. Nous reprenons par ailleurs de la théorie de Kelsen le principe suivant lequel la décision produisant l'unité politique est le résultat d'un processus démocratique au sein du Parlement<sup>191</sup>.

### ***Absence de neutralité d'une théorie***

**36.** Nous soulignerons par ailleurs, à l'instar de Guillaume Tusseau, que l'observation n'est pas neutre ou objective<sup>192</sup>. L'objet observé n'a tout d'abord pas été choisi par hasard par l'observateur mais parce qu'il s'y intéresse. La description de l'objet observé est ensuite marquée par celui qui décrit, son cadre de réflexion, ses connaissances antérieures, par le contexte historique, culturel, linguistique,... dans lequel il s'inscrit : "*une observation, c'est une interprétation : c'est intégrer une certaine vision dans la représentation théorique que l'on se fait de la réalité*"<sup>193</sup>. Cela ne signifie pas qu'elle est "*arbitraire*" mais simplement qu'elle est nécessairement influencée par son auteur<sup>194</sup>.

**37.** Cette absence de neutralité est manifeste dans la théorie schmittienne qui "*privilégie systématiquement l'idée par rapport à la réalité*"<sup>195</sup>. En cas de décalage entre les deux, il ne modifie pas sa théorie, il critique la réalité observée au regard de sa théorie<sup>196</sup>.

La théorie kelsénienne est également marquée idéologiquement, même si c'est plus subtilement que chez Schmitt<sup>197</sup>. S'il ne cache pas son libéralisme en tant que citoyen, exprimée

---

<sup>188</sup> KELSEN (H.), *La Démocratie. Sa nature, sa valeur* (1929), Paris, Dalloz, 2004, pp.112-113. Pour KELSEN, "*il n'y a pas de société humaine dans laquelle se rencontre par avance et à tous points de vue une harmonie essentielle des intérêts, cette harmonie devant être créée par de perpétuels compromis*" (*Ibid.*, p.77). Il souligne la fiction de la représentation et soutient pour cette raison un certain nombre de règles pour permettre la représentation du peuple réel, du pluralisme qui le caractérise (*Ibid.*, pp.35-37).

<sup>189</sup> KELSEN recherche les moyens de corriger la nécessaire déformation par la représentation parlementaire de la diversité qui serait exprimée par une démocratie directe qui ne peut être en pratique exercée que dans des cas restreints. Il défend pour cette raison le scrutin proportionnel qui représente selon lui le mieux le pluralisme démocratique dans le contexte de la limitation irréductible de ce pluralisme imposée par la nécessité d'expression démocratique par la biais d'une représentation au sein d'un cadre parlementaire (*Ibid.*, pp.68-74).

<sup>190</sup> Nous suivons ici la voie de synthèse proposée par Hermann HELLER. MOUFFE (C.), *Penser la démocratie moderne...*, p.91 : renvoi à HELLER (H.), *Démocratie...*(*op.cit.* note 113), pp.199-211. La démocratie parlementaire ne repose pas sur le principe d'une "*discussion publique comme telle*", il faut un "*fondement commun pour la discussion*" et un cadre procédural permettant la discussion, un "*fair play à l'égard de l'adversaire politique intérieur, avec lequel on pense pouvoir trouver un accord sans recourir à la violence pure*" (HELLER (H.), *Ibid.*, p.204).

<sup>191</sup> RAMEL (F.), *Carl...*(*op.cit.* note 130), p.123 renvoyant à HELLER (H.), *Ibid.*, pp.199-200. Heller critique la lecture existentialiste du politique proposée par Schmitt et met l'accent sur le Parlement comme "*lieu de discussion et de confrontation*", qui joue le rôle de "*courroie de transmission entre Etat et société, assurant l'intégration de la pluralité*" (BAUME (S.), *La réception...*(*op.cit.* note 83), p.119).

<sup>192</sup> TUSSEAU (G.), *Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle »*, *RFDA*, 2009, n°4, p.642.

<sup>193</sup> FOUREZ (G.), *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, De Boeck Université, 2002, pp.32-33 (cité par TUSSEAU (G.), *Ibid.*, p.642).

<sup>194</sup> BEAUD (O.), *Avant propos*, in : ID., *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.23.

<sup>195</sup> BEAUD (O.), *Préface*(*op.cit.* note 89), p.90.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p.91.

<sup>197</sup> Voir par exemple en ce sens un auteur insusceptible d'une vision biaisée puisque défendant dans son article



dans l'ouvrage *Peace through law*, Kelsen affirme distinguer clairement son approche juridique de ses prises de position politique. Pourtant, la perspective qu'il prend dans sa *Théorie pure du droit* est implicitement libérale. Il écrit ainsi que "*le droit est sans conteste un ordre favorisant la paix*"<sup>198</sup> et poursuit qu' "*en d'autres termes, il n'est pas d'état de droit qui, au sens où nous le prenons ici, soit essentiellement un état de paix*"<sup>199</sup>. Dans sa seconde édition de la *Théorie pure du droit*, il ne parle certes plus d'état de paix, mais de "sécurité collective", toutefois Norberto Bobbio souligne que "*la substitution du concept de paix par le concept de sécurité collective fait reculer d'un pas la finalité minimale du droit mais ne l'élimine pas*"<sup>200</sup>. De même, la clôture du système par une norme et non par le pouvoir ne pourrait également s'expliquer que par "*l'idéal de l'Etat de droit*"<sup>201</sup>, et les droits subjectifs présentés par Kelsen ne traduiraient que la réalité d'un ordre capitaliste et démocratique<sup>202</sup>.

Au-delà de l'idéologie, le contexte dans lequel un commentateur écrit influence également. Si l'on considère la question du gardien de la Constitution, elle prend une dimension existentielle chez Schmitt qui écrit dans le contexte de la République de Weimar, alors que l'enjeu est plus abstrait, moins passionné pour Kelsen qui vient d'une Autriche au contexte politique modéré<sup>203</sup>.

**38.** Pour ce qui concerne la thèse ici présentée, nous reprendrons la formule utilisée par Olivier Beaud dans sa *Théorie de la Fédération*. Elle est marquée par la vision d' "*un juriste français*"<sup>204</sup>, et elle trouve son origine dans la volonté de proposer une définition précise du concept de Fédération qui pourrait servir "*d'étalon de mesure*" pour étudier l'Union européenne<sup>205</sup>.

### **Choix d'une démarche inductive**

**39.** Dans la recherche d'une dénomination juridique de l'Union européenne et de son acte de base, il faut prendre garde à ne pas tomber dans deux extrêmes qu'Olivier Beaud qualifie d'hyperthéorie et d'hypothéorie<sup>206</sup>. Le premier consisterait à façonner un concept sans se préoccuper des systèmes existants, en écartant certaines particularités de l'entité étudiée qui s'intégreraient mal au schéma théorique proposé ou en forçant au contraire certains de ses traits par rapport à la réalité. Le second extrême reviendrait à se restreindre à une simple description des systèmes étudiés sans tenter de généralisation, de regroupement en raison des trop grandes différences entre eux<sup>207</sup>, alors même que les Etats présentent tout autant de particularités sans que cela empêche d'avoir une théorie de l'Etat<sup>208</sup>.

Jellinek consacre le 1<sup>er</sup> chapitre de son ouvrage *Die Lehre der Staatenverbindungen* à la

---

la théorie normativiste : MAGNON (X.), En quoi...(*op.cit.* note 27), p.9 : "*la théorie pure du droit traduit une certaine idéologie, telle quelle résulte des systèmes de droit positif occidentaux observés pour établir cette théorie : la démocratie, l'Etat de droit et la séparation des pouvoirs*".

<sup>198</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. de LAROCHE (B.), LGDJ, 1997, p.72.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p.73. Norberto BOBBIO le résume en soulignant que "*pour agir comme ordre de contrainte le droit a besoin d'organiser le monopole de la force*" et que "*le monopole de la force sert à éviter le recours aveugle à la force, c'est-à-dire à distinguer qui est autorisé à se servir de la force et qui ne l'est pas*" (Vers une théorie fonctionnaliste du droit, in : BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction*, p.93).

<sup>200</sup> *Ibid.*, p.94.

<sup>201</sup> BOBBIO (N.), Kelsen et le problème...(*op.cit.* note 72), p.253.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p.240.

<sup>203</sup> BEAUD (O.), Kelsen...(*op.cit.* note 22), p.206.

<sup>204</sup> BEAUD (O.), *Théorie*...(*op.cit.* note 83), p.23.

<sup>205</sup> BEAUD (O.), Avant propos, in : *Ibid.*, p.1.

<sup>206</sup> BEAUD (O.), *Théorie*...(*op.cit.* note 83), pp.13-14.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p.14.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p.22.



méthode du droit public afin de proposer une étude des associations entre Etats qui ne tombe ni dans des spéculations abstraites, ni dans du purement empirique. Il explique qu'une subsomption à partir du seul cas américain de la doctrine majoritaire de l'Etat fédéral conduisait à ne pouvoir expliquer des formes nouvelles d'union fédérales comme la Confédération du Nord ou l'Empire de 1871<sup>209</sup>. Il critique dans un autre ouvrage les "*conséquences d'une interprétation du réel d'après un type idéal abstrait*" par lesquels les auteurs "*aboutissent à la conclusion déductive que telle ou telle forme de groupement est impossible*"<sup>210</sup>. Jellinek propose une procédure inductive<sup>211</sup>. Si la science a la nécessité de partir d'hypothèses indémontrables, de regards *a priori* sur la matière, ils doivent être éclairés par des éléments concrets et corrigés par des comparaisons avec des formes d'Etats historiquement données et existantes. Comme le rappelle Olivier Beaud, "*la validité d'une méthode se prouve moins par des déclarations méthodologiques que par la manière dont elle s'applique*"<sup>212</sup>. Il donne comme exemple d'une déformation de la réalité l'absence de prise en compte de la position hégémonique de la Prusse sous le Second Empire allemand<sup>213</sup>. C'est donc un va-et-vient constant entre la théorie et les entités réelles étudiées qui permet d'éviter de considérer une entité concrète avec tous ses hasards comme paradigme pour le même type d'entité dans le futur<sup>214</sup>. Cette démarche est délicate comme l'illustre l'exemple de Jellinek qui ne suit pas totalement les lignes de conduite de la méthode inductive qu'il s'était pourtant fixée<sup>215</sup>.

Dans le cas de notre étude, le danger est d'adopter une définition de Fédération qui reviendrait simplement à un habillage différent du *sui generis*, épousant trop les caractéristiques du cas étudié et qui reviendrait à un tour de passe-passe remplaçant simplement le nom pour conserver le contenu. Si l'Union européenne peut être présentée comme l'exemple d'un modèle nouveau d'union entre Etats, il convient de "*prendre garde à ce que la systématisation du modèle ne soit pas trop calquée sur les caractéristiques du seul exemplaire existant*"<sup>216</sup>.

**40.** Dans notre recherche, nous partons de théories existantes concernant le fédéralisme, et nous étudions plusieurs systèmes fédéraux concrets. Ce n'est qu'à l'issue d'allers et retours entre théories et modèles concrets que nous donnons une définition du concept de pacte fédératif. Il en ressort notamment un certain nombre de règles indispensables à la préservation du système.

Nous décrivons ensuite le système européen, et nous regardons sa compatibilité avec cette définition. Nous ne nous contentons pas alors, selon le premier sens du positivisme donné par Bobbio, de décrire l'état du droit de l'Union européenne. Nous soulignons également certains éléments dont la modification va dans le sens des règles dégagées pour la préservation d'une Fédération, ainsi que d'autres éléments qui devraient encore être corrigés à cet égard<sup>217</sup>.

## **Section II : Conception du fédéralisme suivie dans l'étude**

**41.** La perspective théorique globale de l'étude ayant été présentée, il convient d'indiquer la conception du fédéralisme qui sera suivie.

<sup>209</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, éd. Keip, 1996, p.14.

<sup>210</sup> JELLINEK (G.), *L'Etat moderne et son droit*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p.497 (cité par BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 83), p.21).

<sup>211</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.11.

<sup>212</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 83), p.23.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>214</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.14.

<sup>215</sup> Voir par exemple en ce sens : BRIE (S.), *Zur Lehre...* (op.cit. note 21), p.86.

<sup>216</sup> DUBOIS (L.), *La nature...* (op.cit. note 15), p.86.

<sup>217</sup> Nous verrons ainsi par exemple que le respect de l'identité des Etats membres fait partie de ces règles et que le droit de l'Union européenne le prend de mieux en mieux compte, et que la légitimité démocratique de l'Union européenne doit encore être renforcée.

Nous précisons dès à présent que nous écartons la féodalité du champ d'étude car nous la considérons distincte du fédéralisme. En effet, dans le cadre de la féodalité, "*les droits de souveraineté étatiques étaient transférés dans le contexte du droit privé à des individus*", et "*toutes les fonctions et toutes les organisations étaient mélangées de public et de privé*"<sup>218</sup>. Le fédéralisme s'inscrit au contraire dans une période de modernité du droit caractérisé par une distinction du public et du privé. Nous écartons en conséquence l'étude du Saint Empire Germanique en tant qu'il relève du féodalisme. Jellinek note ainsi que les institutions impériales ne représentaient pas les territoires, "*les Reichsstände (Etats de l'Empire) n'étaient pas au Bundestag des émanations des gouvernements des territoires, mais se sont développés à partir de la fonctionnarisation (Beamteten) de l'empire, et de la remise de droits de souveraineté par l'Empire*"<sup>219</sup>. Le poids des membres du Reichstag n'était pas fonction de la taille, de la puissance d'un territoire, mais "*pour une part de l'importance des fonctions impériales (prince-électeur (Kurfürst), comte palatin, marquis) et pour une autre du caractère juridique lié au fief (lehnsrechtlichen) du territoire*"<sup>220</sup>. De même, l'élection des dirigeants impériaux ne résultait pas d'une représentation organisée du peuple, mais de princes-électeurs ayant cette qualité en raison du caractère de leurs fiefs<sup>221</sup>.

Cette précision faite, l'étude du fédéralisme conduit à la distinction entre Confédération d'Etats et Etat fédéral qui, "*inventée par la pratique américaine*", "*a été élevée par la science juridique allemande au rang d'une distinction conceptuelle*"<sup>222</sup>. La "*première fixation doctrinale*" est effectuée à Georg Waitz pour qui l'essence de l'Etat fédéral réside dans le partage de la souveraineté<sup>223</sup>. Lui répondent deux théories qui réaffirment l'indivisibilité de la souveraineté. Une première théorie est développée aux Etats-Unis, où elle a pour représentant le plus connu John Calhoun, et est reprise en Allemagne par Max von Seydel. Elle affirme que la soumission d'un Etat est impossible en conséquence du principe de souveraineté et aboutit à une alternative radicale : ou bien l'association est un Etat et les Etats-Unis arrêtent d'exister, ou bien les Etats-Unis demeurent des Etats et leur association n'est qu'une Confédération<sup>224</sup>. Elle ne sera toutefois pas pérenne contrairement à la seconde théorie. Nous évoquerons les deux auteurs qui l'ont initiée au sein de la doctrine allemande, Paul Laband et Georg Jellinek, et un auteur qui a joué un rôle fondamental dans son importation en France, Louis Le Fur. Cette théorie propose de distinguer les Etats fédéraux et les Confédérations d'Etats sur la base du critère du détenteur de la souveraineté (§1). Si cette distinction conserve une grande influence<sup>225</sup>, elle n'en est pas

<sup>218</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 6<sup>e</sup> éd., 1907, p.41.

<sup>219</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (*op.cit.* note 209), p.144.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p.145.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p.144.

<sup>222</sup> Souligné par : BEAUD (O.), *La notion...* (*op.cit.* note 81), p.206. Olivier BEAUD propose un résumé de l'évolution des expressions employées entre 1806 et 1871 (*Ibid.*, pp.206-208).

<sup>223</sup> WAITZ (G.), *das wesen des Bundesstaates*, *Allgemeine Wochenschrift für Wissenschaft und Literatur*, 1853, pp.494-530. Selon cette théorie, dans certains domaines le citoyen est soumis au pouvoir étatique, dans d'autres au pouvoir fédéral et dans aucun cas il ne peut être soumis aux deux à la fois. Par ailleurs, les deux niveaux sont indépendants, ils ne sont pas dans un rapport de subordination.

<sup>224</sup> SEYDEL (M. von), *Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich*, Würzburg, Stuber, 1873, pp.3 et s. Voir pour une courte présentation de sa pensée : LABAND (P.), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd.1, 5<sup>e</sup> éd., Tübingen, Mohr, 1911, p.84).

<sup>225</sup> En dehors d'une reprise par la majorité d'auteurs au sein des doctrines française et allemande, son utilisation par la Cour constitutionnelle allemande est à souligner concernant le droit de l'Union européenne. Il est ainsi par exemple à noter le recours à l'expression d' "autolimitation" (Selbsbindung) employée par Jellinek : BVerfGE 123, 267 (2<sup>e</sup> sénat 30 juin 2009 *Lisbonne*) (pt. 233) : "*Le droit de retrait est inhérent au système de Staatenverbund qui est basé sur une autolimitation*". Olivier BEAUD rappelle les raisons de son "*succès*" : donner "*une explication plausible de l'histoire des expériences fédérales*" (*Théorie...* (*op.cit.* note 83), p.72), qui permet d'expliquer le passage des Articles de la Confédération américaine à la Constitution de 1787, du pacte suisse de 1815 à la Constitution de 1848, et de l'Acte de 1815 fondateur de la Confédération

moins critiquable et a suscité dès son énoncé le développement d'une réflexion doctrinale alternative en matière d'union fédérale (§2). Ces réflexions alternatives permettront de préciser la conception du fédéralisme servant de fondement théorique à la définition du pacte fédératif qui est proposée dans cette thèse.

## ***§1. Les apories de l'opposition classique entre Confédération d'Etats et l'Etat fédéral***

42. Jellinek considère que la vision égalitaire entre les deux niveaux proposée par Georg Waitz ne porte pas en elle la garantie de la durabilité étant donné qu'aucun pouvoir supérieur n'est compétent pour retenir les membres<sup>226</sup>. Laband souligne dans le même sens les nombreux exemples d'exercice de droits de domination étatique par le pouvoir fédéral contre les Etats membres donnés par le processus législatif dans la Confédération du Nord et l'Empire<sup>227</sup>. Ces deux auteurs en déduisent que c'est la possession par le niveau fédéral de la souveraineté conçue comme indivisible qui permet d'expliquer la stabilité des Etats fédéraux, là où les Confédérations se caractérisent par une souveraineté des Etats membres et une instabilité intrinsèque (B). Le Fur les rejoint sur le principe et les caractéristiques essentielles de cette opposition. Par contre, sa définition du concept de souveraineté qui sert de critère de différenciation diffère de celle proposée par Laband et Jellinek (A).

### **A. La définition de la souveraineté, fondement de la distinction**

43. Jellinek constate que l'Etat unitaire sur la base duquel la théorie de l'Etat s'est développée ne forme plus la règle dans la vie internationale et il relève en outre que la définition de l'Etat, déformée par le prisme de l'Etat unitaire, a conduit certains auteurs à conclure à l'impossibilité de l'existence d'un Etat fédéral<sup>228</sup>. Il en déduit que cette définition classique de l'Etat ne permet pas de comprendre des Etats composés<sup>229</sup>. De même, Paul Laband considère qu'en partant du principe que la souveraineté est un critère essentiel de l'Etat, suivant l'habitude d'identification de l'Etat à l'Etat unitaire, le concept d'Etat fédéral, qui implique la soumission d'un Etat à un pouvoir étatique supérieur, n'a pas de sens<sup>230</sup>. Les deux auteurs vont alors choisir de redéfinir l'Etat sans le critère de la souveraineté (1). Mais les définitions de l'Etat et de la souveraineté qui en découlent sont vivement critiquées (2). Le Fur propose au contraire une redéfinition non pas de l'Etat mais de la souveraineté qui permet notamment de rendre compatible l'affirmation concomitante de la souveraineté de l'Etat et de soumission de ce dernier aux règles du droit international et la participation à une union fédérale (3). Elle présente toutefois la limite de renvoyer à une perspective jusnaturaliste.

#### ***1) La souveraineté écartée de la définition de l'Etat***

##### **a) Définition de l'Etat**

44. Pour Jellinek, l'essence juridique de l'Etat permettant de le différencier d'une simple collectivité territoriale est "*la possibilité de s'obliger*", d'avoir un pouvoir "*en droit propre*" (zu eigenem Recht). Un pouvoir appartient à quelqu'un en droit propre quand son détenteur ne l'exerce qu'en vertu de sa "*propre volonté*", si "*aucune volonté étrangère n'est en mesure*

---

germanique à la Constitution du Second Empire allemand.

<sup>226</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.259.

<sup>227</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 224), pp.74-75.

<sup>228</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.4 et p.12.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p.12.

<sup>230</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 224), p.60.



*d'obliger juridiquement l'Etat*", et s'il est en mesure de produire un "*droit complet (vollkommen) y compris constitutionnel*". Les associations, les collectivités peuvent avoir la capacité de créer du droit, mais c'est soit au nom de l'Etat ou sous la surveillance de celui-ci<sup>231</sup>. Jellinek distingue alors le "*droit délégué*" (delegiertes) d'une collectivité, qui correspond à ce dernier cas, du "*droit dérivé*" (abgeleitetes) d'un Etat membre d'un Etat fédéral qui ne peut faire l'objet d'aucun contrôle y compris juridictionnel<sup>232</sup>. L'essence du droit propre ne réside ni dans son origine, ni dans l'impossibilité de se le voir retirer ; Jellinek compare ainsi avec le droit de propriété qui n'est pas nié parce que le bénéfice de la propriété a été acquis par le biais d'un acte juridique ou qu'elle peut être supprimée par l'expropriation ou parce qu'elle est limitée dans l'intérêt public par des dispositions de police<sup>233</sup>. Un Etat naît selon lui quand une communauté se pense comme une unité, et décide d'exprimer cette unité en se constituant en un sujet voulant et agissant en commun, "*un Etat existe réellement dès lors qu'il exerce en pratique (faktisch) la domination sur le peuple et le pays*"<sup>234</sup>. Ainsi, l'Italie n'est par exemple pas, selon cette perspective, née de l'annexion par la Sardaigne de la Lombardie, ... qui aurait, selon Jellinek, uniquement créé une grande Sardaigne, mais de l'existence de la nation italienne ; le processus qui a permis sa fondation est historique et non juridique<sup>235</sup>. De même, le processus aboutissant à la mise en place d'une constitution ne ressort pas du domaine du droit<sup>236</sup>.

Pour Laband, la spécificité de l'Etat "*consiste dans les droits de domination propres (eigene Herrschaftsrechte) et la volonté de domination indépendante (selbständige Herrschaftswillen) que possède l'Etat afin d'exécuter ses missions et obligations*"<sup>237</sup>. Il entend par "*domination*" "*le droit d'ordonner à des personnes libres d'agir, de ne pas agir, de réaliser certaines prestations, et de les obliger à suivre ces ordres*"<sup>238</sup>. Cette définition pourrait sembler très proche de celle de Jellinek. Cette impression est trompeuse. Ainsi Laband critique le critère permettant de caractériser l'Etat dégagé par Jellinek en ce qu'il implique l'absence de tout contrôle même juridictionnel<sup>239</sup>. Il estime en effet que les Etats membres ne sont pas libérés de tout contrôle du pouvoir central souverain. Ce pouvoir central doit veiller à ce que les Etats ne dépassent pas les limites constitutionnelles qui leur sont imposées. Laband ajoute qu'un droit n'arrête pas d'être propre du fait de la soumission de son exercice à un contrôle. En effet, les communes ont aussi un droit propre, alors qu'elles n'ont pas de droit autonome de domination et ne sont compétentes pour ordonner qu'en tant qu'elles agissent au nom et pour le compte de l'Etat. Les Etats ont des droits de domination propres en ce qu'ils ne trouvent pas leur fondement dans la volonté des autorités fédérales mais dans le "*fait historique qu'[ils] existaient comme des collectivités souveraines avant la fondation de l'Empire*"<sup>240</sup>.

<sup>231</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.34 et p.40.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p.44. Dans un autre ouvrage, JELLINEK définit ainsi la propriété essentielle de l'Etat : elle est "*une puissance de domination non dérivable, provenant de son pouvoir propre et donc en droit propre*" (aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht) (*Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage, Bad Homburg, Verlag Dr. Gehlen, 1966, p. 489).

<sup>233</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.42.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p.257 et p.271.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p.262 et p.264.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p.265.

<sup>237</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 224), p.53.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p.64. On peut parler d'Etat "*quand cette puissance de domination est chez eux un droit propre, c'est-à-dire qu'ils ne l'ont point en vertu d'une délégation et en remplacement de la puissance (souveraine), placée au-dessus d'eux et quand ils exercent et font valoir cette puissance de domination d'eux-mêmes et d'après les décisions de leur volonté propre*" (Wenn ihnen diese Herrschaftsmacht zu eigenem Recht zusteht) (LABAND (P.), *Le Droit public de l'Empire allemand, t.1*, trad. de GANDILHON (C.), Paris, éd. Giard et Brière, 1900, p.127).

<sup>239</sup> Voir sur cette critique et le complément à la présentation du critère de spécificité de l'Etat : LABAND (P.), *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 224), pp.61-62. Il oppose également par ce pouvoir de domination droit public et droit privé, donnant l'exemple du créancier n'ayant pas un tel pouvoir sur son débiteur (*Ibid.*, p.64)

<sup>240</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral et la Confédération d'Etats*, éd. Panthéon-Assas, 2000, p.379.

## b) Définition de la souveraineté

45. Jellinek affirme que le pouvoir d'action en droit propre ne suffit pas à un Etat pour être souverain car le domaine de ses compétences peut encore dépendre du transfert de droits de souveraineté par un Etat souverain qui s'autolimité<sup>241</sup>. Il définit la souveraineté comme "*la possibilité exclusive de s'obliger par sa propre volonté*"<sup>242</sup>. Le concept de souveraineté comprend l'idée d' "*autolimitation*" (selbstbindung) qui devient le moyen pour Jellinek de concilier souveraineté et soumission au droit international. La délégation de droits de souveraineté même importants par un Etat n'entraîne pas la perte de sa souveraineté, elle est au contraire l'expression de l'exercice de la souveraineté<sup>243</sup>. S'il peut encore supprimer sur la base de sa souveraineté les limites qu'il s'est lui-même posées dans sa sphère d'influence interne, l'Etat ne le peut toutefois dans la sphère internationale où le droit objectif des traités lui est opposable<sup>244</sup>. L'Etat décide librement de s'engager par un traité, mais une fois ce dernier conclu sa liberté d'action est limitée. Comme l'individu pour vivre en société, l'Etat est en effet obligé pour entrer en relation avec ses semblables de s'autolimiter, de reconnaître les normes qui règlent les rapports internationaux. La crainte de l'exclusion de la communauté internationale expliquerait selon Jellinek qu' "*aucun Etat civilisé, même quand il transgresse cent fois les normes du droit international, ne se risque à mettre en cause la validité de la norme en elle-même*"<sup>245</sup> et qu'une puissance étatique illimitée n'a jamais existé en pratique même dans les Etats absolus<sup>246</sup>. Jellinek ajoute que ce phénomène est encore plus prégnant avec l'interdépendance grandissante des Etats, des domaines d'intérêt commun et le nombre croissant au cours du XIX<sup>e</sup> siècle de traités sur le commerce, le trafic maritime, la poste, le télégraphe, ainsi que des organisations internationales qui en résultent<sup>247</sup>. Cette interdépendance opère une pression poussant les Etats à respecter le droit international, en dépit des possibilités théoriques d'abus de leurs pouvoirs par les Etats<sup>248</sup>. Toutefois, "*comme l'Etat est l'organisation humaine suprême et que tous les traités existent grâce aux Etats [...], le traité doit toujours céder [...] quand l'Etat et son développement entrent en conflit avec [lui]*". Même là où aucune durée ou possibilité de dénonciation n'est prévue dans un traité, un Etat peut et même doit, si son devoir de conservation l'exige, déroger à l'obligation de fidélité (Vertragstreue) et ainsi se délier de ses obligations conventionnelles, il s'agit d'une clause implicite du droit objectif des traités<sup>249</sup>.

Laband critique la définition de la souveraineté de Jellinek ainsi présentée<sup>250</sup>. Pour lui, la définition de la souveraineté ne peut être que négative, c'est l'absence de puissance supérieure à elle. Elle a un caractère absolu, "*elle est ou n'est pas*", on ne peut la partager, l'encadrer<sup>251</sup>.

## 2) Critiques du concept d'Etat non souverain

46. L'opportunisme de la théorie de l'Etat non souverain est souvent avancé. Celle-ci aurait

---

<sup>241</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.44.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p.34.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p.36, p.53 et p.57. Il est à noter qu'il considère également l'Etat de droit, le constitutionnalisme, comme une autolimitation de l'Etat.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p.29.

<sup>245</sup> *Ibid.*, pp.94-95.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p.301.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 96 et pp.160 et s. Il est à noter que les organisations internationales correspondent chez JELLINEK à ce qu'il appelle "*associations étatiques internationales*".

<sup>248</sup> *Ibid.*, p.104.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p.54 et p.101.

<sup>250</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 224), p.67 note 2 et p.68.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p.68.



pour seul but de permettre de ménager les membres de l'Empire en les qualifiant d'Etats<sup>252</sup>. La distinction entre Etat fédéral et Confédération aurait dans le même temps servi à nier la souveraineté des Länder pour assurer celle du gouvernement fédéral dans le cadre de l'Empire de 1871<sup>253</sup>. Ainsi marquée idéologiquement et construite sur le seul exemple allemand, cette théorie ne pourrait être qu'invalidée<sup>254</sup>, ne serait-ce que pour des raisons méthodologiques.

Jellinek se contredit ensuite selon Kelsen quand il affirme à la fois que les constitutions des Etats-membres d'un Etat fédéral sont dérivées et que les Etats membres ont un droit d'obligation propre<sup>255</sup>. En admettant la relativité de la plus haute autorité, on arriverait en effet pour Kelsen à une tautologie, à savoir que "*l'Etat est supérieur à ceux qui lui sont inférieurs*"<sup>256</sup>. Parler comme le fait Jellinek de liberté limitée est, pour Kelsen, aussi contradictoire que l'idée de souveraineté partielle car l'idée de liberté est exclue quand la sphère d'autonomie est déterminée par une autre volonté<sup>257</sup>. Il lui reproche par ailleurs d'ajouter aux deux caractères classiques de la souveraineté, superlativité et indépendance, une troisième, la capacité exclusive d'autolimitation, alors que celle-ci n'est que la conséquence de la superlativité du souverain<sup>258</sup>. Jellinek présente certes les deux premiers comme le contenu "négatif" de la souveraineté et le troisième comme le contenu "positif" de la souveraineté, mais Kelsen rétorque que chaque jugement positif pouvant s'exprimer négativement, distinguer un contenu positif et un contenu négatif de la souveraineté n'a pas de sens.

Par ailleurs, Le Fur rétorque à Laband d'une part que les communes existaient souvent avant les Etats, ce qui ne permet pas de distinguer un Etat d'une collectivité inférieure, et d'autre part que certains Etats fédéraux naissant de la désagrégation d'Etats unitaires ce qui contredit l'argument de l'antériorité des Etats membres par rapport à l'Etat fédéral<sup>259</sup>. Il répond ensuite à Jellinek qu'il existe aussi un contrôle juridique de l'action des Etats membres d'un Etat fédéral, reprenant la critique que lui faisait déjà Laband. De plus, il rappelle que l'Etat membre doit dans certains Etats fédéraux soumettre ses modifications constitutionnelles à l'accord des autorités fédérales<sup>260</sup>. Enfin, il affirme que le droit propre ne peut que s'opposer au droit délégué par une autre personne juridique, mais selon cette définition d'autres collectivités que l'Etat ont un droit propre<sup>261</sup>.

### **3) L'alternative proposée par Le Fur : une redéfinition de la souveraineté**

47. Le Fur considère la souveraineté comme indivisible en raison de l'unité de l'Etat, un partage de souveraineté revenant à l'existence de deux Etats ce qui n'est pas possible sur le même territoire<sup>262</sup>. Mais à la différence de Jellinek et de Laband, il conserve la souveraineté comme critère de définition de l'Etat<sup>263</sup>. Toutefois, il rejette les définitions présentant la souveraineté comme une "*puissance absolue et sans bornes*" selon laquelle l'Etat "*n'a d'autre règle à suivre que sa volonté propre*" car une telle acception aurait selon lui pour conséquence "*la négation même du droit*"<sup>264</sup>. Suivant une perspective jusnaturaliste<sup>265</sup>, il part du principe de

<sup>252</sup> En ce sens KELSEN (H.), *Das Problem...*(*op.cit.* note 51), p. 4 et p.53 ; BEAUD (O.), *État...*(*op.cit.* note 74), p.20.

<sup>253</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), p.185.

<sup>254</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...*(*op.cit.* note 14), p.69.

<sup>255</sup> KELSEN (H.), *Das Problem...*(*op.cit.* note 51), p.68.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p.40.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p.59.

<sup>258</sup> *Ibid.*, pp.41-42.

<sup>259</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...*(*op.cit.* note 240), p.380.

<sup>260</sup> *Ibid.*, pp.387-388.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p.393.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p.488.

<sup>263</sup> Voir pour sa démonstration : *Ibid.*, pp.395-417.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p.433.



"la transcendance du droit" comme seul moyen de comprendre les limites qui doivent être posées à la souveraineté ; il considère un pouvoir antérieur et supérieur à l'Etat souverain, le pouvoir du droit<sup>266</sup>.

Le but d'un Etat fixe en outre pour le Fur les limites de ses droits et moyens d'actions. Il convient de préciser qu'il considère ce but comme universel, et qu'il ne le conçoit pas comme un "*but exclusif et illimité*" mais comme le "*but le plus élevé*"<sup>267</sup>. En effet, Le Fur affirme la limitation de la souveraineté non seulement par rapport au droit international, mais aussi par rapport aux droits des personnes et des groupes ainsi que vis-à-vis des collectivités au sein d'un Etat ; en cas de violation de ces limites, il conclut à une atteinte à l'Etat de droit<sup>268</sup>. Il ajoute qu'en dehors des restrictions provenant du droit, l'Etat peut s'imposer des restrictions volontaires par la conclusion de traités, sachant toutefois que ces restrictions ne peuvent avoir un caractère perpétuel car sinon cela serait contraire au devoir d'autoconservation qu'a l'Etat. L'Etat est ainsi soumis aux engagements qu'il conclut, mais dans la limite de la clause *rebus sic stantibus*<sup>269</sup>.

Le Fur définit en conclusion la souveraineté comme "*la qualité de l'Etat de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser*"<sup>270</sup>.

Jellinek et Laband avaient proposé le concept d'Etat non souverain pour expliquer la différence entre le membre d'un Etat fédéral et une collectivité territoriale du type département, commune, ... Le Fur l'écarte et affirme que c'est la "*participation à la formation de la volonté de l'Etat*" qui distingue le membre d'un Etat fédéral d'une autre collectivité territoriale<sup>271</sup>.

## **B. La distinction Etat fédéral et Confédération d'Etats**

48. S'ils adoptent des définitions différentes de l'Etat et de la souveraineté, les trois auteurs se rejoignent concernant la distinction entre Etat fédéral et Confédération d'Etats.

Selon Paul Laband, toutes les associations d'Etats se laissent ranger dans deux catégories. Elles sont soit "*conventionnelles*", ce sont alors des associations de droit international, soit "*corporatives*", ce sont dans ce cas des associations de droit étatique<sup>272</sup>. La classification est la même que dans le domaine du droit privé où l'on différencie "*personne juridique*" et "*société*", la personne juridique étant un sujet de droit alors que la société est un rapport de droit<sup>273</sup>. Selon cette perspective, la Confédération est un rapport de droit entre Etats, alors que l'Etat fédéral est une personne juridique, une unité organisée.

S'il propose une classification plus complexe des associations d'Etats, classification qui a fait l'objet de critiques de Laband pour son manque de clarté<sup>274</sup>, Jellinek reprend néanmoins une distinction comparable pour différencier Etats fédéraux et Confédérations d'Etat. Les Etats fédéraux sont pour lui des associations d'Etats sur la base du droit étatique, par opposition aux

---

<sup>265</sup> Voir sur ce point : JOUANNET (E.), Regards sur un siècle de doctrine française du droit international, *Annuaire français de droit international*, 2000, vol. 46, pp.1-57. L'auteur renvoie notamment à LE FUR (L.), La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1927, t.18, pp.259-442).

<sup>266</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...*(*op.cit.* note 240), p.434 et 438.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p.439.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p.436 et pp.441-442.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p.446 et p.450.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p.436.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p.682.

<sup>272</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...*(*op.cit.* note 224), pp.51-52.

<sup>273</sup> *Ibid.*, pp.52-53.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 52 note 1. Il critique la distinction proposée selon un double point de vue par JELLINEK (*Die Lehre...*(*op.cit.* note 209), p.58 et s.), entre non organisées et organisées, et entre associations historico politiques et associations ayant un caractère juridique.



associations d'Etats sur la base du droit international dont font partie les Confédérations<sup>275</sup>.

Enfin Le Fur, s'il partage la distinction fondée sur la souveraineté ainsi qu'un certain nombre des caractéristiques des deux entités proposées par Laband et Jellinek, rejette par contre la définition de la Confédération comme simple rapport de droit. En effet, toute entité ayant la capacité de produire des règles de droit étant pour lui une personne juridique et les décisions étant prises dans la majorité des cas à la majorité, elles ne peuvent être attribuées aux Etats membres pris individuellement<sup>276</sup>.

### 1) La Confédération d'Etat

49. Pour Jellinek, une Confédération est une union politique durable entre Etats dont le but consiste au moins dans la défense commune par le biais d'organes fédéraux permanents<sup>277</sup>. Elle se distingue de l'alliance par le caractère permanent de ses organes fédéraux, et des associations qu'il qualifie de purement "administratives" par le but essentiellement politique. Pour que ce but politique soit reconnu, il faut que l'union ait au moins pour but la protection mutuelle et commune de ses membres. Il n'existe pas par contre de limite aux buts pouvant être assignés à l'union pour relever de la qualification de Confédération, il suffit que les Etats membres demeurent souverains. Une Confédération peut prendre des formes très diverses tant qu'aucun conflit profond ne la domine à l'intérieur, jusqu'à ne se différencier qu'à peine d'un Etat fédéral<sup>278</sup>. Laband et Le Fur partagent sur ces éléments le même jugement<sup>279</sup>.

Laband rejette toute distinction entre une perspective internationale qui verrait dans la Confédération un sujet de droit et une perspective interne qui ferait conclure à sa qualité de société ; la souveraineté étant indivisible, elle ne peut être ainsi partagée en fonction de ses aspects intérieur et extérieur. Même si elle a une capacité juridique externe, qu'elle est désignée par un nom spécifique et traitée comme un pouvoir commun dans les relations internationales, une Confédération reste toutefois en vertu de son essence juridique une société d'Etats, un simple rapport de droit<sup>280</sup>. Jellinek défend cette même qualification en expliquant que par "*l'équivalence d'action durable de plusieurs sujets*", les Etats membres ont la même politique extérieure, mais que l'unité est limitée aux buts du traité, les Etats apparaissant toujours distincts en dehors de ces domaines<sup>281</sup>.

50. Jellinek souligne que dans une Confédération le pouvoir fédéral n'est pas supérieur aux pouvoirs des Etats car, même si les décisions fédérales sont prises à la majorité, l'Etat mis en minorité n'exécute que sa propre volonté, dès lors qu'il a accepté les termes du traité qui prévoient de conformer sa volonté à celle de la majorité<sup>282</sup>. Quand bien même une décision fédérale serait imposée par la force, par une exécution fédérale, l'Etat ne se soumettrait toujours qu'à sa volonté. De la même façon, la création d'une cour fédérale compétente pour trancher les litiges entre membres n'est pas incompatible avec la souveraineté des Etats car ces derniers ont accepté dans le traité de se soumettre à ses décisions<sup>283</sup>. Le Fur rejoint les conclusions sur ces différents points, même s'il les justifie non par l'autolimitation comme Jellinek mais par une obligation de respecter les engagements internationaux qu'il a librement conclus, obligation

<sup>275</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.37.

<sup>276</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...* (op.cit. note 240), p.515 et p.747.

<sup>277</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.172.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p.188.

<sup>279</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 224), p.54 ; JELLINEK (G.), *Ibid.*, p.188. LE FUR (L.), *Etat fédéral...* (op.cit. note 240), p.496.

<sup>280</sup> LABAND (P.), *Ibid.*, p.54 note 1.

<sup>281</sup> JELLINEK (G.), *Ibid.*, pp.181-183.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p.176.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p.177.



fondée selon lui sur la limitation de la souveraineté par le droit<sup>284</sup>.

Enfin, Jellinek et Le Fur interprètent certaines dispositions des pactes ayant fondé les Confédérations suisse de 1815, américaine, germanique comme incluant le but fédéral de conservation de la souveraineté des Etats<sup>285</sup>. Ils estiment que ce maintien de la souveraineté des Etats et que la dépendance de ces derniers pour l'exécution du droit confédéral font de la Confédération une organisation insatisfaisante de la vie étatique car la réalisation des buts fédéraux reste en dernière instance dans la volonté des Etats<sup>286</sup>. Il en résulte qu'elle n'est pas une institution éternelle, mais présente un caractère purement transitoire entre la dissolution ou l'évolution vers un Etat fédéral.

La souveraineté des Etats membres a ensuite pour conséquence que si l'un d'entre eux pense que le pouvoir fédéral a dépassé ses compétences, il dispose d'un pouvoir de nullification, et s'il estime que son maintien dans la Confédération porte atteinte à ses conditions d'existence, son retrait est justifié<sup>287</sup>. Dans le cas d'un conflit, c'est l'Etat qui décide en dernier ressort, car même le jugement d'un tribunal fédéral n'a, tant que l'Etat reste souverain, que la signification d'un arbitrage qu'il peut refuser en vertu de sa souveraineté<sup>288</sup>.

**51.** Jellinek distingue deux types de Confédérations. Le premier type regroupe les ligues grecques, latines, hanséatique, la Confédération américaine de 1777, la Confédération germanique de 1815, et la Confédération suisse de 1291 à 1798 et de 1815 à 1848. Il l'identifie au moyen de plusieurs caractéristiques. Une modification du traité fédéral ne peut tout d'abord se faire qu'à l'unanimité des membres. Les décisions de l'organe fédéral "législatif" n'ont ensuite pas d'effet direct sur les citoyens des Etats, à la différence des décisions d'exécution qui le peuvent. Enfin, l'organe central y est composé d'un congrès d'ambassadeurs nommés par les gouvernements des Etats associés et votant conformément à leurs instructions. Jellinek indique toutefois quant à ce dernier critère qu'il n'est pas théoriquement exclu que des représentants des peuples soient présents aux côtés des représentants des gouvernements ; il renvoie sur ce point à l'exemple du projet munichois de Constitution confédérale de 1850 qui prévoyait l'établissement d'une représentation nationale composée de parlementaires des Etats ayant l'initiative et le droit de voter en commun les lois<sup>289</sup>. A la différence d'une grande partie de la doctrine ultérieure, Jellinek écarte comme des critères de la Confédération la dépendance financière de la contribution des membres et le principe d'une armée composée de contingents des Etats<sup>290</sup>.

Jellinek voit dans les Etats-Unis de 1787 à la guerre de Sécession et la Confédération formée par les Etats sécessionnistes du Sud un second type de Confédération<sup>291</sup>. Si la modification de leur constitution ne nécessite pas l'unanimité, il les rattache toutefois au groupe

<sup>284</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...* (op.cit. note 240), pp.502-505.

<sup>285</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.174 note 3 : Selon l'article III des Articles de la Confédération américaine "*chacun de[s] États accepte de conclure avec les autres un solide accord d'amitié pour assurer la défense commune, [...] les obligeant à assister chacun d'entre eux contre toute agression motivée par la religion, la souveraineté, [...]*"; selon l'art.1 du pacte suisse de 1815 "*les 22 cantons de la Suisse s'unissent [...] pour l'affirmation de leur liberté, indépendance [...]*"; selon l'art.2 de l'Acte de 1815 fondateur de la Confédération germanique : "*Le but de celui-ci est la conservation de la sécurité extérieure et intérieure de l'Allemagne et l'indépendance et l'inviolabilité des Etats allemands individuels*". LE FUR (L.), *Ibid.*, p.499.

<sup>286</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), p.176. LE FUR (L.), *Ibid.*, p.535.

<sup>287</sup> JELLINEK (G.), *Ibid.*, p.175. LE FUR (L.), *Ibid.*, p.535 et p.537. LE FUR ajoute que ce droit d'autoconservation est opposable même dans le cas où comme dans la Confédération germanique, il existe une exclusion expresse du droit de sécession, concédant seulement que l'existence d'une telle clause conduit à limiter son usage comme dernier recours. *A contrario*, il estime que la sécession ne peut se justifier au regard du "respect des principes du droit" que dans le cas où sa conservation est en jeu (*Ibid.*, p.502).

<sup>288</sup> JELLINEK (G.), *Ibid.*, p.184. LE FUR (L.), *Ibid.*, p.535.

<sup>289</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209), pp.185-186.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p.187.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p.185.



des Confédérations car un Etat en minorité considérant que l'amendement adopté est contraire à l'esprit du traité d'union dispose toujours du droit de sécession<sup>292</sup>. Ces deux exemples illustrent la possibilité qu'il avait mentionnée que des Confédérations soient très approfondies, dès lors que les Etats membres restent souverains. Jellinek se détache ici d'une grande partie de la doctrine ultérieure qui voit dans les Etats-Unis un Etat fédéral dès l'adoption de la Constitution de 1787. Il reste toutefois fidèle à l'instabilité comme caractéristique de la Confédération affirmant que dans l'Union américaine, "*avant la guerre de sécession [...], il aurait été difficilement possible de donner raison à l'une des parties au moyen d'un arbitrage impartial jugeant d'un point de vue purement juridique car toute déduction juridique partait d'un point de vue précis sur la nature de l'Union, et ce qui était à démontrer était toujours supposé*"<sup>293</sup>. Ainsi, il faut selon lui "*la réalisation de la pensée nationale ou d'une autre nécessité historique*" pour assurer la stabilisation de l'ensemble créé. Il poursuit qu'en prenant une perspective historique "*il n'y a de sécurité absolue [...] [qu'avec] la réalisation de l'Etat nation, d'une puissance fédérale dotée d'un pouvoir effectif direct sur le peuple, et l'attribution à la fédération des caractéristiques essentielles d'un Etat souverain*", car est "*ainsi déclaré juridiquement impossible toute dissolution de la fédération, que ce soit par accord de volonté des membres, ou par sécession*"<sup>294</sup>.

Sa présentation de ce second type de Confédération pourrait conduire à la relativisation de la portée des critères de qualification de la Confédération présentés en lien avec le premier type de Confédération. Toutefois, il reprend une partie de ces critères afin de distinguer la Confédération de l'Etat fédéral. Le Fur critique notamment son affirmation de l'effet direct du droit fédéral comme caractéristique de l'Etat fédéral, alors que Jellinek a reconnu l'existence de rapports directs dans son second type de Confédération<sup>295</sup>.

## 2) L'Etat fédéral

52. Jellinek distingue l'Etat fédéral né d'une dissociation de celui né d'une association<sup>296</sup>, et le point de vue juridique du point de vue historique pour présenter la naissance de l'Etat fédéral par association. Selon lui, juridiquement, un Etat non souverain ne peut naître que par la volonté de l'Etat souverain, même si d'un point de vue historique, l'Etat non souverain existait antérieurement à l'Etat souverain. Ainsi, les compétences des Etats de l'Empire allemand de 1871 trouvent leur fondement dans la volonté de l'Empire même si l'histoire dément cette présentation<sup>297</sup>. Le Fur et Laband critiquent la fiction proposée par Jellinek en tant qu'elle conduit à considérer que les Etats non souverains trouvent toujours leur origine dans la volonté d'un Etat souverain, même quand le déroulement historique apparaît le démentir<sup>298</sup>. Laband ajoute que des Etats qui s'unissent pour fonder un Etat fédéral conservent tout simplement certains des droits de domination propres qu'ils possédaient antérieurement. De même, si Siegfried Brie considère également que des Etats peuvent être non souverains, il poursuit que la définition qui en est proposée est dégradée par l'affirmation théorique que les Etats non souverains naissent par la volonté de l'Etat supérieur souverain quand bien même le processus historique serait inverse<sup>299</sup>. A cet égard, il estime que la souveraineté exige uniquement que les membres soient soumis à la domination de l'Etat souverain et qu'il importe peu de savoir

---

<sup>292</sup> *Ibid.*, pp.195-196.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p.299.

<sup>294</sup> *Ibid.*, pp.298-299.

<sup>295</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...*(*op.cit.* note 240), p.511.

<sup>296</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 209), p.48.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p.45.

<sup>298</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...*(*op.cit.* note 240), p.565 (Il ajoute que la supériorité d'une collectivité ne suppose pas son antériorité historique : *Ibid.*, p.578). LABAND (P.), *Das Staatsrecht...*(*op.cit.* note 224), p.69.

<sup>299</sup> BRIE (S.), *Zur Lehre...*(*op.cit.* note 21), p.100.



comment ces droits sont nés<sup>300</sup>.

Jellinek, Laband, et Le Fur estiment qu'un Etat fédéral a pour cadre d'organisation une constitution, mais s'ils rattachent également tous les trois l'étude de la fondation de l'Etat fédéral au domaine du politique, ils diffèrent sur les explications à lui apporter. Jellinek considère que la constitution n'est que l'acte d'organisation adopté par une nation qui est elle-même le résultat de l'histoire, et que l'Etat fédéral suppose comme tout Etat l'existence d'une nation ; la soumission à la constitution des Etats membres est l'expression de l'existence de cette nation<sup>301</sup>. Laband voit dans le fondement de l'Etat fédéral l'action parallèle des autorités législatives des Etats membres<sup>302</sup>. Enfin, Le Fur estime que la formation d'un Etat fédéral peut trouver son origine dans un traité ou une constitution et que, dans le cas d'un traité, son objet est réalisé par l'adoption de la constitution fédérale<sup>303</sup>. Il considère en effet qu'un Etat peut renoncer à sa souveraineté par traité, et que dans ce cas la clause *rebus sic stantibus* assurant la garantie de son intégrité est écartée<sup>304</sup>.

**53.** Jellinek, Laband et Le Fur considèrent que les membres d'un Etat fédéral sont dans une relation de subordination par rapport aux autorités fédérales qui rend impossible leur souveraineté, et ils en déduisent l'exclusion de tout droit de sécession<sup>305</sup>.

Jellinek voit dans le principe selon lequel, le droit fédéral brise le droit étatique une confirmation de la subordination des Etats à l'Etat souverain qui assure la stabilité à l'Etat fédéral qui fait défaut dans le contexte de la Confédération<sup>306</sup>. Quand des droits sont attribués par la constitution fédérale aux membres pour la modification et la suppression desquels des formes plus complexes sont prévues, il ne s'agit pas de droits propres soustraits de façon absolue à la volonté fédérale car cela serait contraire à la nature de l'Etat souverain<sup>307</sup>. L'Etat fédéral ne surplombe pas seulement les Etats membres, il modifie leurs fondements et ne conserve d'eux que ce qui est compatible avec la nouvelle construction<sup>308</sup>. Alors que dans une Confédération un tribunal fédéral a seulement le caractère d'un arbitre, dans un Etat fédéral, il doit exister une instance juridictionnelle obligatoire<sup>309</sup>. Là où les compétences d'un Bund ne peuvent être modifiées que par un accord de volonté des membres il n'y a pas d'Etat fédéral car ce dernier implique une révision par les organes fédéraux par la voie législative<sup>310</sup>. Les compétences qui touchent directement l'existence de l'Etat fédéral doivent être attribuées exclusivement au pouvoir central ; ainsi le centre de gravité des relations internationales, et notamment la compétence de défense, doit se situer au niveau fédéral<sup>311</sup>. Enfin, un Etat membre ne peut entrer dans un rapport confédéral ou une union réelle sans l'accord explicite des institutions fédérales.

Pour Laband, la participation des Etats membres à la formation et l'exécution de la volonté commune est une conséquence nécessaire du concept d'Etat fédéral<sup>312</sup>. Les Etats membres prennent part au pouvoir impérial en tant que membres de l'Empire de la même façon que les

---

<sup>300</sup> *Ibid.*, pp.100-101.

<sup>301</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (*op.cit.* note 209), pp.265-266. C'est la conséquence logique de sa définition de l'Etat : cf. *supra* A) 1) a). Voir pour plus de précision sur sa théorie de la "factualité" (*fakizität*) ainsi que sur les interprétations données par Laband et Le Fur *infra* partie I chapitre I section I §1 A 1).

<sup>302</sup> LABAND (P.), *Le Droit public...* (*op.cit.* note 238), pp.58-59.

<sup>303</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...* (*op.cit.* note 240), p.540.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p.575.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p.490 et p.541. JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (*op.cit.* note 209), p.52.

<sup>306</sup> JELLINEK (G.), *Ibid.*, p.52.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p.272.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p.284.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p.309.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p.296.

<sup>311</sup> *Ibid.*, pp.291-292.

<sup>312</sup> LABAND (P.), *Le Droit public...* (*op.cit.* note 238), p.56.



citoyens participent à la prise de décision démocratique<sup>313</sup>. Le Fur considère également cette participation comme caractéristique de l'Etat fédéral<sup>314</sup>. Au contraire, Jellinek estimant que l'Etat fédéral n'a pas été créé par les Etats membres mais par une nation, rien n'oblige selon lui d'un point de vue purement juridique qu'ils participent à la prise de décision du pouvoir central. Toutefois, il considère cette participation d'une grande importance politique en raison du danger de la naissance d'une rébellion contre l'ensemble en son absence<sup>315</sup>.

Laband estime par ailleurs que dans un Etat fédéral seuls les Etats sont directement soumis au pouvoir impérial, et que leur territoire et leurs citoyens sont uniquement respectivement territoire et sujets indirects de l'Empire<sup>316</sup>. Jellinek critique cette thèse, rappelant que l'effet direct des lois fédérales a permis d'éviter les problèmes d'effectivité du droit fédéral qui existaient sous la Confédération en raison des attermolements des Etats pour le mettre en œuvre<sup>317</sup>. Ainsi l'effet direct constitue selon lui une caractéristique de l'Etat fédéral, même si une soumission directe exceptionnelle ne contredit pas l'essence de la Confédération<sup>318</sup>. Laband rétorque qu'il s'agit simplement d'une mauvaise interprétation de sa doctrine, que la "*soumission indirecte à l'Empire des individus signifie seulement que le pouvoir impérial se tourne régulièrement vers les Etats et domine par leur intermédiaire territoires et individus*", mais que cela n'empêche pas d'affirmer l'effet contraignant direct des lois impériales<sup>319</sup>. Ainsi l'opposition entre une Confédération et un Etat fédéral réside bien dans ce que les institutions confédérales peuvent uniquement établir des principes communs aux Etats membres et ne peuvent adopter des lois liant directement les individus, contrairement à ce qui est le cas pour des institutions d'un Etat fédéral<sup>320</sup>.

Laband voit enfin dans la différence de qualification des organes de l'entité formée un indice de sa nature. Il l'applique à la recherche de la nature de la Confédération du Nord, et du Second Empire en comparant la dénomination des organes avec celle employée dans le traité du Zollverein du 8 juillet 1867. Ce dernier qualifie dans son art.7 le Bundesrat de la Zollverein d' "*organe commun des gouvernements*" et son parlement de "*représentation commune des peuples*", indice selon lui de sa qualité confédérale. Dans l'art.5 de la Constitution de la Confédération du Nord et de la Constitution impériale, cette qualification, qui avait pour but de souligner la nature contractuelle de la Zollverein par opposition à un organisme étatique, est absente<sup>321</sup>, ce qui va selon Laband dans le sens de leur nature étatique.

---

<sup>313</sup> *Ibid.*, p.86. Siegfried Brie considère également la participation des Etats à la formation de la volonté commune décisive pour la nature de l'Etat fédéral au sens juridique (KUSCHNICK (M.), *Integration in Staatenverbindungen. Vom 19. Jahrhundert bis zur EU nach dem Vertrag von Amsterdam*, éd. Walter de Gruyter, 1999, p.50).

<sup>314</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral...*(*op.cit.* note 240), p.682.

<sup>315</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 209), pp.285-287.

<sup>316</sup> LABAND (P.), *Le Droit public...*(*op.cit.* note 238), p.55.

<sup>317</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 209), p.282. L'auteur cite au soutien de cette remarque : TOCQUEVILLE (A. de), *De la Démocratie en Amérique, t.II*, chap.X, Paris, Pagnerre, 1848, p.337 : "*Toutes les fois qu'un gouvernement d'Etat s'adresse à un homme ou à une association d'hommes, son langage est clair et impératif; il en est de même d'un gouvernement fédéral, quand il parle à des individus; mais dès qu'il se trouve en face d'un Etat, il commence à parlementer: il explique ses motifs et justifie sa conduite; il argumente, il conseille, il n'ordonne guère*".

<sup>318</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 209), p.185.

<sup>319</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...*(*op.cit.* note 224), p.76 Note 1.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p.75.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p.85 note 3 .

### 3) Critique de l'opposition entre Etat fédéral et Confédération d'Etats

#### a) Critique de l'interprétation du rapport au droit international

54. Le fait que Jellinek énonce que les nouveaux Etats sont liés même sans leur accord au droit international est tout d'abord, comme le souligne Kelsen, en contradiction totale avec le principe selon lequel un Etat n'est lié que par sa propre volonté et celui selon lequel le droit international est une partie de l'ordre juridique étatique<sup>322</sup>. Jellinek affirme certes que l'Etat n'a pas réellement le choix, qu'il accepte tacitement en entrant en contact avec les autres<sup>323</sup>, mais il ne parvient pas à convaincre. Il est par ailleurs paradoxal, comme le relève Olivier Beaud, que Jellinek affirme que l'Etat fédéral ne peut pas être issu de la volonté des Etats-membres en partant du principe que le droit objectif ne peut naître de rapports intersubjectifs, alors même qu'il admet que les Etats peuvent créer par des traités un droit international qui est un droit objectif<sup>324</sup>.

Laband considère quant à lui que la conclusion du traité constate seulement la volonté des Etats de s'obliger, mais pas la volonté des Etats de remplir leurs obligations. Or, comme le souligne Kelsen, en affirmant que seuls les Etats sont destinataires d'obligations du droit international, et qu'un traité n'aura donc pas d'effet au plan du droit interne d'un Etat, on aboutit à une négation du droit international<sup>325</sup>. Laband oublie ainsi que seuls les comportements humains peuvent être l'objet de réglementation, et qu'une norme qui oblige un Etat mais pas ses autorités ni ses sujets n'a donc pas de sens<sup>326</sup>.

#### b) Critique du statocentrisme

55. Il peut être ensuite reproché à la distinction Etat fédéral et Confédération de partir d'un référentiel étatique, qui déforme les entités politiques étudiées. En ce sens, Elisabeth Zoller critique le statocentrisme de la doctrine européenne qui conduit notamment à l'interprétation de l'Union fédérale créée en 1787 en tant qu'Etat. Il serait selon elle erroné de voir dans la Convention de Philadelphie une assemblée constituante, alors que les négociations ont eu lieu entre des représentants des Etats membres de la Confédération qui avaient été mandatés pour la révision des Articles de la Confédération<sup>327</sup>. Elle souligne que cette lecture du fédéralisme provient de l'interprétation qui s'est imposée aux Etats-Unis après la Guerre de Sécession, interprétation qui diffère du compromis entre deux visions opposées du système fédéral que constituait la Constitution rédigée en 1787<sup>328</sup>.

Plus généralement, l'Etat n'est pas un horizon indépassable et, comme le souligne Maurice Hauriou, les auteurs qui qualifient d'Etat les tribus ou seigneuries dans le système féodal dans le but d'affirmer que le droit ne peut exister en dehors de l'Etat doivent être critiqués<sup>329</sup>. Jellinek et Laband ne peuvent ainsi affirmer d'une part que la fondation de l'Etat est antérieure au droit et qu'il ne constitue qu'un fait historique, et d'autre part que l'Etat est, une fois fondé, source de tout droit<sup>330</sup>. De même, Olivier Beaud souligne que "*loin d'être la forme politique par*

<sup>322</sup> KELSEN (H.), *Das Problem...* (*op.cit.* note 51), p.224

<sup>323</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (*op.cit.* note 209), p.33 : En entrant en relation avec ses égaux, "*il reconnaît les normes qui découlent logiquement de la nature des rapports de droit international comme valant pour lui*", même les aspects de droit coutumier international.

<sup>324</sup> BEAUD (O.), *La notion...* (*op.cit.* note 81), p.238.

<sup>325</sup> KELSEN (H.), *Das Problem...* (*op.cit.* note 51), p.131 et pp.159-160.

<sup>326</sup> *Ibid.*, pp.160-161.

<sup>327</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...* (*op.cit.* note 14), p. 62 et p.149.

<sup>328</sup> En ce sens : CATA BACKER (L.), *The extra-national...* (*op.cit.* note 10), p.179 note 27 et pp.176-177.

<sup>329</sup> HAURIOU (M.), *La théorie de l'institution et de la fondation*, in : *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933, p.92

<sup>330</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 37), p.102.



*excellence qui caractériserait aussi bien les sociétés tribales, l'Antiquité que les Temps modernes, l'Etat est un phénomène historique récent*", et que *"la souveraineté est précisément le concept grâce auquel on peut distinguer l'ère anté-étatique et l'ère étatique"*<sup>331</sup>. Dans le même sens Anton Greber souligne que le concept de souveraineté doit être compris comme une réponse à une situation historique spécifique de l'Europe de l'ouest à la fin du Moyen Age<sup>332</sup>.

Enfin, comme le souligne ce même auteur, penser le fédéralisme à partir de l'Etat conduit à voir dans une union fédérale une organisation incomplète et à considérer comme inéluctable son évolution dans le sens d'une plus grande centralisation<sup>333</sup>.

### c) Critique des éléments de caractérisation de l'Etat fédéral et de la Confédération

**56.** L'opposition entre Confédération et Etat fédéral conduit, comme le relève Schmitt, à élever *"au rang de critère conceptuel n'importe quelle particularité propre à une situation politique donnée"*<sup>334</sup>. Son utilisation implique de forcer les traits de chacune des unions fédérales étudiées, créant une distorsion entre la théorie et la réalité, et entraînant une incohérence au sein même de leur définition. La Confédération est censée ne pas être souveraine, mais elle dispose du pouvoir de faire la guerre, pouvoir qui constitue l'instrument essentiel de défense de l'identité politique chez Schmitt. *A contrario* la souveraineté de l'Etat fédéral entraîne la fin du pouvoir d'auto-détermination, de l'indépendance politique des Etats membres, et donc l'annihilation du caractère fédératif de l'entité qui n'est alors plus qu'une forme d'Etat unitaire<sup>335</sup>. De même, l'argument selon lequel l'Acte final de Vienne (AFV) ne décrit la Confédération que comme une unité politique internationale tout en maintenant l'existence d'entités strictement séparées sur le plan des relations internes n'est pas pertinent car dans la pratique les Etats membres exercent très largement la politique extérieure, et parce que l'intervention fédérale et l'exécution fédérale constituent un mécanisme unificateur dans les rapports internes<sup>336</sup>.

Il est par ailleurs possible, comme le souligne Anton Greber, de critiquer l'affirmation de la participation des Etats membres à la décision fédérale comme critère de caractérisation d'un Etat fédéral<sup>337</sup>. L'auteur relève ainsi que ce critère se trouve avant tout dans la littérature continentale, alors qu'elle est largement absente dans la doctrine anglo-américaine, et il juge contestables les justifications à son soutien. Une première justification avancée, l'idée de compensation, suppose de considérer que l'Etat fédéral serait né d'un troc entre les Etats membres et le niveau fédéral, ce qui n'a pas de sens puisque ce dernier est né avec l'Etat fédéral. En outre, en allant au bout du raisonnement, un Etat conserverait sa nature fédérale même en cas de transfert par ses Etats membres de l'ensemble de leurs compétences au niveau fédéral, dès lors qu'ils continueraient à participer à l'exercice du pouvoir législatif fédéral<sup>338</sup>. La

<sup>331</sup> BEAUD (O.), *État...*(*op.cit.* note 74), p.77. Voir le chapitre de sa thèse sur le dégagement de la notion de souveraineté: *Ibid.*, pp.78 et s. Voir aussi en ce sens : BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, p.491.

<sup>332</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), p.211.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p.103.

<sup>334</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.512 : *"Il est historiquement compréhensible et explicable qu'après 1871 la théorie du droit public du Reich allemand ait ramené à ces slogans simplistes la différence entre ce Reich et la fédération allemande précédente de 1815, et qu'elle ait cru avoir ainsi résolu le problème général de la notion de fédération. De nos jours cette méthode simple n'est plus possible"*.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p.519. Par l'opposition entre Confédération non souveraine et Etat fédéral souverain *"on retire à la confédération la volonté politique globale sans laquelle elle n'est plus qu'une « relation » interétatique (mais une relation paradoxale qui peut mener des guerres en tant que telle, comme la Confédération germanique !); en revanche, l'Etat fédéral devient un Etat souverain et perd son caractère fédératif puisque les Etats membres perdent le droit de décision indépendante sur leur existence politique et ne conservent plus qu'un « droit de législation autonome »"*

<sup>336</sup> En ce sens : BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue*, Tübingen, Mohr, 1961, p.44.

<sup>337</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), p.12.

<sup>338</sup> *Ibid.*, pp.15-16



protection de l'autonomie des Etats membres, la défense contre les possibles dépassements par l'Etat central de ses compétences ne permettrait pas non plus de conclure que la participation des entités fédérées est un élément de qualification de l'Etat fédéral. Anton Greber lui oppose en effet la mise en danger de l'autonomie de l'Etat central et donc l'absence de différenciation entre l'Etat fédéral et la Confédération d'Etats<sup>339</sup>. Il relève en outre qu'en pratique, les sénateurs américains se chargent plutôt de problèmes nationaux que de purs intérêts étatiques, et qu'au sens strict on ne peut parler de participation que dans le système du Bundesrat, qui se trouve être une forme spécifique à l'Allemagne. Enfin, il souligne que ni aux Etats-Unis, ni en Suisse, la deuxième chambre n'a pu s'opposer à la centralisation, et qu'en Allemagne la participation directe des Länder au Bundesrat a même *a contrario* conduit à un évidement des compétences des Länder<sup>340</sup>.

Le recours à l'effet direct comme critère de distinction entre l'Etat fédéral et la Confédération est également critiquable. Murray Forsyth estime ainsi que l'argumentation d'Hamilton concernant l'effet direct a indûment donné l'impression que les Confédérations ne pouvaient prendre de décisions s'imposant directement aux individus. Or, il poursuit que les auteurs du *Fédéraliste* ont eux-mêmes indiqué les domaines dans lesquels un effet direct était possible dans le cadre de l'ancienne Confédération : piraterie, poste, commerce avec les indiens, ...<sup>341</sup>. Dans le même sens, Olivier Beaud s'étonne du maintien de cet élément de distinction en soulignant que même des auteurs qui ont défendu l'opposition entre Etat fédéral et Confédérations d'Etats l'ont écarté<sup>342</sup>.

## §2. Le renouvellement doctrinal des unions fédérales

57. Relevant qu'on se trouve "à l'époque des États ouverts", András Jakab estime que "pour la même raison selon laquelle Bodin et Hobbes ont inventé leur concept, c'est-à-dire pour la sécurité et la stabilité, le concept de la souveraineté traditionnelle devrait être supprimé, plus de coopération étant nécessaire entre les États"<sup>343</sup>. La définition classique de la souveraineté apparaît en particulier difficilement compatible avec la compréhension des unions fédérales entre Etats.

Une première solution apportée par la théorie kelsénienne consiste à rejeter cette compréhension classique de la souveraineté et ses conséquences<sup>344</sup>. Si sa contribution au renouvellement doctrinal sur les unions fédérales mérite d'être étudiée (A), nous avons déjà souligné les limites de sa perspective pour penser le fédéralisme. En outre, il ne développe pas de théorie approfondie des unions fédérales.

Une autre possibilité a été proposée avec un concept de Fédération, intermédiaire entre l'Etat fédéral et la Confédération, fondé sur un partage de l'exercice de la souveraineté entre les

---

<sup>339</sup> *Ibid.*, pp.16-17

<sup>340</sup> *Ibid.*, p.19

<sup>341</sup> FORSYTH (M.), *Unions of States. The theory and practice of confederation*, New York, Leicester University Press, Holmes & Meier publishers, 1981, p.110. Renvoi pour les exemples de domaines dans lesquels l'effet direct joue à : MADISON (J.), n°40, HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (*op.cit.* note 2).

<sup>342</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (*op.cit.* note 83), p.82. L'auteur prend comme exemple Le Fur qui critiquait la position de Jellinek : voir sur cette critique *infra* 2) a).

<sup>343</sup> JAKAB (A.), La neutralisation de la question de la souveraineté, Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne, *Jus politicum*, n°1, juillet 2008, p.12 : [http://www.juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question\\_28.html](http://www.juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question_28.html).

<sup>344</sup> Frédéric RAMEL note que "Kelsen conçoit la souveraineté comme a-juridique et comme une construction idéologique afin d'obtenir l'obéissance des sujets" (Carl... (*op.cit.* note 130), p.27). Kelsen écrit même que "l'élimination du dogme de la souveraineté, [conçu comme] principal instrument de l'idéologie impérialiste dirigée contre le droit international est un des résultats les plus importants de la Théorie pure" (*Théorie pure du droit, introduction à la science du droit*, 1<sup>ère</sup> éd., trad. par THEVENAZ (H.), éd. de La Baconnière, 1953, p.196).

niveaux fédéral et fédéré et une détention de la souveraineté par le peuple (B). Bien qu'apportant des précisions intéressantes sur la logique fédérale, cette théorie apparaît trop marquée par le modèle américain.

C'est une troisième proposition qui servira de base à notre réflexion. Proposée par Carl Schmitt, et reprise et développée par Olivier Beaud et Anton Greber, elle écarte la souveraineté de l'étude des unions fédérales tout en la conservant comme critère de qualification de l'Etat (C).

## **A. Eléments de réflexion kelsénienne du fédéralisme**

58. La "théorie [...] de la décentralisation des ordres juridiques est une manière pour Kelsen de critiquer la théorie de la souveraineté"<sup>345</sup> ainsi que la définition de l'opposition entre Etat fédéral et Confédération d'Etats posée par Laband et Jellinek (1). Son affirmation de la "parité fédérative", et le rejet qu'il implique de la lecture hiérarchique des rapports entre les niveaux fédéral et fédérés qui se retrouve dans la doctrine fédérale classique, permet ensuite de bien comprendre la logique fédérale<sup>346</sup> (2). Enfin, Kelsen met en exergue l'importance du rôle joué par les juridictions dans la garantie de la parité fédérative et la structuration des ordres fédéraux, qu'il appelle "centralisation". Ces fonctions des juridictions fédérales sont un gage de durabilité de la Fédération (3).

### ***1) La décentralisation, moyen de relativiser la souveraineté***

59. Kelsen différencie les ordres juridiques selon leur degré de centralisation et de décentralisation. Selon un aspect statique il y a décentralisation dès lors qu'il existe : d'une part sur un territoire un ordre juridique central et des ordres juridiques locaux, et d'autre part des normes valables sur l'ensemble du territoire et des normes valables uniquement sur une partie de celui-ci<sup>347</sup>. Selon une perspective dynamique, il y a décentralisation dès lors que les modes de création et d'exécution des normes ne sont pas concentrés par un même organe<sup>348</sup>. Kelsen oppose la procédure législative, mode relativement centralisé de production des normes, et la coutume, mode de production des normes relativement décentralisé<sup>349</sup>.

Les ordres juridiques primitifs se caractérisent par une forte décentralisation au plan dynamique. La production du droit provient essentiellement du peuple, ce sont les individus qui sont organes de création du droit coutumier. Ils sont également organes d'exécution avec le recours à l'autodéfense<sup>350</sup>.

---

<sup>345</sup> Souligné par : BEAUD (O.), Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération, in : HERRERA (C.-M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, p.56.

<sup>346</sup> Souligné par : *Ibid.*, pp.54-55. GREBER (A.), *Die Vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), p.241.

<sup>347</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...*(*op.cit.* note 23), 2<sup>e</sup> éd., pp.413-414.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p.412 et pp.416-417. Otto PFERSMANN le résume : "du point de vue statique [...], il y aura décentralisation dès lors que, sur une partie au moins du territoire total, s'appliquent d'autres normes que sur le reste" et "du point de vue dynamique, il y aura décentralisation lorsqu'une étape de la concrétisation de l'ordre juridique est confiée à un organe différent de celui auquel l'ordre juridique attribue la production des normes de degré supérieur et plus abstrait". (Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité, *Revue d'Allemagne*, 1996, pp.171-185 p.179).

<sup>349</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...*(*op.cit.* note 23), 2<sup>e</sup> éd., p.308.

<sup>350</sup> KELSEN ne renonce pas ici à l'idée de monopole de la contrainte par la collectivité juridique : "Les individus que l'ordre juridique habilite à exercer la contrainte p[euve]nt être considérés [...] comme des organes de la collectivité". "Ce monopole de la contrainte est décentralisé lorsque les individus qui sont habilités à accomplir les actes de contrainte prévus par l'ordre juridique n'ont point le caractère d'organes spéciaux et spécialisés, [...] lorsque l'ordre juridique admet qu'on se fasse justice soi-même" (*Ibid.*, pp.50-

Cette présentation est transposable au plan de l'ordre international qui ne connaît pas non plus d'organe centralisé de création et d'exécution du droit. Les Etats qui sont à l'origine de la formation du droit international doivent être vus comme ses organes<sup>351</sup>. Ils créent le droit de façon décentralisée par la coutume ou par traités et l'exécutent. En effet, puisqu'il n'existe pas d'organe chargé de trancher obligatoirement les litiges, la résolution des conflits entre Etats ne peut se faire que par négociation entre eux, et si celle-ci échoue, l'Etat s'estimant lésé sera habilité à exercer des actes de contraintes ou des droits-réflexes par le biais de représailles.

Alors que l'ordre juridique international présente une décentralisation forte car les normes sont pour l'essentiel locales, l'Etat est un ordre juridique caractérisé par un fort niveau de centralisation car les normes centrales représentent un pourcentage important de l'ensemble des normes applicables sur le territoire<sup>352</sup>.

60. Sur cette base, Kelsen fait une distinction de degré et non de nature entre l'Etat unitaire décentralisé et l'Etat fédéral, ce dernier étant "*un cas spécial de décentralisation*"<sup>353</sup>. Et "*sur l'échelle de la décentralisation, l'Etat fédéral se situe entre l'Etat unitaire et la Confédération internationale d'Etats*"<sup>354</sup>. De même, Kelsen considère qu'il n'y a qu'une différence graduelle entre Etat fédéral et Confédération<sup>355</sup>. Il n'y a en effet, selon lui, "*pas de différence qualitative de nature, mais seulement des différences quantitatives, de degré entre les différentes formations juridiques*" allant de la commune à la communauté internationale, il y a seulement entre elles "*une série de transformations juridiques rigoureusement continues et aux transitions insensibles*"<sup>356</sup>.

Concernant la différence entre Etat fédéral et Confédération, Kelsen ne la juge recevable qu'en partant du principe que les ordres partiels sont encore sujets de droit international dans le second cas, alors qu'ils ne le sont plus dans le premier, et uniquement dans la mesure où le traité fondant la Confédération repose sur un ordre juridique supérieur, alors que le traité-constitution à la base de l'Etat fédéral est l'ordre suprême<sup>357</sup>.

## 2) La parité fédérative

61. Sur la base de la théorie de la décentralisation, il présente les unions fédérales à partir de trois et non de deux ordres comme la perspective classique : un "ordre répartiteur" institue "*un ordre juridique partiel dont le domaine spatial de validité s'étend sur la totalité du territoire*", et des "*ordres juridiques partiels dont le domaine spatial de validité comprend pour chacun une partie seulement du territoire*"<sup>358</sup>.

Kelsen distingue l'Etat fédéral central (Oberstaat), les Etats membres et l'Etat fédéral global (Gesamtstaat) ou fédération (Bund)<sup>359</sup>, ce dernier étant l' "*ordre juridique répartiteur*" ou

---

51).

<sup>351</sup> Voir : *Ibid.*, p.424 et p.433 et KELSEN (H.), *Das Problem...*(*op.cit.* note 51), p.260 et s.

<sup>352</sup> LEBEN (C.), A propos...( *op.cit.* note 17), p.63.

<sup>353</sup> KELSEN (H.), La garantie...( *op.cit.* note 187), p.254.

<sup>354</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat* (*op.cit.* note 198), p.365.

<sup>355</sup> PAULY (W.), préface, JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 209), p.XXII.

<sup>356</sup> KELSEN (H.), Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, *RCADI*, 1928, vol.14, p.261. Voir aussi : KELSEN (H.), *Das Problem...*(*op.cit.* note 51), p.287. Voir toutefois pour une critique du retour comme critère de distinction entre l'Etat unitaire décentralisé et l'Etat fédéral la participation ou non des entités à la révision de la Constitution fédérale : BEAUD (O.), Hans Kelsen...( *op.cit.* note 345), p.59.

<sup>357</sup> KELSEN (H.), *Das Problem...*(*op.cit.* note 51), p.286

<sup>358</sup> PFERSMANN (O.), Hans Kelsen...( *op.cit.* note 348), p.179.

<sup>359</sup> Olivier BEAUD souligne que dans sa 2<sup>e</sup> édition de la *Théorie pure du droit*, "*Kelsen changera non pas de théorie, mais de vocabulaire*", parlant pour le Tout, non plus d'"Etat fédéral global", mais de "*Fédération*" (*Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.148). Il utilise "fédération" et non "Confédération" comme Charles Eisenmann



"ordre juridique global" (Gesamtordnung)<sup>360</sup>. Il énonce ensuite qu' "entre la fédération ou le soi-disant Etat supérieur, d'une part, et les Etats membres ou Etats particuliers, d'autre part, [...] il n'y a pas de relation de hiérarchie", mais "une relation de coordination"<sup>361</sup>

**62.** La répartition des compétences est une manifestation matérielle de cette parité entre le niveau central et le niveau fédéré<sup>362</sup>. Elle forme "le noyau politique de l'idée fédéraliste", son respect est "une question politique vitale"<sup>363</sup>. En effet, "le règlement de cette décentralisation forme [...] le contenu essentiel de la Constitution générale de l'Etat, qui détermine principalement quelles matières seront réglées par des lois centrales, et quelles matières par des lois locales"<sup>364</sup>.

Dans la suite logique de cette parité fédérale, il affirme ensuite la nécessité de distinguer la constitution globale et la constitution de l'Etat supérieur "même si c'est un seul et même organe qui est appelé à modifier la Constitution générale de l'Etat et celle de la Confédération"<sup>365</sup>. Il estime en effet qu' "on ne saurait concevoir une pluralité [...] d'ordres juridiques coexistants, sans qu'un ordre total les comprenne tous et les délimite les uns par rapport aux autres"<sup>366</sup>. Même s'il affirme que la constitution de l'ordre global n'est pas une "simple présupposition de logique juridique" mais est "nécessairement du droit positif"<sup>367</sup>, elle peut être rapprochée, comme le remarque Olivier Beaud, de la norme fondamentale : elle permet de concevoir l'existence du système fédéral tout comme la norme fondamentale permet de fonder logiquement l'ordre juridique<sup>368</sup>.

**63.** Le problème de l'existence d'organes relevant de ce tiers ordre se pose alors. Kelsen affirme le rattachement du tribunal constitutionnel, dont l'objet est d'assurer la protection de la constitution globale, à l'ordre juridique global<sup>369</sup>. Au soutien de l'existence de trois ordres juridiques, Otto Pfersmann indique qu'il faut relever que ce sont souvent les mêmes organes qui exercent les fonctions de "l'ordre partiel valide sur le territoire tout entier" et celles de l'ordre de répartition<sup>370</sup>. Il donne ainsi l'exemple du Parlement fédéral fréquemment compétent pour adopter les lois fédérales, y compris constitutionnelles, et pour modifier la répartition des compétences entre les deux niveaux de la Fédération. Il ajoute que la distinction est visible quand des procédures différentes sont prévues pour les normes constitutionnelles concernant la répartition des compétences et pour celles portant sur d'autres domaines<sup>371</sup>.

---

car cette dernière expression est connotée en raison de l'opposition entre Confédération d'Etats et l'Etat fédéral (BEAUD (O.), Hans Kelsen...(op.cit. note 345), p.63).

<sup>360</sup> BEAUD (O.), Hans Kelsen...(op.cit. note 345), p.60. Comme le souligne Olivier BEAUD, la reprise par Kelsen de l'expression d' "Etat central" est en opposition avec le but d'égalité avec le niveau des Etats membres qu'il cherche à exprimer (*Ibid.*, p.62).

<sup>361</sup> KELSEN (H.), Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in : *Festgabe für Fritz Fleiner*, J.C. Tubingen, Mohr, 1927, p.131 cité et traduit par BEAUD (O.), *Théorie...*(op.cit. note 83), p.59. Voir aussi : KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat* (op.cit. note 198), p.366.

<sup>362</sup> BEAUD (O.), Hans Kelsen...(op.cit. note 345), p.66.

<sup>363</sup> KELSEN (H.), La garantie...(op.cit. note 187), p.254.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p.254.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p.255.

<sup>366</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure...*(op.cit. note 23), 2<sup>e</sup> éd., p.414.

<sup>367</sup> KELSEN (H.), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, pp.199-200, cité et traduit par BEAUD (O.), Hans Kelsen...(op.cit. note 345), p.61.

<sup>368</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, pp.63-64.

<sup>369</sup> KELSEN (H.), Die Bundesexekution...(op.cit. note 361), p.165-166.

<sup>370</sup> PFERSMANN (O.), Hans Kelsen...(op.cit. note 348), p.179.

<sup>371</sup> *Ibid.*, p.180. Il en donne comme illustration la protection du fédéralisme posée à l'art.79 al.3 LF et la soumission à l'accord de l'Etat concerné pour la remise en cause de son égalité de suffrage au Sénat dans la Constitution des EU.

Mais, comme le souligne Olivier Beaud, il s'agit d'un simple retour à la doctrine du dédoublement fonctionnel, et la détermination du niveau global ou central auquel un acte est imputable se révèle généralement difficile<sup>372</sup>.

### 3) Importance d'une juridiction pour l'effectivité de l'ordre fédéral

64. Kelsen met en avant le rôle des juridictions dans la structuration du droit au niveau international, affirmant que, tout comme cela a été le cas au niveau interne, il est possible de passer avec les juridictions d'un ordre très fortement décentralisé dans un état primitif à un ordre plus centralisé<sup>373</sup>. Kelsen remarquait déjà, "*au sein de collectivités de droit international particulières, la constitution d'organes centraux ayant un rôle de création et d'exécution des normes juridiques*" et que "*tout comme ce fut le cas dans l'histoire des ordres juridiques étatiques, ce processus de centralisation commen[çait] [...] par la juridiction*"<sup>374</sup>. Il souligne qu'outre son rôle de garant de l'effectivité de l'ordre juridique fédéral, une juridiction contribue à une pacification des relations en permettant un recul du recours aux moyens primitifs d'exécution.

65. Il transpose ce rôle dans le contexte de la Fédération, et voit même dans l'existence d'une juridiction constitutionnelle l'accomplissement d'une Fédération<sup>375</sup>. Il affirme en effet que "*l'idée politique de l'Etat fédéral n'est pleinement réalisée qu'avec l'institution d'un tribunal constitutionnel*" qui constitue la meilleure garantie d'un tiers impartial<sup>376</sup>. Plus globalement, il considère que la Fédération a un caractère centralisateur par rapport à l'ordre international, que c'est un ordre juridique plus perfectionné parce que la sanction contre un Etat membre se fait par le biais d'une action juridictionnelle<sup>377</sup>.

S'il estime nécessaire la compétence de la Cour constitutionnelle pour trancher les litiges entre les deux niveaux, il rejette par contre le principe de primauté du droit fédéral sur le fondement de son affirmation de la parité fédérale<sup>378</sup>. Il considère en effet que "*le respect véritable de l'idée fédéraliste [...] exige [...] que tous soient dans leurs rapports réciproques également jugés d'après la Constitution générale qui délimite leur domaine respectif*"<sup>379</sup>.

Il critique par ailleurs l'institution de l'exécution fédérale qui permet une exécution forcée par un Etat membre de ses obligations fédérales. Il la présente tout d'abord comme une "*technique juridique primitive de sanction*", "*sorte de résidu du droit international dans l'Etat fédéral*"<sup>380</sup>. Elle met ensuite selon lui à mal la parité fédérative en mettant l'accent sur la sanction à l'encontre des seuls Etats membres, puisqu'aucune procédure d'exécution forcée n'est prévue à l'encontre des autorités fédérales, au contraire de la résolution juridictionnelle d'un conflit entre les deux niveaux. Pour lui, l'exécution fédérale "*ne devrait se présenter [...] que comme l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal constitutionnel et dans lequel il a établi l'inconstitutionnalité de la conduite, soit de l'Etat central, soit de l'Etat membre*"<sup>381</sup>.

<sup>372</sup> BEAUD (O.), Hans Kelsen...(*op.cit.* note 345), p.65.

<sup>373</sup> Souligné par : RAMEL (F.), Carl...(*op.cit.* note 130), p.21.

<sup>374</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure*...(*op.cit.* note 23), 2<sup>e</sup> éd., pp.429-430.

<sup>375</sup> SCHÖNBERGER (C.), Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen : Gemeinsamkeiten und Schwachstellen, in : BEAUD (O.), PASQUINO (P.), *La controverse*...(*op.cit.* note 22), p.184.

<sup>376</sup> KELSEN (H.), Die Bundesexekution...(*op.cit.* note 361), respectivement p.253 et pp.164-165 (cité et traduit par BEAUD (O.), Hans Kelsen...(*op.cit.* note 345), p.78).

<sup>377</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.80.

<sup>378</sup> "*C'est un des paradoxes de la théorie de l'Etat fédéral qu'elle présente le principe « droit d'Empire brise droit de Province » comme répondant à l'essence de l'Etat fédéral et dissimule, par cela seul, la nécessité d'une juridiction constitutionnelle pour l'Etat fédéral*" (KELSEN (H.), La garantie...(*op.cit.* note 187), p.256).

<sup>379</sup> *Ibid.* Voir aussi : KELSEN (H.), Die Bundesexekution...(*op.cit.* note 361), pp.180-181.

<sup>380</sup> *Ibid.*, p.72 renvoi à KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat* (*op.cit.* note 198), p.375.

<sup>381</sup> KELSEN (H.), La garantie...(*op.cit.* note 187), p.257. Voir aussi : KELSEN (H.), Die

66. Si Kelsen donne des pistes intéressantes de réflexion pour repenser les unions fédérales, il ne donne pas de définition globale et sa perspective théorique générale ne permet pas une compréhension complète du phénomène fédéral.

## **B. La Fédération comme un entre-deux**

67. Il est alors intéressant de se pencher sur le concept de Fédération proposé par Elisabeth Zoller qui propose une réflexion générale renouvelée sur le fédéralisme, ne présentant pas de séparation stricte entre politique et juridique.

Elisabeth Zoller propose un concept de Fédération, très marqué par le modèle fédéral et la doctrine américaine, qui a été qualifié d'hybridation pour traduire son statut intermédiaire entre la Confédération d'Etat et l'Etat fédéral<sup>382</sup>. Elle précise ne pas rejeter le concept de souveraineté mais celui d'Etat pour penser sa Fédération, rappelant ainsi que "*la notion d'Etat était en fait un repoussoir pour les pères fondateurs*" qui ont créé "*quelque chose entre l'Etat et la Confédération*"<sup>383</sup>.

### ***1) Les fondements de la théorie de la Fédération d'Elisabeth Zoller***

68. Elisabeth Zoller réaffirme tout d'abord l'importance de la dualité fédérative, critiquant le fait que celle-ci soit passée sous silence au plan international<sup>384</sup>. Elle pense ensuite, pour paraphraser un des titres de son cours à l'académie de droit international de La Haye, le fédéralisme à partir de l'individu<sup>385</sup>, et elle fonde son concept de Fédération sur un partage de l'exercice de la souveraineté entre les deux niveaux fédéral et fédéré, trouvant une cohérence dans sa détention par le peuple.

Si la Fédération est reconnue comme "*unité souveraine au sens du droit international*", Elisabeth Zoller souligne tout d'abord que ses membres ne sont pas pris en compte par ce même droit international, ce qui est en contradiction avec la dualité fédérale<sup>386</sup>. En effet, le principe affirmé par la sentence internationale arbitrale dite du *Montijo* du 17 août 1874 est celui de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat fédéral pour une violation du droit international commise par une entité fédérée<sup>387</sup>. L'absence d'habilitation des autorités fédérales pour

---

Bundesexekution...(*op.cit.* note 361), p.136.

<sup>382</sup> AZOULAI (L.), in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution...*(*op.cit.* n°12), p.97.

<sup>383</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...*(*op.cit.* note 14), p.63. Louis DUBOIS propose aussi, avec sa "*Fédération démocratique d'Etats et de citoyens*", un intermédiaire entre Confédération et Etat fédéral. Il rejette toutefois le concept de souveraineté et non celui d'Etat comme Elisabeth Zoller. Il est à noter qu'il critique très justement l'expression de Fédération d'Etats-nations, employée tout d'abord par Jacques Delors et largement reprise depuis, soulignant que tous les Etats membres de l'UE ne sont pas des Etats-nations (La nature...(*op.cit.* note 15), p.89). Enfin, il est à relever que ces deux modèles d'hybridation correspondent à la position intermédiaire du schéma présenté par Murray FORSYTH qui distingue trois types d'union fédérale une caractérisée par une supériorité de l'autorité fédérale, une présentant une égalité entre les deux niveaux, et une avec une autorité fédérale aux pouvoirs restreints ne permettant pas qu'il soit un gouvernement complet "*fully-fledged government*" (The political theory of federalism. The relevance of classical approaches, in : HESSE (J.), WRIGHT (V.) (éd.), *Federalizing Europe ? The costs, benefits and preconditions of federal political systems*, Oxford University Press, 1995, p.33 cité par BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.19).

<sup>384</sup> Voir pour une autre critique en ce sens : BEAUD (O.), *Ibid.*, p.168.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p.149.

<sup>386</sup> *Ibid.*, p.63.

<sup>387</sup> NATIONS UNIES, *Annuaire de la commission du droit international, 2001. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session, volume II*, New York, Publications des Nations Unies, 2007, p.43 : explications données aux propositions d'articles sur la responsabilité de l'Etat,



contraindre les autorités fédérées à respecter les obligations internationales en cause ne peut être invoquée. En dépit d'une évolution du droit international et de la multiplication des coopérations internationales entre entités subnationales mêmes d'Etats décentralisés<sup>388</sup>, le principe même de l'unité extérieure de responsabilité est maintenu<sup>389</sup>. Ainsi, si dans sa décision *Lagrand* de 1999 la Cour internationale de justice a tenu compte de l'organisation fédérale des Etats-Unis en exigeant que le gouvernement fédéral transmette au gouverneur de l'Arizona la décision rendue, c'est surtout dans le but d'assurer la mise en œuvre effective des mesures qu'elle ordonnait, sachant que, comme elle le réaffirme, une inaction de sa part entraînerait la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat fédéral<sup>390</sup>.

Elisabeth Zoller se focalise par ailleurs sur l'individu pour penser sa Fédération. Cela s'explique tout d'abord par l'influence du contexte américain sur sa réflexion. Elle relève ainsi que les américains se gouvernent au niveau local dans leur communauté et que ce n'est qu'à titre supplémentaire qu'ils considèrent qu'ils doivent être gouvernés par une autorité supérieure. L'idée selon laquelle le pouvoir vient d'en bas serait selon elle ancrée depuis la période de colonisation, les colonies américaines étant nées d'initiatives privées et ayant été libres de s'organiser<sup>391</sup>. Elisabeth Zoller met ensuite l'accent sur l'importance du rôle joué par le développement des droits fédéraux individuels, socle de la double citoyenneté fédérale et fédérée. Elle affirme que l'adoption des 13<sup>e</sup>, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> amendements après la guerre de Sécession "*fut une véritable révolution dans la théorie fédérale dans la mesure où, en donnant des droits à l'individu et en lui accordant sa protection, la fédération s'est attribuée ce qui constitue le ciment de toute union, le pouvoir de se faire aimer*"<sup>392</sup>. Si le développement du sentiment d'appartenance est un facteur essentiel de stabilisation de la Fédération, la présentation d'Elisabeth Zoller conduit à mettre largement de côté les rapports entre autorités fédérales et Etats membres qui sont pourtant également essentiels à la sauvegarde d'une Fédération. Son étude des Etats-Unis la conduit en effet à mettre l'accent sur les rapports entre les autorités fédérales et les individus, et notamment sur les pouvoirs exercés par les premières sur les seconds, même quand c'est pour souligner les limites de leur contribution au maintien de la Fédération. Elle relève ainsi que "*l'histoire constitutionnelle de l'Union américaine a prouvé [...] qu'un gouvernement fédéral « fort » ne préviendra pas la dislocation si certains de ses citoyens redoutent qu'il ne les trahisse*", et donne l'exemple de l'absence d'effet dissuasif des larges pouvoirs notamment militaires et fiscaux de l'Union vis-à-vis des Etats du Sud<sup>393</sup>. La question n'est pas ici traitée en termes de garantie de la préservation de certains intérêts essentiels des Etats membres, de respects mutuels entre les niveaux fédéral et fédéré. Or, comme le rappelle Olivier Beaud, "*l'élément premier dans une théorie du fédéralisme n'est pas la relation de face à face entre le pouvoir et les individus, mais au contraire les diverses*

---

ici explication de l'article 4).

<sup>388</sup> Voir sur cette évolution du droit international : BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 83), pp.172-173.

<sup>389</sup> NATIONS UNIES, *Ibid.*, p.43.

<sup>390</sup> "*Considérant que la responsabilité internationale d'un État est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet État, quels qu'ils soient ; [...] que, selon les informations dont dispose la Cour, la mise en œuvre des mesures indiquées dans la présente ordonnance relève de la compétence du Gouverneur de l'État de l'Arizona ; que le Gouvernement des États-Unis est par suite dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur ; et que le Gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des Etats-Unis*" (affaire *Lagrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Rec.1999, pt.28, p.16).

<sup>391</sup> ZOLLER (E.), *Le droit des Etats-Unis*, PUF, 2000, p.6 à 8. L'auteur écrit que "*cette liberté initiale, expression d'un self-government avant la lettre, a profondément marqué la culture politique et juridique des Etats-Unis*" (*Ibid.*, p.8).

<sup>392</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...* (op.cit. note 14), pp.151-152.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p.152.



*relations de systèmes qui existent entre l'unité fédérale (la fédération) et les unités fédérées (Etats membres) et entre celles-ci*". Le principe fédéral n'est pas un "principe individualiste", mais "un principe « holiste structural » de reconnaissance et de préservation dans le cadre d'un tout unitaire de la diversité des collectifs et de leurs droits spécifiques qui sont en concurrence et en complémentarité avec ceux des individus"<sup>394</sup>.

Son application de la souveraineté à la Fédération est également influencée par l'exemple américain, et plus particulièrement par l'interprétation proposée par le juge Marshall. Ce dernier contourne la problématique de l'unité de la souveraineté et de l'incompatibilité de la coexistence de deux unités politiques souveraines en considérant que le peuple est souverain et qu'il a délégué l'exercice de la souveraineté à deux niveaux : l'Union américaine et l'Etat<sup>395</sup>. Mais l'hypothèse d'une détention de la souveraineté par le peuple américain dès 1787 suppose de le considérer comme une unité dès cette date, or, comme le reconnaît Elisabeth Zoller, l'affirmation de l'existence d'un peuple américain à cette époque est un mythe qu'a contribué à forger la Cour suprême américaine<sup>396</sup>.

## **2) La distinction entre Fédération, Etat fédéral et Confédération**

**69.** Le concept de Fédération qu'elle propose se distingue ensuite des concepts d'Etat fédéral et de Confédération.

Elle distingue tout d'abord la Confédération de la Fédération en se fondant là encore sur la doctrine américaine. Elle reprend ainsi les expressions de "traité" pour désigner l'acte de base de la Confédération et de "compact" pour qualifier l'acte fondateur de la Fédération<sup>397</sup>. Elle renvoie ensuite aux arguments développés par Madison pour les distinguer. Ce dernier, partant de la nature juridique de traité des Articles de la Confédération, estimait que sa dénonciation par l'une des parties était possible dès lors qu'une autre partie n'avait pas rempli ses obligations conventionnelles<sup>398</sup>. Madison voyait un soutien à cette interprétation dans l'absence de disposition prévoyant la possibilité de recourir à la force "pour contraindre un membre de l'Union défailant à respecter ses obligations"<sup>399</sup>. S'appuyant sur cette nature conventionnelle, il arguait ensuite du caractère répété des violations des Articles de la Convention pour justifier le droit pour certains de ses Etats membres de mettre fin à la Confédération, ouvrant la voie à une nouvelle union. Au contraire, il affirme que la Constitution adoptée en 1787 écarte une telle possibilité de mettre fin à l'union fédérale créée sur la base de la violation de certaines de ses dispositions<sup>400</sup>. Il relève comme autre différence que la rédaction originelle énumérait les différents peuples comme auteurs de la Constitution, là où les Articles de la Confédération faisaient référence aux "délégués des Etats-Unis"<sup>401</sup>. Il souligne en outre que la ratification de la

---

<sup>394</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 83), p.200.

<sup>395</sup> Elle cite un passage de la décision *Mac Culloch v. Maryland* (17 U.S. 316 (1819) p.410) comme illustration de l'affirmation du principe de division de l'exercice de la souveraineté : "En Amérique, les pouvoirs de souveraineté sont divisés entre le gouvernement de l'Union et ceux des Etats. Ils sont chacun souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'un et jamais souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'autre" (Cité et traduit par : ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...* (op.cit. note 14), p.70).

<sup>396</sup> Elle note ainsi que le mouvement d'extension des droits de citoyenneté fédérale a commencé après la guerre de Sécession et non dès 1787 (*Ibid.*, p.150).

<sup>397</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...* (op.cit. note 14), p.109.

<sup>398</sup> cf. *Ibid.*, p.78 note 58.

<sup>399</sup> Séance du 19 juin 1787, MADISON (J.), *Notes of debates in the Federal Convention of 1787 reported by James Madison*, New York, W.W. Norton and Co., 1987, p.141.

<sup>400</sup> MADISON (J.), *Ibid.*, p.353 : séance du 23 juillet 1787 (citée par ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...* (op.cit. note 14), p.85) : "Dans l'hypothèse où des peuples viennent à s'unir en concluant une constitution, la nature d'un tel pacte a toujours été entendue comme excluant cette interprétation".

<sup>401</sup> MADISON (J.), *Ibid.*, p.352 : séance du 23 juillet 1787, citée par ZOLLER (E.), *Ibid.*, p.85.



première n'avait pas été, contrairement à la seconde, effectuée par les législatures mais par des conventions constitutionnelles dont les membres avaient été spécialement élus par les peuples des Etats. Enfin, il remarque que contrairement aux Articles de la Confédération, la "*Constitution op[ère] d'importantes altérations dans les constitutions d'Etats et qu'elle affect[e] donc le pouvoir constituant dans chacun d'entre eux*"<sup>402</sup>.

70. La différence entre l'Etat fédéral et la Fédération repose quant à elle tout d'abord sur le principe de répartition des compétences, la Fédération n'ayant pas "*la vaste étendue des compétences d'un Etat souverain unitaire*"<sup>403</sup>. Elisabeth oppose ainsi "*l'incomplétude recherchée, voire cultivée, du fédéralisme américain*" au fédéralisme du Second Empire allemand qu'elle considère "*construit sur le modèle d'une sorte de super-Etat*", "*qui domine de sa puissance des Etats subordonnés dont il a fini par absorber l'essentiel des compétences*"<sup>404</sup>.

La procédure de révision de la Constitution est ensuite présentée comme autre critère de distinction. Elisabeth Zoller estime ainsi que l'Empire allemand est un Etat car la modification de sa Constitution prévue à l'art.78 RV dépend d'un simple vote des deux chambres fédérales réunies, sous réserve d'un veto de 14 voix conféré à la Prusse<sup>405</sup>. Elle considère *a contrario* que les Etats-Unis sont une Fédération car la procédure d'amendement de la Constitution des Etats-Unis est soumise à une ratification des Etats et parce que son art.V soumet la privation de son droit de vote au Sénat au consentement de l'Etat concerné. Ce critère de distinction la conduit toutefois à voir dans le frein à l'évolution vers un Etat unitaire une remise en cause de la "*prétendue « puissance étatique »*" de l'Allemagne contemporaine<sup>406</sup>, alors que l'autonomie des entités fédérées y est beaucoup plus réduite que sous le Second Empire et qu'une procédure permettant le redécoupage des Länder est prévue à l'art.29 de la Loi fondamentale (LF).

Associant Etat et Etat unitaire, Elisabeth Zoller considère que les Etats-Unis ne sont pas devenus un Etat après la guerre de Sécession et qu'ils demeurent une Fédération. Ils sont selon elle seulement considérés comme un Etat dans leurs relations internationales et souligne que les cours de droit constitutionnel dispensés aux Etats-Unis n'emploient pas le terme d'Etat pour désigner l'Union américaine<sup>407</sup>. Le commentateur européen plaquerait ainsi sur les Etats-Unis ses grilles de lecture en ne se souciant pas de la doctrine locale. Elle rejette cette qualification d'Etat en soulignant que l'Union américaine est tout sauf une "*forme d'organisation politique de la société qui a progressivement monopolisé à son profit la régulation de l'ensemble de la société, éliminant à partir du XVIe siècle ses vieux rivaux qu'étaient l'Eglise et l'Empire*"<sup>408</sup>. Et de reprendre l'expression de "*processus partiel*" pour désigner le gouvernement américain<sup>409</sup>. Elisabeth Zoller lit ainsi dans la formule de l'arrêt *Texas v. White* de 1868 d'"*Union indestructible composé d'Etats indestructibles*" l'expression du maintien d'une limitation réciproque entre l'Union et les Etats<sup>410</sup>, et donc d'une forme d'équilibre. Pour illustrer l'absence de rapport hiérarchique entre les deux niveaux de gouvernement, elle cite par ailleurs l'opinion de la juge O'Connor dans la décision *New York v. US* de 1992 affirmant l'interdiction pour le

<sup>402</sup> Présentation par : ZOLLER (E.), *Ibid.*, p.83.

<sup>403</sup> ZOLLER (E.), *Ibid.*, p.63.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>405</sup> *Ibid.*, p.68.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p.69.

<sup>407</sup> "*le seul « Etat » que l'on connaisse en droit constitutionnel est l'Etat fédéré*" : *Ibid.*, pp.60-61. Voir aussi : *Ibid.*, p.15 : "*La Constitution de 1787 n'a pas créé un Etat, mais un « gouvernement » fédéral (federal government), et le seul Etat (state), que les Américains connaissent, c'est leur Etat de résidence*". Voir enfin pour les références des principaux manuels au soutien de cette remarque : *Ibid.*, p.61 note 27.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p.61.

<sup>409</sup> *Ibid.*, p.62.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p.67. Voir *infra* sur cette affaire : Partie I chapitre I section III §1 A 1).



Congrès de donner tout ordre aux pouvoirs législatifs des Etats visant à faire adopter ou exécuter une loi fédérale<sup>411</sup>. Elle élude toutefois la question d'un déséquilibre global consécutif à la guerre de Sécession, alors que cette guerre a conduit les Etats du Sud à devoir renoncer à l'esclavage qu'ils considéraient comme une question essentielle à leur autonomie. Elisabeth Zoller concède simplement qu'il y a eu ultérieurement à la fin de cette guerre un profond changement qui a consisté en un développement sans précédent des droits de citoyenneté fédérale<sup>412</sup>.

71. Même si elle présente des réflexions intéressantes sur les unions fédérales, la théorie d'Elisabeth Zoller apparaît trop marquée par le contexte américain. En outre, sa solution de confier la souveraineté au peuple pour permettre l'affirmation de l'égalité entre les niveaux fédéral et fédéré suppose qu'un tel peuple préexiste à la création de la Fédération, ce qui est contestable.

### **C. Une théorie des unions fédérales écartant la souveraineté**

72. Une autre solution est alors d'écarter le concept de souveraineté pour penser les unions fédérales à l'instar de ce que propose Schmitt. Cet auteur affirme qu'il faut dépasser l'opposition entre Etat fédéral et Confédération d'Etats au moyen du concept de Fédération (Bund) qu'il définit comme "*une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération*" et "*modifi[ant] le status politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun*"<sup>413</sup>. Les Etats concluent un "*pacte fédératif*" (Bundesvertrag) qui se distingue d'un traité ordinaire par cette modification du "*status politique*" des Etats contractants qu'il emporte, Schmitt parlant pour cette raison dans sa *Théorie de la Constitution* de "*pacte constitutionnel*"<sup>414</sup>. Mais, comme le souligne également sa définition, les Etats membres ne disparaissent pas en tant qu'unité politique, leur préservation est un critère nécessaire à la qualification de Fédération. En effet, alors qu'avec un Etat, une seule unité politique existe, la Fédération constitue une unité politique formée elle-même d'autant d'unités politiques qu'elle a d'Etats membres<sup>415</sup>. Schmitt énonce ainsi que "*l'essence de la fédération réside dans le dualisme de l'existence politique, dans une combinaison d'association fédérative et d'unité politique d'un côté, et de persistance d'une pluralité, d'un pluralisme d'unités politiques distinctes de l'autre côté*"<sup>416</sup>.

Considérant le concept de souveraineté en opposition avec la logique du fédéralisme, Schmitt choisit de l'évacuer du système de la Fédération. La question de son détenteur doit selon lui rester ouverte<sup>417</sup> car la trancher conduirait soit à un éclatement de l'union fédérale, soit à une disparition des Etats membres en tant qu'unité politique par la transformation de la Fédération en un Etat. La mise à l'écart de la souveraineté conduit à une tension permanente entre l'exigence d'unité, qui implique de limiter l'autonomie des Etats membres, et l'exigence de respect de la diversité, qui suppose la garantie de l'indépendance politique de ces mêmes Etats membres<sup>418</sup>. Différents types de Fédérations peuvent exister qui mettent l'accent plutôt sur l'unité politique globale fédérale ou sur la garantie des unités politiques que sont les Etats

---

<sup>411</sup> 505 US 144, p.161 (*Ibid.*, p.71).

<sup>412</sup> *Ibid.*, p.150.

<sup>413</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (*op.cit.* note 41), p.512.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p.514.

<sup>415</sup> *Ibid.*, p.197 : un pacte fédératif "*présuppose qu'au moins deux parties de ce pacte lui préexistent et continuent à exister après lui, que chacune d'elles contient un sujet d'un pouvoir constituant — autrement dit une unité politique*".

<sup>416</sup> *Ibid.*, p.518.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p.519 : "*C'est [...] une caractéristique de l'essence de la fédération que la question de la souveraineté reste toujours pendante (offen) entre fédération et Etats membres tant que la fédération en tant que telle coexiste avec les Etats membres en tant que tels*".

<sup>418</sup> *Ibid.*, pp.517-518.



membres, "des deux côtés, des gradations sont possibles, mais le cas extrême conduit toujours soit à la dissolution de la fédération qui ne laisse plus sur scène que les Etats isolés, soit à la disparition des Etats membres qui ne laisse plus subsister qu'un Etat unique"<sup>419</sup>.

Si la tension entre unité et diversité constitue l'essence même de la Fédération<sup>420</sup>, il faut parvenir à un équilibre entre ces deux éléments afin de prévenir un conflit ultime. Schmitt pose comme condition à la fois nécessaire et suffisante pour obtenir cet équilibre l'existence d'une homogénéité fédérale<sup>421</sup>. Celle-ci implique que les Etats membres présentent des caractéristiques communes. C'est notamment cette homogénéité qui permet selon Schmitt de garantir la préservation des Etats membres en tant qu'unités politiques alors même qu'ils ont renoncé à leur droit de retrait en concluant le pacte<sup>422</sup>.

Cette réflexion Schmittienne en matière fédérale a été utilisée par deux auteurs Olivier Beaud et (1) Anton Greber (2) comme point de départ de leurs théories respectives.

### 1) La théorie d'Olivier Beaud

73. Olivier Beaud récuse Calhoun et Seydel qui nient le concept d'Etat fédéral, mais aussi les auteurs qui considèrent, selon une perspective assez proche, que l'Etat fédéral n'est qu'un Etat fortement décentralisé<sup>423</sup>. Il s'oppose ensuite à ceux qui comme Laband et Jellinek écartent la souveraineté comme caractéristique de l'Etat et critique plus globalement l'opposition entre "une forme fédérative « faible » ou « débile »", la Confédération, et "une forme fédérative « forte » ou « renforcée »", l'Etat fédéral, car il rejette l'idée que la première soit "implicitement considérée comme une forme transitoire" vers la seconde<sup>424</sup>.

Outre sa perspective théorique globale, il se distingue par ailleurs de la conception kelsénienne de la Fédération en ce que "telle qu'[il] la décrit [...] [elle] n'est pas un Etat surplombant les deux autres" et "n'a pas vocation à « habilitier », voire légitimer ses diverses composantes"<sup>425</sup>. Il écarte ensuite la théorie de Madison et Marshall, distinguant l'exercice partagé de la souveraineté et la détention de la souveraineté par le peuple qui assure son unité de principe<sup>426</sup>. Enfin, Olivier Beaud déplore qu'Alexis de Tocqueville soit "réduit à décrire son objet par défaut, par comparaison à une unité parfaite que serait l'Etat puisqu'il désigne cette forme de gouvernement sous le nom de « gouvernement national incomplet »"<sup>427</sup>. En effet, Tocqueville indique qu'on parle de "forme de gouvernement qui n'était précisément ni nationale ni fédérale" mais qu'"on s'est arrêté là, et [...] [que] le mot nouveau qui doit exprimer la chose nouvelle n'existe point encore"<sup>428</sup>,

Pour Olivier Beaud, "toute l'ambiguïté du fédéralisme, mais toute sa force également, réside dans cette formule d'une autonomie relative, révélant que les unités politiques se fédérant ne sont plus vraiment souveraines, tout en restant suffisamment indépendantes pour

<sup>419</sup> *Ibid.*, p.518.

<sup>420</sup> *Ibid.*, p.520 : "La contradiction se révèle dans tous les conflits importants au sein de la fédération et dans tous les cas célèbres de litiges du droit fédératif, tant qu'une décision politique n'a pas détruit l'équilibre qui caractérise une vraie fédération".

<sup>421</sup> *Ibid.*, p.522.

<sup>422</sup> *Ibid.*, p.522.

<sup>423</sup> Exemple de la définition donnée par COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 9<sup>e</sup> éd., Précis Domat, Montchrestien, 2010, p.307 : "le fédéralisme étatique est un mode de décentralisation et rien de plus".

<sup>424</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), pp.72-73. Voir aussi pour la critique à cet égard de la doctrine de Georg Waitz : BEAUD (O.), *La notion...*(*op.cit.* note 81), pp.209-212.

<sup>425</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.150.

<sup>426</sup> *Ibid.*, pp.60-61.

<sup>427</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.134 (citant TOCQUEVILLE (A. de), *De la Démocratie en Amérique, t.I*, Paris, Librairie de Charles Gosselin, 1842, p.255).

<sup>428</sup> TOCQUEVILLE (A. de), *Ibid.*, p.255 (cité par BEAUD (O.), *Ibid.*, p.134).



être encore considérées comme des entités politiques"<sup>429</sup>. Il poursuit que la contradiction qui semble exister en partant de la perspective classique de la souveraineté laisse place à la manifestation de la "*tension entre fin particulariste et fin commune qui [lui] est propre*", dès lors qu'on part de ce concept de Fédération<sup>430</sup>.

74. Si Olivier Beaud considère la souveraineté comme l'attribut essentiel de l'Etat, il la considère incompatible avec la logique de la Fédération, et l'écarte en conséquence de son étude<sup>431</sup>. En effet, la souveraineté est caractérisée par l'unité, elle suppose un titulaire unique qui est détenteur de la "*prérogative de s'emparer de tout problème politique qui surgit en vertu d'un principe d'omnicompétence*". Au contraire, la Fédération allie unité et diversité puisqu'elle implique de faire coexister plusieurs unités politiques, les Etats membres, tout en étant elle-même une unité politique. La Fédération doit ainsi selon lui assurer un équilibre entre la "*fin commune*" et la "*fin particulariste*" afin de prévenir sa disparition, soit par "éclatement", soit par "*fusion des membres en un seul et même Etat*"<sup>432</sup>, ajoutant que "*la conciliation de la diversité dans l'unité*" conduit à un "*équilibre constamment dynamique*"<sup>433</sup>.

Alors que l'Etat est fondé sur une constitution, la Fédération repose sur un pacte fédératif. Ce concept de pacte fédératif est issu d'un choix de traduction opéré par Olivier Beaud à partir de l'expression "Bundesvertrag" utilisée par Carl Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution*. Cet acte est mixte. Il est conclu entre des Etats comme un traité international, mais donne naissance à une "institution"<sup>434</sup>, la Fédération. Ce concept d'acte mixte fait l'objet d'une opposition doctrinale que l'on retrouve dans le cadre du débat européen sur le projet de traité-constitutionnel européen car "*pour l'immense majorité des juristes contemporains, les expressions de "traité constituant", de traité constitutionnel [...] sont des oxymores*"<sup>435</sup>. Dominique Rousseau considère ainsi l'expression de traité-constitutionnel comme "un monstre juridique", estimant que "*la seule définition juridiquement compatible serait : traité par lequel les Etats européens contractants décident de convoquer une Assemblée élue par les citoyens européens pour rédiger et soumettre aux peuples européens un projet de Constitution européenne*"<sup>436</sup>.

Cette expression souligne par ailleurs la tension interne à la Fédération "*entre sa nature d'union d'Etats et sa nature d'institution*"<sup>437</sup>. La "*genèse contractuelle*" implique que le pacte garantisse la préservation des Etats en tant qu'organisation politique, la protection de leur identité, et leur égalité avec la Fédération créée. Mais la naissance de l'institution Fédération suppose dans le même temps une autonomisation "*par rapport à ses membres créateurs, un peu comme une société commerciale s'émancipe de ses actionnaires initiaux*". Face à ce constat, l'objectif que se donne Olivier Beaud dans sa *Théorie de la Fédération* est de redonner toute son importance à "*la dimension contractuelle de la Fédération*", tout en déterminant comment une "*institution (la Fédération)*" peut naître à partir d'une telle "*genèse contractuelle*"<sup>438</sup>.

Enfin, il affirme que les Etats membres d'une Fédération "*ont perdu leur souveraineté (au sens strict du terme) en se métamorphosant en Etats membres*"<sup>439</sup>, et que s'ils conservent une indépendance, qui assure la garantie de leur existence en tant qu'unité politique, ils ont renoncé

<sup>429</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.321.

<sup>430</sup> *Ibid.*, p.323.

<sup>431</sup> *Ibid.*, pp.40-41.

<sup>432</sup> *Ibid.*, p.280.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p.110. Dans le même sens CATA BACKER (L.), *The extra-national...*(*op.cit.* note 10), p.234.

<sup>434</sup> Cf. *infra* sur la théorie de l'institution d'Hauriou : Partie I chap.I sect.I §2.

<sup>435</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.80.

<sup>436</sup> « *Traité constitutionnel* », un monstre juridique, *Le Monde*, 22 octobre 2002.

<sup>437</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.30.

<sup>438</sup> *Ibid.*, p.32.

<sup>439</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.266.

avec la conclusion du pacte à tout droit de se retirer de la Fédération créée. Olivier Beaud voit en effet dans la conclusion d'un pacte fédératif une exception par rapport à l'impossibilité d'abandonner sa souveraineté par un acte de volonté<sup>440</sup>.

Sa Fédération est par ailleurs présentée comme une entité de même rang dans l'ordre international que l'Etat, mais de nature différente. Elle est une "*forme politique*" internationale équivalent de l'Etat, un "*genre*" qui se décline tout comme l'Etat en plusieurs "*espèces*"<sup>441</sup>. Les unions fédérales qui sont classiquement qualifiées de Confédération sont ainsi une espèce de Fédération.

Alors que le fédéralisme est inhérent à la Fédération en tant que "*genre*" d'entité politique, l'Etat fédéral relève du genre Etat caractérisé par le principe de souveraineté, et constitue seulement un type particulier d'Etat dont la particularité est d'avoir une organisation fédérale. Ainsi, exclure le fédéralisme conduit à changer de genre d'entité politique dans le premier cas, et uniquement d'espèce d'entité politique dans le second. Toutefois, dans le cas du fédéralisme par association, il existe un lien historique entre une Fédération et un Etat fédéral. Et s'il y a un changement de genre de l'entité politique, des restes de la Fédération demeurent au niveau de l'organisation de l'Etat fédéral.

75. Olivier Beaud n'a pas voulu donner de critère unique de définition de la Fédération au contraire de l'Etat qu'il reconnaît être fondé sur le principe de souveraineté. Il propose plutôt de la caractériser par une série de principes. Le "*principe de dualité fédérative*", tout d'abord, renvoie à "*l'existence, sur le même territoire et concernant la même population, de deux niveaux de « pouvoir », l'instance fédérale et l'instance fédérée*" ; il constitue le "*noyau incontestable*" de "*toutes les formes fédératives*"<sup>442</sup>. Le "*principe de parité fédérative*", ensuite, postule l'égalité entre le niveau fédéral et le niveau des entités fédérées. Le "*principe d'indépendance*" des Etats "*traduit [quant à lui] l'idée que le statut « étatique » des unités fédérées est à la fois reconnu et garanti par le droit fédéral*". La doctrine classique emploie l'expression de principe d'autonomie pour le désigner, mais Olivier Beaud lui préfère cette expression d'indépendance qui permet d'éviter la connotation de subordination envers le niveau fédéral et de traduire la réversibilité du principe qui s'applique également à la Fédération vis-à-vis des Etats grâce au processus d'institutionnalisation<sup>443</sup>. Enfin le "*principe d'interdépendance*" renvoie notamment au principe de participation des Etats à la formation de la volonté fédérale, mais Olivier Beaud indique que l'importance du principe de participation est exagérée et qu'il n'épuise pas l'interdépendance entre les deux niveaux<sup>444</sup>. Il affirme ainsi que le principe d'interdépendance se traduit également par exemple dans l'inclusion au moins implicite du pacte fédératif dans la constitution de chaque Etat fédéré à laquelle répond le renvoi du pacte au respect des Etats membres<sup>445</sup>. Il rejoint à cet égard encore Schmitt pour qui le pacte peut être vu implicitement comme une partie de la constitution des Etats membres<sup>446</sup>.

---

<sup>440</sup> "*L'étude du cas de Maastricht révèle une exception à la règle de l'autoliasion du pouvoir constituant du peuple, puisque le souverain constituant peut ici aliéner sa souveraineté*" (La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle, *RFDA*, 1993, n°6, pp.59-60).

<sup>441</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p.39.

<sup>443</sup> *Ibid.*, pp.184-185. Outre la répartition des compétences, il donne l'immunité comme illustration de l'indépendance réciproque qui est constitutionnellement garantie (*Ibid.*, pp.187-188).

<sup>444</sup> *Ibid.*, p.189.

<sup>445</sup> *Ibid.*, pp.189-190.

<sup>446</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.514 : "*Son contenu est en même temps le contenu de la constitution fédérative et une composante de la constitution de chaque Etat membre*". Il cite à cet égard l'exemple de constitutions d'Etats de la Confédération germanique qui font référence à leur appartenance à la Confédération.

76. Olivier Beaud écarte enfin un certain nombre de termes ou expressions afin d'éviter que le lecteur ne commette un contre-sens dû aux connotations dues à la théorie opposant Confédération d'Etats et Etat fédéral. Il parle ainsi de "*Fédération*" plutôt que de "*Confédération*" car ce terme pourrait renvoyer à l'image de l'entité faible et imparfaite qui est présentée dans la doctrine classique et faire oublier le dépassement du critère de la souveraineté posée par la théorie.

Il traduit par ailleurs le Bundesvertrag de Schmitt par pacte fédératif. Le terme pacte est préféré à celui de traité afin de bien distinguer ce concept des traités internationaux ordinaires<sup>447</sup>. Il utilise ensuite l'adjectif "*fédératif*" plutôt que l'adjectif "*fédéral*" afin d'éviter tout risque de confusion avec le concept d'Etat fédéral.

Il écarte en outre les qualifications de la doctrine allemande de "*Zentralstaat*", pour les institutions fédérales, et de "*Gesamtstaat* ou *Bundesstaat*", pour viser l'ensemble regroupant les deux niveaux, car elles renvoient à un rapport hiérarchique alors que la Fédération se caractérise par l'égalité des niveaux fédéral et fédéré et qu'elle est "a-centrée"<sup>448</sup>. Il ne reprend pas non plus pour la même raison les expressions correspondantes de "*central powers*" et de "*national powers*" utilisées par la doctrine américaine. Afin de différencier l'ensemble regroupant les Etats membres et les autorités fédérales du niveau fédéral, il recourt à une majuscule et une minuscule. Il désigne par "*Fédération*" le premier et par "*fédération*" le second. Il utilise ensuite l'adjectif "*fédératif*" en relation avec la Fédération et "*fédéral*" quand il vise la fédération<sup>449</sup>.

Enfin, il propose de parler de "ressortissance" ou "d'appartenance fédérale" ou fédérée plutôt que de nationalité<sup>450</sup> conformément à sa volonté d'une démarche rejetant tout statocentrisme.

77. La démarche d'Olivier Beaud est, comme il le souligne lui-même, comparable à celle d'un autre auteur, Anton Greber. Ils rejettent tous les deux la souveraineté pour penser le fédéralisme, la hiérarchie dans les rapports entre les deux niveaux fédéral et fédéré et l'opposition traité/constitution. Ils appellent en outre à remettre en cause le lien qui a pu être déduit à partir du cas américain entre fédéralisme et libéralisme<sup>451</sup>, estimant que la séparation verticale des pouvoirs qui a été apportée par le modèle américain est une conception normative idéologique du fédéralisme qui est à attribuer au libéralisme ; ils considèrent en effet que c'est une conséquence des institutions fédérales et non le point de départ<sup>452</sup>. Un certain nombre de divergences sont toutefois à noter entre les théories présentées par les deux auteurs.

## 2) La théorie d'Anton Greber

78. Anton Greber recherche les éléments permettant à un Etat fédéral, conçu comme un Etat a-souverain<sup>453</sup>, de s'établir. Nous soulignons dès maintenant que le recours à cette qualification est malheureuse. Elle peut tout d'abord conduire à un rapprochement erroné avec la théorie des Etats non souverains développée par Laband et Jellinek, et faire passer à côté du renouvellement

---

<sup>447</sup> BEAUD (O.), Du nouveau sur l'Etat fédéral, *Droits*, 2006, n° 42, pp.199-201. L'auteur explique aussi écarter comme traduction le terme de contrat qui renvoie au droit administratif, ainsi que celui de convention pour éviter toute parasitage de la notion de convention de la constitution du droit constitutionnel français.

<sup>448</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), pp.136-137.

<sup>449</sup> *Ibid.*, pp.141-142.

<sup>450</sup> *Ibid.*, p.95.

<sup>451</sup> BEAUD (O.), La question de l'homogénéité dans une Fédération, *Lignes*, 2004, n°13, pp.112-113 ; Anton GREBER indique proposer un "concept analytique" du concept de fédéralisme en ce qu'il n'essaie par de soutenir d'autres valeurs comme la liberté, la démocratie ou le constitutionnalisme (*Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), pp.106-107).

<sup>452</sup> GREBER (A.), *Ibid.*, p.201.

<sup>453</sup> Voir par exemple : *Ibid.*, p.231.



profond de la théorie des unions fédérales qui est en réalité proposé par l'auteur. Le maintien du concept d'Etat fédéral pour qualifier l'union fédérale pose par ailleurs, comme Olivier Beaud le souligne, un problème de cohérence par rapport à sa définition de l'Etat puisque la souveraineté est utilisée par Anton Greber comme critère de l'Etat unitaire<sup>454</sup>.

**79.** Il est à noter que, tout comme Schmitt, Anton Greber adopte une perspective théorique rejetant toute séparation nette entre Sein et Sollen, perspective qui nous apparaît intéressante compte tenu du cadre méthodologique et théorique que nous avons choisi. Il estime en effet que la réalité sociale ne peut être comprise comme un simple Sein, que le substrat sociologique comprend lui-même des normes qui ne sont pas positivées, des actions sociétales en formes d'us et coutumes<sup>455</sup>. Il affirme ensuite que l'ordre positif doit toujours être interprété au regard de ces normes prépositives<sup>456</sup>. Il ne suffit pas selon lui qu'une contrainte existe pour que les normes soient respectées, il faut encore que l'ordre juridique soit légitime, qu'il soit en conformité avec les valeurs contenues dans le substrat sociologique. L'effectivité d'un ordre de domination dépend selon cette perspective du bon dosage entre obligation et légitimité<sup>457</sup>.

Cette perspective théorique explique qu'Anton Greber utilise très largement des concepts politiques dans sa recherche des conditions permettant à un Etat fédéral de s'établir<sup>458</sup>. Il a ainsi par exemple recours à l'expression de "*sentiment d'appartenance*" dont il veut souligner le rôle essentiel dans la stabilisation de l'Etat fédéral, là où il est généralement exclu des études de droit public<sup>459</sup>. S'il qualifie ces éléments de "*fondements antépositifs*" (vorpositive Grundlage), il ne faut pas entendre l'expression dans un sens jusnaturaliste, mais comme le fait remarquer Olivier Beaud, simplement au sens de conditions politiques/sociologiques<sup>460</sup>. Il ne s'agit pas de référence à des principes liés à un idéal de justice, mais de principes ancrés dans un groupe.

**80.** Anton Greber renvoie à deux étymologies du terme fédéralisme, *foedus* (contrat) et *fides* (confiance, foi) qui sont reprises comme fils conducteurs de sa définition de l'Etat fédéral.

Le premier le conduit à voir comme fondement de l'Etat fédéral un pacte, sachant qu'il adopte largement la définition posée par Schmitt pour le caractériser.

Il reprend ainsi le principe d'une égalité entre les deux niveaux fédéral et fédéré<sup>461</sup>. Il différencie par ailleurs le métabut contenu de manière immanente dans le pacte, à s'avoir protéger les individualités des unités politiques, et le but d'intégration que poursuivent les Etats en concluant le pacte<sup>462</sup>.

Il considère en outre que le droit de sécession unilatéral est exclu, cela même lorsqu'aucune clause expresse ne l'interdit<sup>463</sup>. Il le fait découler de la nature existentielle de l'acte. Cette nature conduit à exclure l'application du droit international général des traités et à

<sup>454</sup> BEAUD (O.), Du nouveau...(*op.cit.* note447), pp.229-230.

<sup>455</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), p.159. Il renvoie à la théorie d'Hermann HELLER (Souveränität, in : *gesammelte Schriften*, Bd. 2, Leiden, A.W. Sijthoff, 1971).

<sup>456</sup> GREBER (A.), *Ibid.*, p.161.

<sup>457</sup> *Ibid.*

<sup>458</sup> Anton GREBER critique ainsi par exemple la volonté d'appliquer le fédéralisme comme une réponse à des conflits entre des populations, à l'instar des tensions israélo-palestiniennes, alors que les conditions "antépositives", sociologiques et politiques, pour le permettre ne sont pas réunies (*Ibid.*, p.162 et p.183). Olivier BEAUD le rejoint sur ce point, parlant de naïveté de telles réflexions d'organisation fédérale, ajoutant aux exemples présentés par Anton Greber comme ne permettant pas une telle application du fédéralisme celui de l'Irak (Du nouveau...(*op.cit.* note447), p.238).

<sup>459</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.231 ; renvoi à GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), p.88.

<sup>460</sup> BEAUD (O.), *Ibid.* L'auteur salue cette réconciliation entre le droit et le fait (*Ibid.*, p.232).

<sup>461</sup> Voir la présentation : *Ibid.*, p.238.

<sup>462</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), pp.182-183 : "*un pacte fédératif est un pacte tant que les parties constitutives conservent leur identité dans le pacte*", intégration ne signifiant pas fusion.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p.186.



comprendre la sortie d'un membre comme une modification du pacte soumis comme telle à la procédure de révision habituelle.

Enfin, alors que la doctrine classique voit dans la clause d'homogénéité s'imposant aux Etats membres une limitation de l'autonomie des Etats membres et une preuve de la relation hiérarchique entre les deux niveaux, Anton Greber y voit une condition du bon fonctionnement du pacte<sup>464</sup>, affirmant qu'un certain terrain sociopolitique doit exister<sup>465</sup>. Cette "congruence horizontale" est chez lui la garantie de la "*compatibilité des idéologies de légitimation*", au sein desquelles se trouvent le "*rapport à la vérité, l'autorité politique, le bien public, les modalités d'exercice du pouvoir*"<sup>466</sup>.

Le second sens étymologique, *fides*, conduit Anton Greber à voir dans le concept de fidélité fédérale (Bundestreue) un élément essentiel à l'établissement et au fonctionnement d'un Etat fédéral. Il reconnaît que ce principe n'est pas purement juridique, mais il estime qu'il a néanmoins une relevance en droit et qu'y porter atteinte revient à violer le pacte fédératif<sup>467</sup>. Si un Etat membre peut l'invoquer pour ne pas appliquer une norme fédérale, il ne peut toutefois se contenter d'un vague renvoi à l'un de ses intérêts nationaux, il ne peut y recourir que dans le cas où l'atteinte audit intérêt est telle qu'elle pourrait le conduire à se retirer de l'Etat fédéral ; il ne peut en effet s'agir que d'une arme d'exception<sup>468</sup>. Comme le résume Olivier Beaud, ce principe est compris par Anton Greber comme pouvant être utilisé si une atteinte était portée à l'équilibre du pacte, comme une sorte de "*droit d'appel*" conduisant à une "*négociation*" "*afin d'éviter l'escalade vers le conflit insoluble*"<sup>469</sup>.

En outre, Anton Greber fonde sur cette même fidélité fédérale le principe de primauté du droit fédéral qu'il considère n'être qu'une simple norme de collision, une obligation de coordination<sup>470</sup>.

Olivier Beaud estime qu'en conférant cette importance à la fidélité fédérale dans sa théorie Anton Greber met trop l'accent sur l'importance de la légitimation dans l'Etat fédéral "*au détriment de la puissance*". Il estime qu'il plaque le modèle suisse dans lequel il évolue, en mettant l'accent sur le consensualisme, tout comme la doctrine allemande le faisait avec l'Empire allemand au XIX<sup>e</sup> siècle lorsqu'elle aboutissait à la conclusion que fédéralisme et démocratie étaient incompatibles. Il ne tiendrait selon lui pas compte de ce que ce système est permis par l'existence en Suisse d'une "*indifférence à autrui*" et de ce que "*la coexistence des différents groupes linguistiques et autres*"<sup>471</sup> est surtout garantie par une "*ignorance mutuelle*"<sup>472</sup>. En outre, il ne verrait pas la particularité de sa neutralité comme facteur ayant contribué à faciliter une évolution douce<sup>473</sup>. Nous ne partageons pas l'ampleur de la critique. Certes, la fidélité est une "*condition nécessaire, mais pas suffisante*"<sup>474</sup> et il est nécessaire qu'existe un arbitrage juridictionnel comme complément. Nous reconnaissons de même que son rôle est plus essentiel dans le cas d'une Fédération dans laquelle le niveau fédéral dépend du niveau fédéré pour la mise en œuvre de ses décisions. Mais même si le concept de principe de fidélité fédérale n'existe pas dans toutes Fédérations étudiées, les effets qu'il implique peuvent y être constatés<sup>475</sup>.

<sup>464</sup> *Ibid.*, p.196.

<sup>465</sup> *Ibid.*, pp.184-185.

<sup>466</sup> Résumé de sa pensée sur ce point proposé par : BEAUD (O.), Du nouveau...(*op.cit.* note447), p.238.

<sup>467</sup> *Ibid.*, pp. 234-235.

<sup>468</sup> Voir pour une présentation résumée : *Ibid.*, p.235.

<sup>469</sup> Souligné par *Ibid.*, p.242.

<sup>470</sup> Voir la présentation : *Ibid.*, p.238.

<sup>471</sup> *Ibid.*, p.242.

<sup>472</sup> KRIESI (H.), *Le système politique suisse*, Paris, Economica, 1998, p.15.

<sup>473</sup> BEAUD (O.), Du nouveau...(*op.cit.* note447), p.244.

<sup>474</sup> *Ibid.*.

<sup>475</sup> Cf. *Infra* Partie I chap.I sect.I §3.

**81.** Anton Greber rejette par ailleurs la réduction du concept d'Etat fédéral à l'étude statique de la structure institutionnelle et redonne toute son importance au caractère dynamique des unions fédérales<sup>476</sup>. Pour lui, ces deux aspects sont inséparables. Il rejoint un autre auteur qui proposait une théorie écartant le concept de souveraineté pour penser les unions fédérales, Carl Friedrich, quand il affirmait que le fédéralisme était un processus intégratif. Pour Carl Friedrich, le fédéralisme renvoyait à l'idée d'un ensemble de communautés politiques qui coexistent et interagissent comme des entités autonomes, tout en étant unies dans un ordre commun qui possède sa propre autonomie<sup>477</sup>. Selon lui, il ne pouvait y avoir de fédéralisme qu'à deux conditions : il doit exister un processus dynamique opposant forces centripètes et forces centrifuges, et, l'équilibre entre ces forces étant en perpétuelle modification, il doit donner lieu à une adaptation continue des structures institutionnelles. Si Anton Greber partage largement cette conclusion, il estime néanmoins que Carl Friedrich donne un poids trop important à la force dynamique sociale dans sa théorie et qu'il *néglige a contrario* la fonction stabilisatrice du pouvoir de domination ; il considère également que l'élément stabilisateur qu'est le *foedus* ou pacte fédératif est présenté dans la théorie de Carl Friedrich d'une façon trop vague<sup>478</sup>. Au contraire, Anton Greber met l'accent sur le rôle de stabilisateur de la dynamique sociopolitique joué par le pacte, par le biais de la statique institutionnelle, même s'il rejoint Carl Friedrich quand il énonce qu'une dynamique demeure en raison de la nécessité de l'adaptation à l'évolution sociale<sup>479</sup>.

**82.** Complétant sa définition, Anton Greber distingue son concept d'Etat fédéral du concept de Confédération, pris dans un sens différent de celui de la doctrine classique. Là où l'Etat fédéral est un autre type d'intégration que l'Etat décentralisé, il considère que les Confédérations sont seulement une forme différente d'intégration par rapport aux Etats fédéraux<sup>480</sup>. Les Etats fédéraux sont comme les Confédérations des associations entre Etats fondées par un pacte existentiel. L'opposition entre les deux repose sur l'autonomie de la sphère fédérale. Alors qu'un Etat fédéral bénéficie d'une légitimité démocratique propre et que la volonté générale qui en découle permet la constitution d'une puissance publique autonome, la Confédération n'est pas constituée par une volonté générale, elle n'a pas de puissance publique autonome, et elle ne présente pas de Bien commun distinct par rapport au Bien Commun des Etats fondateurs<sup>481</sup>. Anton Greber affirme en parallèle qu'une réelle autonomie de la sphère fédérale n'est possible que lorsque la légitimation est dépersonnalisée, et donc uniquement dans une démocratie, estimant que c'est seulement dans ce cas que chaque membre de la communauté politique prend la même part à la légitimation du pouvoir<sup>482</sup>. Il considère en effet que sous le principe monarchique il existe nécessairement un lien personnel entre le plan des unités politiques et le plan fédéral, et qu'il n'y a pas de Bien Commun autonome de l'Etat fédéral mais uniquement une extension des Biens Communs des unités constitutives. Enfin, le lien entre la Couronne de l'Etat

---

<sup>476</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...* (op.cit. note 42), p.103.

<sup>477</sup> FRIEDRICH (C.), *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, Pall Mall Press, 1968, p.177 : la théorie de cet auteur est présentée par GREBER (A.), *Ibid.*, pp.89-91.

<sup>478</sup> GREBER (A.), *Ibid.*, pp.90-91. Le même reproche peut être fait, comme l'écrivent Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, aux "auteurs des premiers âges de la Communauté" qui parlaient de "préfédéralisme, de fédéralisme partiel ou de fédéralisme fonctionnel ou parfois de fédéralisme à l'envers" fondé sur les "principes de progressivité, d'effet d'entraînement ou de démarche fonctionnaliste". Ils ne font en effet que "décrire un processus mais pas de définir conceptuellement une entité juridique à un moment donné" (*Droit institutionnel...* (op.cit. note 17), p.44). Ils renvoient notamment comme exemple de tels écrits à REUTER (P.), *Organisations européennes*, coll. Thémis, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1970, p.208.

<sup>479</sup> GREBER (A.), *Ibid.*, p.109.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p.111 et p.253.

<sup>481</sup> *Ibid.*, p.228.

<sup>482</sup> *Ibid.*, p.200.

fédéral et celle d'un Etat membre peut conduire à une position hégémonique de l'Etat concerné, à l'instar de la Prusse dans la Confédération du Nord et le Second Empire allemand, ce qui biaise ainsi quelque peu le phénomène de stabilisation de l'union fédérale. Mais Anton Greber opère ici "*en filigrane*" une opposition critique entre une Confédération plutôt non démocratique et un Etat fédéral démocratique<sup>483</sup>.

## **Conclusion de la section II**

**83.** Notre étude reprend le rejet d'une perspective séparant les aspects internationaux et internes du fédéralisme affirmé par les trois réflexions alternatives d'unions fédérales présentées. Elle part ensuite des fondements théoriques proposés par Carl Schmitt, Olivier Beaud et Anton Greber en matière d'union fédérale. La démarche inductive suivie nous conduit toutefois – à l'aune de l'examen des systèmes fédéraux américain, suisse et allemand, ainsi que de la volonté d'englober les différents contextes des Fédérations des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle et les Fédérations contemporaines – à proposer une définition du pacte fédératif qui en diverge sur un certain nombre des points. Enfin, nous confrontons l'Union européenne à chaque élément de la définition dégagée afin de déterminer si celle-ci peut être qualifiée de Fédération et les traités européens de pacte fédératif.

### ***Rejet d'une étude séparée des aspects internationaux et internes du fédéralisme***

**84.** Une compréhension complète du concept de pacte fédératif et de son application à l'Union européenne implique une étude transversale au droit constitutionnel et au droit international. Carl Schmitt appelait déjà dans sa *Théorie de la Constitution* à un dépassement de la séparation de l'étude internationale de la Confédération et constitutionnelle de l'Etat fédéral car la Fédération est "*à la fois un sujet de droit international et un sujet de droit interne*"<sup>484</sup>. Elisabeth Zoller rejette également toute étude séparée du droit interne et du droit international pour pouvoir comprendre le fédéralisme. Elle estime que la différenciation des deux sphères que pose le dualisme proviendrait de l'opposition entre Confédération d'Etats et Etat fédéral dégagée par la doctrine allemande de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle pour tenter de lutter contre le "*talon d'Achille*" qu'étaient les forces centrifuges soutenues par le fondement conventionnel du Second Empire allemand<sup>485</sup>. La Cour suprême a certes affirmé dans sa décision *Dred Scott* de 1856 qu' "*il n'existe aucun droit des gens entre le peuple des Etats-Unis et son gouvernement qui interférerait dans leurs relations réciproques*"<sup>486</sup>. Mais comme le note Elisabeth Zoller, cette théorie "*peine à rendre compte des réalités*" étant donné que tout système fédéral comporte "*des éléments d'internationalité*". Ces derniers traduisent les relations horizontales, "*de juxtaposition et de coordination*" entre Etats, ainsi qu'entre l'Etat et la Fédération, tandis que les relations de subordination renvoient à une logique de droit interne<sup>487</sup>. Aussi, si "*le fédéralisme n'intéresse pas les internationalistes*", et si le droit international n'est pas objet de recherche des constitutionnalistes, alors aucune théorie de la Fédération ne peut être développée<sup>488</sup>. Olivier Beaud reprend également le principe d'une étude transversale aux branches du droit public, soulignant qu'il est difficile de rattacher les relations à l'intérieur de la Fédération au "*droit*

<sup>483</sup> Souligné par : BEAUD (O.), *Du nouveau...* (*op.cit.* note 447), pp.245-246.

<sup>484</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (*op.cit.* note 41), p.527.

<sup>485</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...* (*op.cit.* note 14), pp.51-53.

<sup>486</sup> 60 US 393, p.451, (ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p.224).

<sup>487</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...* (*op.cit.* note 14), pp.53-54. Elle relève plus loin que si l'ordre juridique fédéral est en tant qu'"ordre constitutionnel, [...] en principe un droit d'ordre interne", il "*ne s'interdit pas d'emprunter à l'ordre international les éléments dont il a besoin pour garantir sa longévité de gouvernement national incomplet*" : *Ibid.*, p.72.

<sup>488</sup> *Ibid.*, pp.55-56. Voir aussi dans ce sens : CATA BACKER (L.), *The extra-national...* (*op.cit.* note 10), p.178.



*public interne*" et les relations extérieures au droit international public<sup>489</sup>. Pour lui, les relations entre Etats membres ne sont plus des relations internationales, mais elles ne sont pas non plus assimilables aux relations au sein d'un Etat<sup>490</sup>. Selon Olivier Beaud, la séparation stricte entre le droit constitutionnel et le droit international s'expliquerait en droit interne par une utilisation de l'expression "*pacte constitutionnel*" par les Rois dans le but de freiner la démocratisation du régime, et en droit international par une approche formelle du traité écartant toute possibilité de comparaison avec une constitution là où une perspective matérielle le permettait dans certains cas<sup>491</sup>. Selon cette perspective, traité et constitution traduiraient ainsi les "*deux axes symétriques de la souveraineté de l'Etat (interne et internationale) [...] comme si les deux ordres étaient deux ordres étanches entre lesquels les concepts ne pourraient être échangés*"<sup>492</sup>.

### **Définition générale du pacte fédératif**

**85.** Le pacte fédératif est un acte conclu entre Etats mais qui se distingue des traités ordinaires par son objet, l'établissement d'une institution – la Fédération –, et les effets qui en découlent. Il englobe l'ensemble des domaines d'action des Etats membres à la fois positivement en conférant une compétence législative au niveau fédéral dans un certain nombre de domaines énumérés, et négativement, l'appartenance à la Fédération entraînant un encadrement de l'exercice des compétences que l'Etat conserve. Outre des éléments institutionnels et procéduraux assurant l'efficacité du droit fédéral, et la nécessité pour les autorités fédérales et fédérées de respecter une "*fidélité fédérale*" dans l'exercice de leurs compétences, la stabilisation de la Fédération suppose le développement d'un sentiment d'appartenance.

**86.** La conclusion d'un pacte fédératif suppose par ailleurs de mettre de côté la question de la souveraineté. Poser la question de l'autorité ultime compétente pour trancher un conflit entre les autorités fédérales et un ou plusieurs Etats membres entraînerait le risque de l'implosion de la Fédération ou sa transformation en Etat fédéral. D'où l'importance des éléments permettant de prévenir un tel conflit qui renvoient aux garanties de l'intégrité des Etats. En contrepartie de l'unité s'imposant aux Etats fédérés dans l'exercice de leurs compétences, un strict respect de la diversité doit être poursuivi par les autorités fédérales dans l'exercice de leurs compétences. En particulier, les éléments considérés comme essentiels par les Etats doivent être respectés par les autorités fédérales. A cet égard, un équilibre institutionnel au niveau fédéral entre les différents intérêts adapté au contexte de la Fédération considérée et à son niveau de développement, permet de contribuer à la garantie de la prise en compte de cette diversité et à éviter des tensions avec les Etats membres.

La nécessité de stabilisation de la Fédération et la contrepartie du respect de l'intégrité étatique signifient que la recherche constante d'un équilibre entre unité et diversité est un élément central du pacte fédératif. Ce dernier présente donc un caractère dynamique. Elisabeth Zoller résume le caractère intrinsèquement dynamique de la Fédération quand elle énonce qu' "*une fédération d'Etats est moins une structure qu'un processus*" ; ajoutant le délicat équilibre qu'elle doit respecter lors de son évolution, elle écrit en outre qu'elle "*se recompose et se redéfinit sans cesse, [qu']elle est un navire qui cherche le chenal entre deux écueils, la consolidation et le démembrement*"<sup>493</sup>. De même, pour Anton Greber, le fédéralisme est une synthèse, un rapport de tension entre unité et diversité, un équilibre dynamique entre des forces

<sup>489</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.20 et p.423.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p.202. Henry LESGUILLONS qui propose le concept de traité-fondation part aussi de ce rejet de la séparation des sphères internes et internationales dans son étude (*L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, LGDJ, 1968, p.51 et p.63). Voir *infra* pour la présentation de ce concept : chapitre préliminaire section I.

<sup>491</sup> BEAUD (O.), *La notion...*(*op.cit.* note 81), pp.202-203.

<sup>492</sup> *Ibid.*, p.203.

<sup>493</sup> ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...*(*op.cit.* note 14), p.71.



contraires qui cherchent une égalisation, le point d'équilibre étant contingent et dépendant des forces concrètes qui dominent à un moment donné<sup>494</sup>. Le caractère dynamique porte sur la potentialité d'élargissement des membres de la Fédération face à l'impératif d'homogénéité que cette dernière doit respecter.

La critique généralement opposée à toute construction d'une union fédérale laissant de côté la souveraineté peut être illustrée par le point de vue d'Alexis Vahlas. Il considère qu'elle est un "*chaos potentiel*" en l'absence de moyen de "*trancher l'éventuel conflit entre pouvoir fédéral et pouvoir fédéré*"<sup>495</sup>. Olivier Beaud rapporte dans un article un contre-argument similaire, l'entité ainsi créée serait instable car "*la forme contractuelle ne garantit pas l'obéissance, faute d'un Tiers supérieur*"<sup>496</sup>. Il rétorque que cette critique se fonde sur une assimilation erronée du pacte à un contrat ou un traité de droit commun impliquant que chaque partie peut interpréter le périmètre de ses obligations, nullifier les actes fédéraux, et se retirer unilatéralement.

Alexis Vahlas soulève un autre problème, à savoir que la dépendance d' "*un consensus éternel*" qui devrait être assuré par une "*homogénéité substantielle*" serait une faiblesse insurmontable car "*un système sans souverain est toujours sous la menace d'un différend qui sera juridiquement insoluble*"<sup>497</sup>. Certes, cette homogénéité peut évoluer, être attaquée ou se renforcer en conduisant à un sentiment "*national*", à un "*Etat fédéral*"<sup>498</sup>, mais cela ne permet pas de conclure à l'impossibilité d'un tel système.

L'impossibilité de réconciliation globale avec la position que nous défendons peut être comprise quand on lit sa conclusion. Il estime en effet que "*la solution d'une forme constitutionnelle sans pouvoir souverain et sa logique d'indécision devra être rejetée par le juriste qui, par nature, doit préférer un système prévoyant un mode de règlement définitif pour tout type de conflit plutôt qu'un agencement de puissances non hiérarchisées et dont seule l'aptitude au consensus peut assurer la pérennité*"<sup>499</sup>. Pour lui, seule compte la question du détenteur du pouvoir de répartition des compétences, sachant que son "*omnicompétence n'est ainsi que potentielle [mais qu']il peut à loisir, par sa faculté souveraine d'autolimitation, transférer des compétences*". Il reprend la distinction entre le principe de la souveraineté et son exercice, rappelant que l' "*absolutisme juridique que présuppose la souveraineté ne doit pas être confondu avec l'absolutisme politique d'une souveraineté d'exercice*"<sup>500</sup>, pour conclure à la compatibilité entre le droit international et le principe de souveraineté.

**87.** Si la souveraineté est écartée du champ de fonctionnement général du pacte fédératif, on la retrouve dans la situation ultime où un conflit entre les autorités fédérales et un ou plusieurs Etats membres ne peut être réglé dans le cadre du pacte fédératif. Dans ce cas soit l'Etat membre réaffirme sa souveraineté et se retire de la Fédération, soit les autorités fédérales imposent par la force à l'Etat de demeurer, affirmant par ce biais la souveraineté du niveau fédéral.

Deux points sont à cet égard à préciser par rapport aux théories de Schmitt, Olivier Beaud et Anton Greber. Ces auteurs considèrent tout d'abord que si les Etats membres d'une Fédération demeurent des unités politiques indépendantes, au sens de non subordonnée aux autorités fédérales, la conclusion du pacte fédératif a eu pour effet un abandon de souveraineté au sens strict, même s'ils restent des unités politiques indépendantes. Il ne s'agit pas d'un transfert de

<sup>494</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 42), p.104.

<sup>495</sup> VAHLAS (A.), Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne, *RDP*, 2005, n°6, p.1571.

<sup>496</sup> BEAUD (O.), La notion...(*op.cit.* note 81), pp.228-229.

<sup>497</sup> VAHLAS (A.), Souveraineté...(*op.cit.* note 495), p.1571.

<sup>498</sup> *Ibid.*, p.1572.

<sup>499</sup> *Ibid.*

<sup>500</sup> *Ibid.*, p.1580, et notamment note 42. Voir aussi : VAHLAS (A.), Appartenance de l'Union européenne, in : CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), MICHEL (V.), (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, pp.274-275.



souveraineté, la Fédération créée étant a-souveraine. Nous considérons également que la Fédération est a-souveraine, mais cela ne signifie pas pour nous que la souveraineté a totalement disparu, qu'elle a été abandonnée par les Etats parties au pacte en devenant Etats membres. Elle doit simplement rester "entre parenthèses" pour que la Fédération fonctionne. En effet, nous considérons qu'il est impossible pour un Etat d'y renoncer par un acte de volonté. La perte de souveraineté peut selon nous uniquement provenir ou bien de la soumission à un autre Etat par la force, ou bien d'une évolution coutumière du sentiment d'appartenance de la population. Selon cette perspective, une conclusion d'un accord volontaire entre Etats qui aboutirait à l'abandon de la souveraineté du point de vue formel ne serait que la validation du résultat d'une évolution coutumière antérieure, évolution par laquelle les peuples de ces Etats sont devenus un peuple unique.

Le second point concerne le droit de retrait. Schmitt, Olivier Beaud et Anton Greber tirent comme conséquence de l'abandon de souveraineté l'absence d'un droit de retrait. Ils considèrent, au-delà de la question de l'abandon de souveraineté, que l'existence d'un droit de retrait conduirait à remettre en cause la nature existentielle du pacte fédératif. Dans le même temps ils affirment pourtant que les deux niveaux, Etats membres et autorités fédérales doivent rester à égalité pour que la Fédération subsiste. La question se pose alors du cas du conflit ultime, question évoquée mais écartée du champ d'étude par ces auteurs. Il serait certes possible de partir du principe que le cas du conflit ultime n'a pas à être traitée car elle signifie la fin de la Fédération. Nous ne suivons pas cette voie. Nous choisissons de traiter le cas du conflit ultime. Nous considérons qu'il peut exister une solution permettant de combiner droit de retrait et pacte existentiel et qu'un droit de retrait implicite permet de garantir l'équilibre fédéral dans le cas d'un conflit ultime entre un ou plusieurs Etats membres d'une part, et les autorités fédérales et les autres Etats membres d'autre part. Nous estimons qu'il n'y a pas d'incompatibilité avec le caractère existentiel du pacte car la prévention des atteintes aux intérêts des autres Etats membres pouvant résulter de ce retrait est assurée au stade de l'exercice de ce droit. La nature existentielle du pacte impose en effet selon nous à l'Etat désirant se retirer de négocier avec les autres Etats membres et les autorités fédérales un accord précisant les conditions du retrait.

**88.** La Fédération est ensuite à distinguer de l'Etat fédéral. Un Etat fédéral relève de la catégorie juridique des Etats, il est seulement un type particulier d'Etat. Seule son organisation est fédérale, et écarter le fédéralisme revient simplement à changer de type d'Etat et non à modifier sa nature juridique globale. Au contraire, le fédéralisme est au cœur de la définition de la catégorie juridique Fédération.

Si Schmitt ne tranche pas, il exprime de sérieux doutes quant à la possibilité de considérer les Etats-Unis d'après la guerre de Sécession comme une Fédération. Il se demande s'ils ne présentent pas "*seulement des restes d'une fédération antérieure qui ont été utilisés comme éléments organisationnels dans l'échafaudage théorique d'un Etat*", et plus "*des éléments authentiquement fédératifs*"<sup>501</sup>. Il considère par ailleurs que la Constitution de Weimar pose un "*Etat fédéral sans fondement fédératif*" qui "*intègre des éléments d'une organisation fédérative antérieure*"<sup>502</sup>.

Olivier Beaud définit dans le même sens l'Etat fédéral comme "*un Etat formellement fédéral, mais qui a perdu sa chaire fédérale*". Le passage d'une Fédération à un Etat fédéral se traduit selon lui non "*par une modification de la répartition des compétences, mais par des changements plus diffus, qui font que, progressivement, l'unité politique de référence devient la fédération en même temps que celle-ci se transforme en « tutrice » bienveillante de « ses » Etats membres*"<sup>503</sup>. Il ne donne pas d'explication à cette "unitarisation". Il rejette l'explication donnée par Schmitt, un effet de la démocratisation, car en dépit du caractère centralisateur qu'il concède à ce phénomène, il relève qu'il serait alors difficile par ce biais d'"*expliquer pourquoi la Suisse*

<sup>501</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 41), p.520.

<sup>502</sup> *Ibid.*, pp.537-538.

<sup>503</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), pp.424-425.



*est restée globalement une Fédération malgré le haut degré de démocratisation*<sup>504</sup>.

Nous considérons, pour notre part, que le passage d'une Fédération à un Etat fédéral se fait soit par la force, soit par l'évolution progressive du sentiment d'appartenance de ses habitants vers un attachement profond à l'appartenance fédérale conduisant à privilégier l'intérêt fédéral sur le respect de l'intégrité des Etats membres<sup>505</sup>. Il y a dans ce dernier cas mutation coutumière du pacte fédératif en constitution.

**89.** Claude Blumann estime que l'interprétation qui ne voit dans les Etats-Unis un Etat qu'après la guerre de Sécession n'est pas convaincante, considérant que la Constitution de 1787 "attribue à l'Union la presque totalité des compétences dans les secteurs vitaux que constituent la politique étrangère et la défense". Il concède simplement un "Etat fédéral relativement lâche à l'origine"<sup>506</sup>. Au contraire Elisabeth Zoller estime que les Etats-Unis sont encore une Fédération à l'heure actuelle, elle relève que "l'essentiel des règles juridiques qui réglementent la vie quotidienne des citoyens" sont de "la compétence des Etats" : "droit de la famille (mariage filiation, divorce), la propriété, les contrats, la responsabilité, les successions, ou encore toutes les règles qui ressortiraient du Code pénal [...] ou du Code de procédure pénale"<sup>507</sup>. Nous considérons une voie médiane par rapport à ces deux jugements concernant les Etats-Unis. La qualification d'Etat fédéral ne se déduit pas selon nous de la possession par le niveau fédéral de compétences même très larges. Et la conservation d'une forme d'équilibre dans la répartition des compétences entre les niveaux fédéral et fédéré par le maintien de compétences importantes au niveau des Etats membres ne suffit pas, *a contrario* à permettre la qualification de Fédération, dès lors qu'il a été porté atteinte à l'intégrité d'un ou plusieurs Etats membres. La guerre de Sécession a, en empêchant certains Etats membres de se retirer dans le but de protéger notamment l'institution de l'esclavage qu'ils considéraient essentielle, porté atteinte à leur intégrité, et remis en cause l'équilibre fondamental entre les niveaux fédéral et fédéré qui conditionne la qualification de Fédération.

**90.** Afin de valider cette définition, Nous opérerons un va-et-vient entre les éléments de définition du pacte fédératif et un certain nombre de modèles de systèmes fédéraux. L'approche comparatiste permettra également d'éclairer la vérification de l'adaptation de ce concept au contexte de l'Union européenne.

### ***Justification du choix des systèmes fédéraux étudiés***

**91.** L'étude du fédéralisme américain s'explique non seulement par le rôle de référence qu'il a pu jouer pour les unions fédérales dans le monde, mais aussi car les Etats-Unis d'avant la guerre de Sécession peuvent être vus comme un "*cas paradigmatique*" de Fédération<sup>508</sup>. Les débats au XIX<sup>e</sup> concernant l'esclavage, la compétence de dernier ressort de la Cour suprême, et le droit de sécession apparaissent en outre extrêmement intéressants pour comprendre les rapports entre le niveau fédéral et les Etats membres, et les risques pesant sur la stabilité de la Fédération<sup>509</sup>.

---

<sup>504</sup> *Ibid.*, p.425.

<sup>505</sup> Le sentiment d'appartenance joue un rôle d'autant plus important que le système est démocratique, mais même au sein d'un régime essentiellement monarchique, le système ne peut demeurer que si sa légitimité n'est pas remise en cause.

<sup>506</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 17), p.59.

<sup>507</sup> ZOLLER (E.), *Le droit des Etats-Unis* (*op.cit.* note 391), p.15. Sur la conclusion sur la qualification de Fédération voir : ID., *Aspects internationaux...*(*op.cit.* note 14), pp.41-166.

<sup>508</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 83), p.96 note 3.

<sup>509</sup> En ce sens Franz MAYER note que "*le système juridique des Etats-Unis au 19<sup>e</sup> siècle est en tant que système dynamique, évolutif un objet de comparaison quasiment idéal pour l'Union européenne*". Il souligne également que les EU ne disposaient notamment pas encore à cette période d'une très grande homogénéité et que l'opposition sur la question de l'esclavage sera la cause principale de la guerre de Sécession.

Le fédéralisme allemand se justifie ensuite comme modèle non seulement au regard de l'intérêt du processus d'unification des Etats allemands au XIX<sup>e</sup> siècle, mais encore au regard de l'influence qu'il a eu sur la mise en place des institutions – à l'instar de la place centrale du Conseil de l'UE qui se base sur le modèle du Bundesrat – et qu'il continue d'avoir sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Enfin, l'étude du fédéralisme Suisse, apparaît intéressant au regard de la gestion d'une diversité culturelle, linguistique et religieuse à laquelle les autres modèles étudiés n'ont pas été confrontés, mais également en raison du caractère consociatif de l'organisation politique, deux aspects que l'on retrouve au sein de l'Union européenne.

Outre que nous nous restreignons à l'étude du fédéralisme par association, justifiant d'écarter les exemples d'organisations fédérales dues à une désagrégation d'un Etat unitaire à l'instar de la Belgique, ces trois systèmes apparaissent comme les modèles de référence sur la base desquels d'autres systèmes fédéraux se sont développés.

**92.** Nous prendrons garde de bien souligner les différences ou particularités de chacun de ces systèmes afin de relativiser ou conditionner la comparaison proposée<sup>510</sup>. Jellinek critique ainsi Seydel car il ne tient pas compte, dans sa tentative de transposition des thèses de Calhoun, des différences historiques et sociales entre un Empire allemand composé de monarchies dont les Princes ont été pendant des siècles soumis à un chef commun et une Union américaine fondée sur la souveraineté populaire et l'autonomie la plus grande possible des membres<sup>511</sup>.

Par ailleurs, comme la présentation du choix des modèles l'a suggéré, nous n'utiliserons pas chacun d'eux de façon équivalente dans les différents développements.

**93.** Enfin, si nous étudions ce qu'Olivier Beaud qualifie de "*formes « émergentes » du fédéralisme*", c'est-à-dire les systèmes avant qu'ils aient subi la déformation du prisme étatique afin de saisir la logique du fédéralisme<sup>512</sup>, nous nous penchons également sur certains aspects du fédéralisme contemporain dans ces trois modèles, en ayant conscience de la limite intrinsèque de la comparaison qu'implique leur nature étatique. Il ne s'agit pas uniquement de rechercher les "*traces très nettes de leur origine fédérale*"<sup>513</sup>, il s'agit également de prendre en compte l'évolution des sociétés depuis les XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles dans lesquels s'inscrivent les Fédérations étudiées, afin de mieux comprendre l'Union européenne. Le but est également de répondre au reproche fait par Claude Blumann à la théorie de la Fédération d'Olivier Beaud concernant l'utilisation de "*situations anciennes et souvent précaires*"<sup>514</sup>. Le rôle des partis politiques, l'influence sociale qui va voir se développer le phénomène de l'Etat providence sont autant d'éléments qu'une restriction à l'étude des formes émergentes des Fédérations ne permet pas de comprendre. La jurisprudence ayant un rôle central dans le développement du droit européen, les décisions contemporaines des juridictions fédérales des modèles étudiés feront également, dans la mesure nécessaire, partie du champ d'étude. Le risque d'analyse anachronique des systèmes fédéraux comporté par une étude de la jurisprudence<sup>515</sup> ne sera pas

---

(*Kompetenzüberschreitung...* (op.cit. note 9), p.14).

<sup>510</sup> Voir par exemple en ce sens, même si l'auteur vise non pas le cas d'une Fédération mais celui d'un Etat fédéral : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr, 2005, p.59.

<sup>511</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 209209), p.188. Il note à cet égard que les colonies britanniques avaient une telle autonomie qu'ils ne se sentaient pas dans une association commune avec l'Angleterre.

<sup>512</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 83), pp.25-26. Il est primordial pour comprendre la Fédération mise en place par le pacte fédératif d'"étudier le « moment fédératif » c'est-à-dire toutes les formes fédératives [...] [qui n'ont] pas encore [été] phagocytées par l'Etat" (*Ibid.*, p.96). Voir aussi dans le même sens SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...* (op.cit. note 510), p.18.

<sup>513</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.424. Il donne comme exemple le principe de Bundestreue et l'arbitrage.

<sup>514</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel...* (op.cit. note 17), p.66.

<sup>515</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 83), p.26 et p.28.



négligé. Nous prendrons garde de tenir par exemple compte de ce que la Cour suprême a eu, sous la houlette du juge Marshall, un rôle centralisateur et a ainsi proposé une image déformée de la réalité fédérale de l'époque qui a pu conduire à croire que l'on se trouvait déjà en présence d'un Etat fédéral.

Enfin, précision terminologique, nous aurons recours aux noms habituellement utilisés dans la littérature pour désigner les entités fédérales et leurs textes fondateurs, même si nous considérons par ailleurs qu'il s'agit respectivement de Fédérations et de pactes fédératifs. Nous parlerons ainsi de Confédération germanique, de Confédération du Nord, de Confédération américaine, du Second Empire allemand. Nous parlerons de même de Constitution de la Confédération du Nord, du Second Empire allemand, des Etats-Unis et de la Suisse de 1848.

Le Pacte fédératif se définit comme un pacte existentiel entre Etats qui établit une Fédération, et qui doit poser les bases permettant à la fois une garantie de stabilité de la Fédération et une protection de l'intégrité des Etats membres (partie I). L'objectif sera donc d'abord de préciser cette définition et de la confronter au contexte de l'Union européenne afin de déterminer si les caractéristiques d'un tel pacte fédératif existent au niveau européen.

Il convient ensuite d'étudier le fonctionnement de l'Union européenne, afin de vérifier si un équilibre entre la cohérence nécessaire à la stabilité de la Fédération et le respect de l'intégrité des Etats membres existe en son sein, au regard de la répartition des compétences et de la représentation des intérêts dans les prises de décisions au niveau européen (Partie II). Notre objectif sera dans cette partie de juger de la stabilité de l'Union européenne et de déterminer les nécessités éventuelles de réformes pour la renforcer.

## Partie I : Définition du pacte fédératif

94. Après une étude des critères de distinction du pacte fédératif par rapport aux traités ordinaires (chapitre préliminaire), nous approfondirons deux aspects de sa définition. Le pacte fédératif doit assurer la stabilité de la Fédération qu'il fonde (chapitre I), mais ces moyens de stabilisation ne doivent pas aboutir à remettre en cause l'intégrité des Etats membres (chapitre II), sinon la Fédération risque de se transformer en Etat fédéral ou de disparaître.

### *Chapitre préliminaire : Les critères de qualification de pacte fédératif*

95. Les manuels de droit international distinguent généralement les traités selon leur forme, la restriction ou non aux possibilités d'y être partie, leurs auteurs (Etats et/ou organisations internationales), ou bien selon une perspective matérielle (traités posant simplement un certain nombre de règles dans un domaine particulier ou traités institutionnels créant des organisations internationales) tout en précisant qu'il ne s'agit pas de classifications retenues par la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>1</sup>. Une combinaison de ces deux critères conduit à différencier les traités-lois, telles les "*grandes conventions élaborées sous l'égide des organisations internationales [qui remplissent] une sorte de fonction législative en droit international*", et les traités-contrats, des "*traités particuliers [...] comparables aux contrats de l'ordre interne*"<sup>2</sup>. Ces différenciations ne permettent pas de préciser le concept de pacte fédératif.

En effet, le pacte fédératif se distingue d'un traité classique en ce qu'il constitue un pacte "*existentiel*" fondant une institution d'un type particulier la Fédération (section I). En reprenant les termes d'Hauriou, l' "*idée*" caractérisant ce pacte est politique puisque l' "*institution*" qu'il fonde, la Fédération l'est. La question se pose alors de savoir si cette nature politique de l'institution dépend de l'inclusion de certaines compétences communes particulières (section II).

### **Section I : Un pacte "existentiel" fondant une Fédération**

96. Nous précisons tout d'abord la nature juridique du pacte fédératif au moyen de la qualification d'acte existentiel (§1). Nous utiliserons ensuite la théorie de l'institution proposée par Maurice Hauriou afin d'expliquer le processus de fondation de la Fédération par le pacte fédératif, et sa stabilisation (§2). Selon cette théorie, "*toutes les fois que d'un contrat, d'un pacte, d'un traité, résulte la création d'un corps constitué quelconque, il convient d'admettre qu'une opération de fondation s'est mêlée à l'opération contractuelle*"<sup>3</sup>.

#### ***§1. Un pacte "existentiel"***

97. Si l'on considère les trois systèmes fédéraux étudiés en dehors de l'Union européenne, et les réflexions menées dans la doctrine et par les hommes politiques au sujet de la nature juridique des actes fondateurs des différentes unions fédérales, les débats les plus vifs ont eu lieu aux Etats-Unis et dans le contexte allemand. En effet, en Suisse, comme dans beaucoup de

<sup>1</sup> Cf. par exemple : COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 9<sup>e</sup> éd., Précis Domat Montchrestien, 2010, p.81-82 ; DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, 9e éd, Dalloz, 2008, p.290-292.

<sup>2</sup> COMBACAU (J.), SUR (S.), *Ibid.*, p.82.

<sup>3</sup> HAURIOU (M.), La théorie de l'institution et de la fondation, in : ID. : *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933, p.120.



domaines, les questions ont été réglées de manière pragmatique dans le cadre des discussions ayant abouti à la Constitution de 1848, et si une partie des cantons a rejeté cette Constitution, son application n'a pas conduit à des débats théoriques sur sa nature juridique. Au contraire, le débat américain sur la nature juridique de la Constitution 1787 a été vif non seulement parmi les politiciens, mais encore entre les juges de certains Etats et la Cour suprême ainsi qu'au sein de la doctrine. Ce débat fera l'objet d'une présentation plus approfondie dans la suite des développements<sup>4</sup>. Nous souhaitons ici nous focaliser sur les réflexions menées au sein de la doctrine allemande à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au tout début du XX<sup>e</sup> siècle lors de la fondation de la Confédération du Nord et de l'Empire bismarckien. En effet, même si elles ne fournissent pas d'explication permettant de saisir l'ensemble du phénomène de la conclusion entre des unités politiques, des Etats, d'un pacte créant une union politique fédérale, en raison de la déformation impliquée par l'opposition entre Confédération et Etat fédéral, les réponses proposées donnent des éléments partiels de compréhension de la nature juridique du pacte fédératif (A). Mais c'est uniquement avec les théories proposant un dépassement de l'opposition entre Etat fédéral et Confédération d'Etats qu'une explication globale de la nature juridique du pacte fédératif peut être trouvée (B), théories qui serviront à dégager les caractéristiques de la qualification juridique retenue de pacte existentiel (C).

### **A. L'apport des débats sur la fondation de la Confédération du Nord et du Second Empire allemand**

98. La volonté ancienne de réformer la Confédération germanique n'avait pu aboutir en raison de l'opposition entre les positions de l'Autriche et de la Prusse. Cela avait conduit à poser la question du maintien d'une grande Fédération comprenant l'Autriche, de la mise en place d'une Fédération plus restreinte autour de la Prusse sans l'Autriche, ou encore d'une position intermédiaire prévoyant une union fédérale assez lâche au sein de laquelle une Fédération plus intégrée pouvait être créée autour de la Prusse. C'est la première solution qui va s'imposer par les armes. Une guerre opposant l'Autriche à la Prusse se termine par la défaite de l'Autriche et la signature du traité de paix de Prague signé le 23 août 1866 par lequel cette dernière reconnaît la dissolution de la Confédération germanique<sup>5</sup>, à laquelle l'ensemble des Etats membres de la Confédération germanique continuant à exister à la fin de la guerre de 1866<sup>6</sup> a donné son accord<sup>7</sup>.

La Prusse propose alors aux autres Etats allemands du Nord une alliance sous la forme d'un traité, "l'alliance aoûtienne", par lequel ils s'engagent à se défendre mutuellement sous le commandement du Roi de Prusse (art.1 et art.2) et à rédiger une constitution avec la coopération d'une assemblée populaire (art.2). L'élection d'une assemblée, le Reichstag chargée de discuter la Constitution et de l'adopter, s'opère sur la base de lois étatiques qui reprennent la loi de 1849 sur le suffrage universel direct avec vote le même jour dans tous les Etats (art.5)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : chap.II sect.I §1.

<sup>5</sup> Voir sur les circonstances de cette guerre sur l'exécution fédérale : *infra* chap.I sect.I §2 B 1).

<sup>6</sup> La Prusse annexe à la fin de la guerre outre le Schleswig-Holstein certains Etats qui avaient combattu contre elle (Hanovre, Nassau, Hesse, Francfort), réunissant ainsi son territoire de l'est et de l'ouest. C'est un exemple du rôle hégémonique de la Prusse qui contribue à fausser le jeu de la stabilisation de la Fédération. En effet, en dehors d'un soutien populaire à l'unification de l'Allemagne, la Prusse joue un rôle important dans l'institutionnalisation. Le modèle de la Confédération du Nord et du Second Empire doivent donc être considérés en ayant conscience de ce facteur.

<sup>7</sup> LABAND (P.), *Le droit public de l'Empire allemand, t.1*, trad. de GANDILHON (C.), Paris, éd. Giard et Brière, 1900, pp.21-24. Si le Liechtenstein ne l'a pas exprimé explicitement, il considère qu'on pouvait estimer qu'il avait donné son consentement tacite.

<sup>8</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.III*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1988, p.646. Il n'y avait en effet pas encore d'autorité commune à ce groupe d'Etats, ce qui explique la nécessité que les Etats adoptent chacun la loi.



Le 16 avril 1867 la Constitution est adoptée par le Reichstag constituant, et le 17 avril Bismarck déclare l'adoption de la Constitution au nom des gouvernements des Etats membres tout en précisant que pour achever le processus ces derniers doivent encore "*conférer à [cette] Constitution fédérale la valeur de loi*" en vertu de leurs constitutions respectives<sup>9</sup>.

99. Plusieurs interprétations ont été proposées pour qualifier l'origine de la Confédération du Nord. Selon la théorie de la "factualité" (Faktizitätstheorie) de Jellinek tout d'abord, un Etat fédéral comme tout Etat est le résultat d'un processus historique ayant donné lieu à la création d'une nation qui s'est donnée une constitution. Dans cette perspective, les autorités des Etats membres ont seulement favorisé l'unification<sup>10</sup>. Le traité du 18 Août 1866 a uniquement posé les conditions suivant lesquelles les Etats allemands du nord s'obligeaient mutuellement à fonder un Etat fédéral. Pour Jellinek, ce traité a seulement permis de garantir que ces Etats avaient approuvé le processus de fondation et que celui-ci ne contredisait pas leur droit interne. La délibération de la constitution fédérale par les corps constitutionnels des Etats avait selon cette perspective pour but de vérifier si le nouvel Etat dans lequel ils entraient correspondait aux conditions auxquelles ils s'étaient engagés par ce traité. Même si un Etat ne l'avait pas adoptée, il aurait cependant pu en devenir membre en s'y soumettant en pratique (faktisch)<sup>11</sup>. Et Jellinek de donner l'exemple de la soumission tacite à la constitution dans l'Etat fédéral dans le cas des cantons suisses dissidents en 1848<sup>12</sup>. La publication dans les Etats de la constitution fédérale dans la forme d'une loi du Land n'aurait été également qu'une déclaration solennelle de la décision des puissances étatiques des Länder de leur volonté d'être membre de l'Etat fédéral<sup>13</sup>. Cette théorie permet tout de même de mettre en avant le cas d'un accord tacite à la participation à une union fédérale, mais elle nie arbitrairement tout effet juridique aux traités alors même que, comme le souligne Olivier Beaud, il est possible de considérer que cette origine a des conséquences sur son fonctionnement global<sup>14</sup> : "*qu'il y a nécessairement une relation entre le mode d'engendrement de la Fédération et sa nature juridique*"<sup>15</sup>.

D'autres auteurs soutiennent une théorie dite de la "légalité" (Legalitätstheorie) consistant à voir comme fondement à la création de la Confédération du Nord soit un acte du législatif fédéral, soit l'action commune des 23 actes parallèles des autorités législatives des Etats<sup>16</sup>. Paul Laband soutient cette seconde position. Il rejette le fondement dans un acte fédéral car il n'existait pas d'organe fédéral ni de capacité juridique fédérale, en l'absence d'une union fédérale préexistante<sup>17</sup>. Par ailleurs, il écarte tout fondement de la Confédération du Nord en tant qu'entité de droit constitutionnel dans les traités d'août, concédant à ces derniers uniquement un rôle international<sup>18</sup>. Il estime qu'avec la création de la Confédération du Nord le traité du 18 août 1866 a épuisé ses effets juridiques, puisque le rapport de droit qu'il créait a été

<sup>9</sup> Sten. B. d. norddt. RT., Sitzung vom 17. April 1867, p.731 (cité par : HUBER (E. R.), *Ibid.*, p.667).

<sup>10</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, éd. Keip, 1996, pp.264-265.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p.271.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p.269. Cf. *Infra* C) 1).

<sup>13</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 10), p.269.

<sup>14</sup> BEAUD (O.), La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la fédération, in : KERVEGAN (J.-F.), MONHAUPT (H.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Francfort, Klostermann, 1997, p.235.

<sup>15</sup> BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.109.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.674 ; LABAND (P.), *Le Droit...*(*op.cit.* note 7), pp.58-59.

<sup>17</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.1*, 5e éd., Tübingen, Mohr, 1911, p.34 et p.36.

<sup>18</sup> "*Le traité d'alliance du 18 août est l'unique base de droit international pour la fondation de la Confédération, mais il n'est, sous aucun rapport, le fondement de droit constitutionnel de la Confédération même de l'Allemagne du Nord*" (LABAND (P.), *Le Droit...*(*op.cit.* note 7), p.41). Les Etats "*ne fondent pas une Confédération, ils s'engagent à fonder une Confédération*" et "*ils ne conviennent pas d'une Constitution*" mais uniquement "*du mode propre à établir une Constitution*" (*Ibid.*, p.40 ; LABAND (P.), *Das Staatsrecht...*(*op.cit.* note 17), *Bd.1*, 5e éd., pp.84-85.



remplacé par une organisation juridique étatique. Pour lui, la décision fondatrice a pris la forme de lois constitutionnelles étatiques parallèles. Le Reichstag devait servir à "*harmoniser*" les points de vue des différents gouvernements et non pas s"*accorder*" avec eux sur le projet<sup>19</sup>. Laband reconnaît certes qu'en partant du principe qu'un Etat n'a de compétences que sur son territoire, il semble impossible qu'une constitution fédérale soit établie par des lois constitutionnelles étatiques parallèles<sup>20</sup>, mais il rétorque que ces lois se limitent à ratifier l'entrée des Etats dans l'union fédérale<sup>21</sup>. Si cette théorie permet de mettre l'accent la différence entre l'acte fondateur d'une union fédérale et un simple traité fondateur d'une organisation internationale, elle ne résout pas la question de l'auteur de l'acte fondateur de cette union<sup>22</sup>, puisqu'elle se concentre essentiellement sur l'effet de la création de la Confédération du Nord, en écartant tout lien entre la conclusion d'un pacte entre les Etats allemands du Nord et la fondation de cette Confédération.

Une autre théorie dite du "traité" (Vertragstheorie), permet de corriger en partie ce manque en considérant que les Etats se sont obligés à la création de la Confédération du Nord<sup>23</sup> par le biais du traité de l'Alliance d'Août. Mais au contraire de la théorie de la légalité, la théorie du traité part du principe que les gouvernements peuvent, en tant que représentants extérieurs des Etats, conclure des traités qui ont des effets en dehors de leur territoire<sup>24</sup>.

Une variante de cette interprétation est proposée par Louis Le Fur qui estime qu'un Etat fédéral peut trouver son origine dans un traité entre Etats, en différenciant l'acte de formation et ses effets. Pour lui, l'origine contractuelle d'un rapport de droit ne présuppose pas la nature contractuelle de ce rapport<sup>25</sup>. Les Etats concluent simplement un traité par lequel ils s'obligent à fonder un Etat fédéral dont ils seront les membres et auquel ils seront soumis<sup>26</sup>. L'objet du traité est réalisé par cette adoption de la constitution fédérale et son entrée en vigueur, et les rapports contractuels de droit international entre les Etats parties au traité font place à un rapport de droit interne de subordination entre l'Etat fédéral créé et les anciens Etats souverains devenus membres de cet Etat fédéral<sup>27</sup>. Ainsi la Constitution fédérale a pour base juridique un traité, il n'y a pas transformation du traité en constitution fédérale<sup>28</sup>. Toutefois Le Fur ne propose pas d'explication de cette transformation.

Pour Le Fur, les traités d'août 1866 sont juridiquement à l'origine de l'Etat fédéral<sup>29</sup>. Une fois ces accords conclus, il affirme qu'il était encore nécessaire juridiquement que les lois de ratifications soient adoptées dans chacun de ces Etat, ajoutant qu'un Etat fédéral ne pouvait être fondé que lorsque les organes fédéraux qui avaient été établis par le traité d'union "*entr[ai]ent*

---

<sup>19</sup> LABAND (P.), *Le Droit...*(*op.cit.* note 7), pp.52-53 ; "*Le Reichstag n'était pas une « personne » (Rechtssubject), dans le sens juridique du mot il ne pouvait pas faire œuvre de contractant et s'arroger des droits et des devoirs ; il n'était pas non plus, au sens propre du Droit public, une représentation du peuple, car une représentation du peuple présuppose l'organisation politique du peuple. Le Reichstag n'était pas une partie contractante pour convenir, avec les gouvernements, de la constitution fédérale, mais un moyen pour arriver à une entente commune sur une Constitution.*" (*Ibid.*, p.51).

<sup>20</sup> *Ibid.*, p.54.

<sup>21</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...*(*op.cit.* note 17), *Bd.I*, 5e éd., p.29 ; LABAND (P.), *Le Droit...*(*op.cit.* note 7), pp.58-59.

<sup>22</sup> Voir pour une critique en ce sens : HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.III*, p.675.

<sup>23</sup> SEYDEL (M. von), *Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich*, Stuber, Würzburg, 1873, pp.3 et s. ; BRIE (S.), *Theorie der Staatenverbindungen*, Stuttgart, F. Enke, 1886, pp. 130 et s.

<sup>24</sup> KUSCHNICK (M.), *Integration in Staatenverbindungen. Vom 19. Jahrhundert bis zur EU nach dem Vertrag von Amsterdam*, éd. Walter de Gruyter, 1999, pp.37-38. L'auteur souligne aussi que Brie met en évidence la participation du peuple à travers une procédure législative dans les Länder pour l'entrée en vigueur du traité.

<sup>25</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral et la Confédération d'Etats*, éd. Panthéon-Assas, 2000, p.579.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.581.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp.584-585.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p.587.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p.565.

*en fonction, et promulgu[ai]ent [...] au nom de l'Etat fédéral la nouvelle constitution*<sup>30</sup>.

La théorie de "l'accord" (Vereinbarungstheorie), notamment défendue par Karl Binding<sup>31</sup>, vise à répondre à la critique, opposée à la théorie du "traité", selon laquelle un simple traité conclu entre les gouvernements des Etats ne suffisait pas pour expliquer la mise en place d'un Etat fédéral, et qu'il fallait en outre une coopération de l'assemblée appelée par l'ensemble du Peuple de l'union fédérale<sup>32</sup>. Elle affirme que ce ne sont pas les mêmes autorités qui sont compétentes pour donner leur accord à l'acte fondateur d'un Etat fédéral et pour ratifier un traité ordinaire. Le fondement de la Confédération du Nord ne serait pas, selon cette théorie, à voir dans l'alliance d'août mais dans le double accord des 16/17 avril 1867, entre les gouvernements des Etats d'une part et entre l'ensemble des gouvernements et le Reichstag d'autre part. On ne peut comprendre la mention l'accord entre les gouvernements et le Reichstage que si l'on sait que la théorie constitutionnelle allemande du XIX<sup>e</sup> siècle considérait que le pouvoir constituant consistait dans une coopération du gouvernement et de la "*représentation populaire*"<sup>33</sup>. Cet accord renvoie en réalité au compromis entre monarchie et démocratie et n'est pas un aspect caractéristique du fédéralisme mais du régime politique allemand sous la Confédération du Nord et sous le Second Empire.

C'est ce même compromis qui est visé par certains auteurs qui reprochaient à la théorie de Karl Binding de ne pas évoquer le rôle des Landtag, alors que du point de vue des constitutions des Etats, les gouvernements n'étaient pas compétents pour engager leur Etat sans leur accord<sup>34</sup>. La Constitution ne pouvait en effet avoir de caractère juridiquement contraignant vis-à-vis d'un Etat sans cette formalité. Certains Landtag avaient en effet donné leur accord en amont en accordant un blanc-seing concernant le texte final de la Constitution en votant le principe d'une élection d'un Reichstag chargé de la discuter, tandis que d'autres l'avaient donné en aval en approuvant le texte final<sup>35</sup>.

Répondant à cette critique, la théorie dialectique ajoute le rôle des Landtag à cette théorie de "l'accord", mais également des aspects de la théorie de la "factualité". La théorie dialectique part ainsi de l'hypothèse de la nécessité de réunion du droit et des faits. Selon cette perspective, le projet de Constitution allemande de 1848 a échoué car le droit existait sans les faits le soutenant, alors que la Constitution de la Confédération du Nord a pu être adoptée car, outre la volonté populaire d'unité nationale, elle disposait du soutien d'un Etat fort, la Prusse, et parce que les gouvernements des autres Etats allemands du Nord étaient disposés à y participer<sup>36</sup>.

**100.** Enfin, le débat concernant la fondation du Second Empire allemand permet de souligner un autre aspect particulier des pactes fédératifs, celui de l'importance particulière des Etats membres dans une union fédérale. A la fin de la guerre de 1870 avec la France, des représentants des Etats allemands du Sud et de la Confédération du nord se réunissent à Versailles pour discuter d'une union fédérale et plusieurs pactes, appelés les "*traités de novembre*", sont signés par les représentants de la Confédération du Nord et les Etats du Sud, par lequel ils s'engagent à réviser leurs constitutions pour s'unir au sein d'une union fédérale<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp.582-583.

<sup>31</sup> BINDING (K.), Die Gründung des Norddeutschen Bundes, in : ID., Zum Werden und Leben der Staaten, München, Duncker & Humblot, 1920, pp.159 et s. ; BINDING (K.), Die Vereinbarung, in : ID., *Ibid.*, pp.189 et s.

<sup>32</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.III*, p.676.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p.677.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p.677. Voir aussi en ce sens : KUSCHNICK (M.), *Integration...*(*op.cit.* note 24), p.38 et pp.52-53.

<sup>35</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.III*, p.678.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp.678-679.

<sup>37</sup> Voir : *Ibid.*, p.735 ; BOLDT (H.), *deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.II*, éd. deutscher Taschenbuch Verlag, 1993, p.165 ; LABAND (P.), *Le Droit...*(*op.cit.* note 7), pp.80-81.

Ces pactes donnent une constitution à ce qui doit s'appeler au départ le Deutsche Bund et entraînent une révision des constitutions de la Confédération du Nord et des Etats allemands du Sud. La question a été débattue dans la doctrine de savoir s'il s'agissait d'une nouvelle fondation ou d'une simple adhésion des Etats allemands du sud à la Confédération du Nord ou de la Fédération. Au soutien de la thèse de la refondation était notamment avancée comme argument que l'entrée ou la sortie d'un membre entraînait la dissolution de l'union fédérale antérieure car une modification des membres constituait une modification des conditions sur lesquelles l'union reposait. Toutefois, l'essentiel de la doctrine rejette un tel argument même si elle est partagée quant à la qualification de refondation ou de simple adhésion des Etats du Sud avec uniquement quelques modifications apportées au texte de la Constitution de 1867 pour en tenir compte<sup>38</sup>.

101. Il ressort des exposés précédents que l'ensemble de ces interprétations est incomplet et ne permet pas de comprendre la logique du pacte fédératif, d'où la nécessité de poursuivre la recherche de théories explicatives de sa nature juridique.

## **B. Recherche de la nature juridique particulière du pacte fédératif**

102. S'il rejette, comme nous l'avons vu, toute explication juridique de la fondation de la Confédération du Nord, Jellinek propose par contre une classification intéressante des différents types de traités selon deux perspectives. Une première perspective est fonction du but du traité. Elle fait elle-même l'objet d'une subdivision entre les traités conclus "*pour se faire valoir comme puissance (Macht)*", et ceux destinés à se protéger. "*Alors qu'il s'agit dans le premier type de traités toujours de fonctions étatiques individuelles, [...] l'Etat est pour le second type concerné dans son entier, sa taille, sa force et souvent même son existence*"<sup>39</sup>. Jellinek souligne certes que la frontière entre les deux catégories n'est pas nette car un traité commercial, une union douanière peuvent également modifier substantiellement la position politique d'un Etat, mais il relève que dans ces différents cas, il s'agit en premier lieu de défendre un intérêt particulier<sup>40</sup>. Or, quand un Etat obtient ou renonce à une province par traité, se lie avec un tiers pour combattre un adversaire ou entre dans une Confédération, il est au contraire saisi dans sa totalité<sup>41</sup>.

La seconde perspective proposée porte sur les intérêts des parties contractantes. Elle est également subdivisée en deux catégories selon qu'il y a concordance ou divergence de ces intérêts<sup>42</sup>. Dans le second cas, il y a échange d'une prestation contre une autre comme avec les traités commerciaux ou les traités de paix. Dans le premier, la solidarité est le fondement du traité ; l'association est beaucoup plus solide. Dans ce cas sa réalisation peut être laissée aux

---

<sup>38</sup> Voir notamment : LABAND (P.), *Ibid.*, p.84 ; BRIE (S.), *Theorie...*(*op.cit.* note 23), p.131 ; JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 10), p.275. JELLINEK avance notamment que le dernier article de la Constitution de la Confédération du Nord prévoyait une telle adhésion (*Ibid.*, pp.274-275). En outre, les dispositions de la Constitution de 1871 étaient très proches, voire pour une large part la simple reprise de celles de la Confédération du Nord (Ce constat nous conduit dans la plupart des développements qui suivent à simplement faire référence aux numéros des dispositions des deux constitutions sans faire d'étude séparée de la Confédération du Nord et du Second Empire). Ernst Rudolf Huber critique cette position. Il estime que les termes des différents traités avec les Etats du Sud contredisent cette vision, d'un simple élargissement de la Confédération du Nord. Ainsi, les traités conclus avec la Hesse et le Bade affirment que ces Etats fondent avec la Confédération du Nord une nouvelle union, et le traité conclu avec la Bavière énonce que les Etats de la Confédération du Nord et l'Etat de Bavière concluent "*une Fédération éternelle*" (HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.III*, pp.761-762. Voir aussi en ce sens KUSCHNICK (M.), *Integration...*(*op.cit.* note 24), p.35 note 176).

<sup>39</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 10), p.106.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.107.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.106.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp.107-108.



Etats contractants qui s'accordent sur son contenu et apparaissent à l'extérieur comme ayant des volontés séparées, ou bien le traité peut établir un organe à cette fin.

La définition du pacte fédératif se rapproche de celle du traité ayant un but global et présentant une identité des intérêts entre les parties proposée par Jellinek. Mais, il fait rentrer dans cette catégorie le traité d'alliance et le traité par lequel un Etat renonce ou acquiert un territoire, alors que nous écartons la qualification de pacte fédératif pour ce type de traités.

**103.** Elisabeth Zoller emploie quant à elle les expressions de "compact"<sup>43</sup>, de "pacte solennel", de "traité fédératif" comme fondement à sa Fédération. Elle le définit comme un acte "qui emporte la création d'une autorité supérieure aux Etats investie du pouvoir de faire des lois qui les gouvernent tous"<sup>44</sup>. Ce pacte se transforme selon elle en constitution<sup>45</sup>. Toutefois, elle estime que les "pères fondateurs [américains] ont certes opéré le passage d'un traité à une constitution" mais qu' "ils pensaient qu[e][la constitution établie] pourrait encore retenir les caractéristiques du régime « fédéral » qui désignait à l'époque [...] le régime [juridique] de[s] traité[s]"<sup>46</sup>. Elle indique au soutien de cette interprétation que la présentation comme "constitution-pacte" des résolutions du Kentucky et de Virginie n'a pas donné lieu à discussion<sup>47</sup>. Certes, la nature particulière de ce pacte était voulue, comme le prouvent la non soumission aux règles classiques du droit international et le recours à des conventions constitutionnelles pour le ratifier afin de renforcer sa force obligatoire. Toutefois, cela ne signifie pas que les Pères fondateurs voulaient aller jusqu'à la fondation d'un Etat commun<sup>48</sup>. Elle note ainsi que les citoyens américains à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup> siècle "se rattachaient d'abord à leurs Etats"<sup>49</sup>. Elle en conclut que le passage de la décision *Marbury v. Madison*<sup>50</sup> dans lequel le juge Marshall interprète la Constitution comme un texte dont l'auteur est le peuple américain n'est qu'une "digression qui ne faisait pas sens au regard du problème précis posé". Dans le même sens Jefferson parle à l'égard de ce passage d'un "exposé personnel du président de la Cour sans rapport avec le sujet"<sup>51</sup>. Si cette théorie permet de comprendre la nature mixte du pacte fédératif, la définition du "compact" proposée paraît trop marquée par le contexte américain.

**104.** La théorie schmittienne définit le pacte fédératif comme un "pacte de status" qui présuppose comme parties plusieurs unités politiques qui en tant que telles ont un "status" politique, et qui a pour objet de fonder un nouveau "status" pour toutes les parties<sup>52</sup>. Carl Schmitt différencie tout d'abord le pacte fédératif des traités classiques au regard des obligations. Les "relations particulières régies par un traité pour servir des buts particuliers de l'Etat [...] entraîne[nt] des obligations [...] dont le contenu est clairement délimité, mais n'engage[nt] pas l'existence politique de l'Etat en tant que telle dans sa totalité"<sup>53</sup>. Au contraire, un pacte fédératif met en place une "fédération [qui] embrasse chaque Etat membre

---

<sup>43</sup> "compact" est le terme employé pour la fondation de la colonie de Plymouth en 1620 sur le May Flower, il renvoie à "un acte initial et fondateur" (ZOLLER (E.), Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etat, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t.294, p.109).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p.82.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p.75.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p.82.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p.81 et p.95. Sur ces résolutions, cf. *infra*. Chapitre II section III §1 C 2).

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>49</sup> ZOLLER (E.), Aspects...(*op.cit.* note 43), p.97.

<sup>50</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>51</sup> Lettre de Jefferson au juge William Johnson (12 juin 1823) citée par ZOLLER (E.), Aspects...(*op.cit.* note 43), p.97.

<sup>52</sup> SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, trad. de DEROCHE (L.), PUF, 1993, p.201 et p.177.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p.511.



*dans la totalité de son existence comme unité politique et l'intègre tout entier à une association qui a une existence politique*"<sup>54</sup>. Dès lors, la qualification du pacte comme "*acte existentiel*" se justifie en ce qu'il régit l'ensemble de la répartition des compétences, même s'il ne fait qu'énumérer les compétences fédérales<sup>55</sup>, les compétences des Etats étant visées implicitement par renvoi.

Afin de souligner ce caractère existentiel, Schmitt va comparer le pacte fédératif aux pactes conclus au Moyen Age caractérisés par l'idée de confiance entre les parties et pour lesquels "*le serment garantissait tant la durée du pacte que l'engagement existentiel de la personne*"<sup>56</sup>.

Ce pacte est ensuite caractérisé par la libre volonté de ses parties lors de sa conclusion, et, à la différence d'un traité ordinaire, par la soustraction de ses effets à cette même libre volonté des parties. Dans un traité ordinaire, "*le libre contrat ne concerne jamais la totalité d'une personne*", "*il est résiliable et annulable*" car "*l'implication totale de la personne dans son ensemble apparaît [...] même immorale et contraire au droit*". A l'opposé, "*un pacte de status fonde un rapport vital durable qui embrasse la personne dans son existence et l'intègre à un ordre global qui ne se ramène pas seulement à des relations individuelles mesurables et ne peut être abrogé par une résiliation ou révocation libre*"<sup>57</sup>. Il cite notamment comme exemples de ce type de pacte les fiançailles et le mariage.

Anton Greber se fonde sur cette définition schmittienne mais l'adapte à son propre cadre de réflexion. Le pacte fédératif n'est, selon lui, ni un traité international ordinaire, ni un contrat de droit privé, c'est un pacte sociopolitique, par le biais duquel l'unité est produite, c'est le fondement normatif "antépositif" de la structure institutionnelle<sup>58</sup>. Cette unité n'est pas comparable avec celle d'un Etat unitaire car elle n'est pas un but en soi, et surtout parce qu'elle peut être adaptée constamment en modifiant le pacte.

Anton Greber distingue les pactes selon deux critères qui rejoignent ceux proposés par Jellinek<sup>59</sup>. Le premier, téléologique, permet de différencier les "traités de prestation" (Leistungsverträge), qui renvoient au principe de complémentarité entre les intérêts distincts poursuivis par les parties, et les "traités de but" (Zweckverträge), se caractérisant par la poursuite d'intérêts communs aux parties. Relèvent des pactes de but les "pactes sociétaux" (Gesellschaftsverträge) car il y a identité d'intérêt entre les parties et parce que les ressources pour atteindre ce but sont mises en commun et non pas échangées. Le second critère concerne l'objet du pacte<sup>60</sup>. Dans un premier type de traités, l'objet est "*mesurable ou circonscrit*", il n'existe pas d'identité entre l'objet du traité et la personne car "*même une prestation hautement personnelle comme par exemple un concert de piano n'inclut pas la personne dans son ensemble mais une qualité particulière de cette dernière*". Les pactes existentiels, qui forment le second type, ont au contraire pour objet une personne et ne peuvent, contrairement aux conventions ordinaires, être dénoncées car elles l'englobent dans son ensemble. Anton Greber renvoie à un fondement non positif pour justifier l'existence de tels pactes, à l'instar du couple dont le caractère existentiel de l'acte conclu ne peut se baser que sur un référent religieux ou

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.513.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp.513-514 : "*Si la constitution fédérative restreint la « compétence » de la fédération à des matières énumérées explicitement [...], cela ne porte que sur une question technique, la présomption de compétences, et régit l'organisation concrète de la répartition des compétences au sein de la fédération déjà en place*".

<sup>56</sup> *Ibid.*, p.202. Voir aussi : *Ibid.*, p.513.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p.202.

<sup>58</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, p.108.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp.173-174.

<sup>60</sup> Bien que l'auteur parle de distinction entre les type de prestation "*Leistung*", on emploie l'expression d'objet qui permet de clarifier sa pensée en évitant de faire conclure au lecteur que le "*pacte de statut*" est un pacte de prestation, ce qu'une lecture rapide du 2<sup>nd</sup> critère pourrait conduire à conclure.



métaphysique<sup>61</sup>.

Olivier Beaud propose une définition plus proche de celle de Schmitt. Il note notamment que *"le pacte est [...] dénaturé, [qu']il devient institution et perd sa dimension contractuelle initiale"*<sup>62</sup>. C'est selon lui l'expression de ce *"paradoxe propre à tout groupement collectif, né d'une convention entre ses associés [...] que cette « créature » doi[ve] échapper, au moins en partie à ses « créateurs » si elle veut vivre et se développer d'une façon autonome par rapport à ceux-ci"*<sup>63</sup>. Mais, à la différence des individus créateurs qui disparaissent plus ou moins de la vie de l'association créée, ses auteurs, les Etats fondateurs d'une Fédération, continuent à exister en tant qu'unités politiques<sup>64</sup>. Le pacte fédératif présente par ailleurs la particularité qu'un de ses destinataires, la Fédération, n'en est pas l'un des auteurs mais la créature, élément qu'il a en commun avec le concept de "traité-loi" présenté comme à l'origine de la fondation des organisations internationales. Enfin, une dernière particularité de ce pacte est de pouvoir être adapté en fonction de l'évolution de l'équilibre pour continuer à garantir l'unité<sup>65</sup>.

Murray Forsyth propose également une définition proche de celle du pacte existentiel de Schmitt même s'il ne se fonde pas sur sa théorie. Il considère au fondement de sa *"Confédération"* un acte qui est *"davantage qu'un traité"*, tout en n'étant pas *"l'acte unilatéral [...] de la population de la Confédération [...] considérée comme un tout homogène"*. Cela s'explique car *"une Confédération est formée précisément parce que l'on estime qu'une telle nation ou population n'existe pas, parce que le sens d'une identité commune et donc la confiance entre les citoyens des Etats membres ne sont pas aussi profonds"*<sup>66</sup>. Il qualifie cet acte de *"traité constituant"* car *"les partenaires modifient leur propre statut déjà constitué dès lors qu'ils adhèrent à un traité confédéral"*, caractère qui permet de distinguer les Confédérations des organisations *"qui relèvent des «relations internationales»"*<sup>67</sup>.

**105.** Enfin, nous évoquerons le concept de traité-fondation d'Henry Lesguillons qui se fonde très largement sur la théorie de l'institution de Maurice Hauriou qui a elle-même influencé les concepts de Fédération et de pacte fédératif de Schmitt et par extension d'Olivier Beaud et Anton Greber. Il utilise ce concept pour qualifier les traités dans lesquels une *"opération de fondation s'est mêlée à l'opération contractuelle"*<sup>68</sup>.

Un élément essentiel caractéristique du traité-fondation est tout d'abord *"l'idée de l'œuvre [qui] est la cause réelle et profonde de la fondation"*<sup>69</sup>. Pour la CEE, il voit son expression dans le préambule avec la référence à la volonté d' *"établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens"*. Ce traité ne se restreint par ailleurs pas comme les traités ordinaires à *"la solution d'un ou plusieurs problèmes bien circonscrits dans le temps"*, mais établit une institution qui vise à réaliser une idée durablement, malgré les modifications de

---

<sup>61</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), pp.174-175.

<sup>62</sup> BEAUD (O.), *État et souveraineté : Éléments pour une théorie de l'État*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Paris II, 1989, p.371.

<sup>63</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 15), p.155.

<sup>64</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), p.176.

<sup>65</sup> BEAUD (O.), Du nouveau sur l'Etat fédéral, *Droits*, 2006, n° 42, p.236 ; GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), p.108.

<sup>66</sup> FORSYTH (M.), Vers un nouveau concept de confédération, in : COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le concept contemporain de confédération*, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, n°11,p.67.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>68</sup> LESGUILLONS (H.), *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, LGDJ, 1968, p.66. Il cite : HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.120.

<sup>69</sup> LESGUILLONS (H.), *Ibid.*, pp.75-76.



circonstances, même s'il ne s'agit pas d'affirmer son immortalité<sup>70</sup>. L'institution qu'il fonde est par ailleurs une catégorie juridique "*dynamique comme la vie dont elle est le reflet*"<sup>71</sup>. Si l'exigence de structures politiques et de protection des droits fondamentaux proches dans les Etats membres fondant ce nouvel ordre est ensuite nécessaire à sa permanence, une interprétation trop stricte, à l'instar de la doctrine de la congruence qui exige la transposition des principes de la Loi fondamentale à un ordre commun, conduit par contre à bloquer toute coopération et intégration internationale et européenne<sup>72</sup>.

Henry Lesguillons a distingué deux formes de traités-fondation : ceux visant une collaboration internationale et ceux visant une intégration avec soumission à un ordre juridique commun à l'instar de la CEE<sup>73</sup>. Henry Lesguillons conçoit le traité-fondation d'intégration comme une solution intermédiaire pour l'exercice en commun de compétences entre le cadre très strict de l'Etat fédéral et les traités de coopération internationale à l'organisation souvent très souple<sup>74</sup>. Un des éléments fondamentaux permettant de caractériser le "traité-fondation d'intégration" est qu'il "*établit entre l'organisation et ses membres une « intimité »*", une "*manifestation de communion*", alors que ce caractère est absent dans le cas des traités-fondation de coopération internationale<sup>75</sup>. De plus, si, comme les traités ordinaires, les traités-fondation d'intégration doivent être librement consentis, ils ont pour conséquence une modification du statut de l'Etat<sup>76</sup>. Il voit enfin l'autonomisation complète par rapport aux Etats fondateurs comme un élément caractéristique des traités-fondation d'intégration<sup>77</sup>.

Par ailleurs, Henry Lesguillons relève que les constitutions adoptées depuis 1945 contiennent souvent des dispositions visant la possibilité pour l'Etat de transférer des compétences à une organisation internationale ou européenne dans le but notamment de la défense de la paix. Au contraire, il souligne que les constitutions les plus anciennes, ne visent que le pouvoir de conclusion des traités, mais qu'elles n'incluent pas de disposition concernant un "*droit de fondation*". Il explique cette différence car "*la question ne posait[selon lui] pas ou n'était pas suffisamment claire à l'époque où elles ont été élaborées*"<sup>78</sup>. Ce raisonnement conduit à réduire la portée des traités fondation d'intégration à la période postérieure à 1945. Or, s'il y a certes une ouverture nette aux relations internationales après cette date, les unions entre Etats ne l'ont pas attendue.

Henry Lesguillons pose enfin comme condition à la validité d'un traité-fondation le respect des obligations internationales issues du droit international général ou d'un autre traité<sup>79</sup>. Il rappelle que la Charte de l'ONU précise dans son art.103 qu'en cas de conflit avec d'autres obligations internationales ses dispositions prévalent, et que les organisations régionales concernant le maintien de la paix doivent être en accord avec l'objet de la Charte. Il note que l'al.7 du préambule du traité CEE affirme que la CEE respecte les principes de la Charte de l'ONU. Mais il est possible de rétorquer que des Etats l'affirment également dans leur constitution. En outre, la Cour de justice a clairement indiqué dans son arrêt *Kadi* de 2008 qu'aucun acte du droit de l'Union européenne, même pris sur la base de résolutions du Conseil

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.77.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p.84.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p.71.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p.80. Il renvoie par ailleurs pour la distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration à : DUPUY (R.-J.), l'Etat et l'organisation internationale, in : *Encyclopédie française, t.IX, l'Etat*, Paris, 1964, pp.402-409 et REUTER (P.), *Organisations européennes*, PUF, 1925, pp.28-33 et 67-69).

<sup>74</sup> LESGUILLONS (H.), *L'application...* (*op.cit.* note 70), p.128.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p.83. Il utilise les expressions respectivement de George RENARD (*L'Institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933, p.150) et de la théorie de l'institution de Maurice HAURIU.

<sup>76</sup> LESGUILLONS (H.), *L'application...* (*op.cit.* note 70), respectivement p.72 et p.128.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p.85.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p.67 et 69.

<sup>79</sup> *Ibid.*, pp.73-74.

de sécurité de l'ONU, n'échappait au contrôle de légalité au regard des droits fondamentaux contenus dans les traités européens<sup>80</sup>. Par ailleurs, l'art.351 TFUE (234 CEE ; 307 CE) précise que les Etats doivent renégocier les accords internationaux qui seraient contraires au droit de l'Union européenne.

### **C. Précision de la qualification retenue de pacte existentiel**

**106.** Notre définition du pacte fédératif rejoint à des degrés plus ou moins importants les différentes définitions présentées.

Il peut tout d'abord être relevé que le concept de pacte fédératif n'impose pas le renvoi à un document unique. Il est ainsi à noter que, lors de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1871, la Constitution du Second Empire a été qualifiée de monstre juridique en raison de la diversité de textes qu'elle regroupe, ce qui n'est pas sans faire penser à la critique concernant la complexité des traités européens<sup>81</sup>. De même, avant 1799, l'union fédérale entre les cantons suisses était "*fondée sur un enchevêtrement de traités*"<sup>82</sup>. Dans le cadre européen, l'ajout du traité sur l'Union européenne au traité instituant la Communauté économique européenne, devenu Traité instituant la Communauté européenne avec le Traité de Maastricht et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne, ne pose pas non plus de problème à la qualification de pacte fédératif européen.

Le pacte fédératif consiste ensuite selon nous en une union volontaire entre Etats (1). C'est par ailleurs un acte qui induit la poursuite d'intérêts communs par les Etats parties. Mais il se différencie des traités ordinaires qui concernent un domaine précis (commerce, environnement, ...) car il a des effets sur l'ensemble des domaines de la vie étatique et entraîne ainsi une modification profonde de l'Etat qui le conclut (2). Il implique un phénomène d'institutionnalisation qui est progressive. Certes, la Fédération est fondée instantanément avec l'entrée en vigueur du pacte. Un pouvoir est établi qui est destiné à mettre en œuvre l'"idée" au cœur du pacte, mais la stabilisation de la Fédération dépend encore du développement d'un sentiment d'appartenance, ce qu'Hauriou qualifie de "*manifestation de communion*".

#### ***1) Une union volontaire entre Etats***

**107.** Comme le souligne Olivier Beaud, l'idée de libre consentement est centrale au pacte fédératif<sup>83</sup>. L'absence de libre consentement conduit *a contrario* à un "*pseudo-fédéralisme*" comme dans le cas de la création de la Confédération du Rhin et de la refondation de la Confédération suisse par l'acte de médiation en 1803 sous la houlette de Napoléon<sup>84</sup>. Olivier Beaud note ainsi qu'il peut certes "*y avoir des puissances protectrices (Dieu) ou tutélaires (l'Empire britannique ou les Etats garants de certains traités comme lors du Congrès de Vienne pour l'Allemagne et la Suisse de 1815), mais [...] ces puissances ne dictent pas de décision aux unités politiques en cause [...] [qui] décident de se fédérer d'elles-mêmes*"<sup>85</sup>. La liberté de contracter implique certes la possibilité qu'un Etat en force un autre à conclure un traité, mais l'auteur écarte cette objection en estimant qu'elle "*ne tient pas devant les faits de l'histoire*

<sup>80</sup> CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, Rec.2008 p.I-06351, pt.308.

<sup>81</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.III*, p.757. La Constitution comprend le texte de la constitution tel qu'issu de l'accord de la Confédération du Nord avec le Bade et Hessen, les traités d'adhésion du Wurtemberg et de la Bavière à la Fédération qui l'ont modifiée, ainsi que d'autres textes lui ayant apporté des modifications dont l'introduction des dénominations Empire allemand et Empereur. Par ailleurs, de nombreuses lois constitutionnelles existent en parallèle de la Constitution (*Ibid.*, p.759).

<sup>82</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération helvétique*, éd. du Rocher de Monaco, 1953, p.28.

<sup>83</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 52), p.201 ; GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), p.179.

<sup>84</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 15), p.107 et p.118.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.129.



comparée des Fédérations"<sup>86</sup>. Ainsi, la "première Fédération historiquement constituée aux Etats-Unis, la Confédération des Colonies Unies de la Nouvelle Angleterre" repose sur un pacte de 1643 au sein duquel il relève plusieurs indices de la volonté des colonies "d'entrer librement dans une Fédération". L'utilisation de "do" dans le passage "do agree" permet de renforcer l'expression du consentement et l'expression. Olivier Beaud note par ailleurs l'expression "« conjointement et séparément » [qui] illustre la tension propre à tout acte de création" et qui consiste dans ce que d'un côté "chaque Etat agit seul et séparément pour prendre sa propre décision mais [que] d'un autre côté, son choix prend la forme d'un consentement qui n'a de sens que parce qu'il rencontre un autre consentement, celui des autres Etats membres"<sup>87</sup>. Olivier Beaud note également une expression du consentement dans la déclaration finale de la Constitution de 1787 avec la mention "fait en convention du consentement unanime (unanimous consent) des Etats présents"<sup>88</sup>. Par ailleurs, il souligne que, dans le cas du Canada, la forme juridique d'un acte du Parlement britannique n'empêche pas que le pacte de 1867 puisse être considéré comme le résultat d'une union volontaire entre Etats<sup>89</sup>. C'est en effet conformément au souhait de la population locale des Provinces canadiennes que le parlement britannique a accepté que des provinces nord américaines lui appartenant s'unissent en fédération sous le nom de Canada<sup>90</sup>. Il peut être noté au soutien de cette interprétation un passage d'un avis de la Cour suprême du Canada dans lequel elle indique que "la Confédération résulte d'une initiative de représentants élus des habitants des diverses colonies établies sur une partie du territoire du Canada actuel", qu'elle "ne résulte pas d'un fiat impérial"<sup>91</sup>.

**108.** Dans le cas suisse, certains cantons ont certes refusé en 1848 la Constitution et ils ont protesté quand la Diète l'a faite entrer en vigueur, mais lorsqu'il s'est agi de désigner les autorités du Bund, ils ont, tout comme les autres cantons, envoyé des représentants, ce qui peut être compris comme une reconnaissance *a posteriori* de la Constitution<sup>92</sup>. Anton Greber parle à cet égard de continuité politique due au maintien du pacte fédératif bien qu'il soit présenté sous une nouvelle forme, et de discontinuité juridique par l'absence de norme d'habilitation pour la Diète<sup>93</sup>. Les cantons ont seulement rejeté la forme juridique, la nouvelle Constitution, mais pas le principe de leur participation à l'union fédérale<sup>94</sup>. Anton Greber y voit ainsi l'expression d'une libre volonté caractéristique d'un pacte existentiel par opposition à une contrainte au maintien

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, p.123.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p.124. "Il est pleinement convenu et conclu (fully agreed and concluded) par et entre les parties [...] et celles-ci acceptent conjointement et séparément, par le document présent, de convenir et de conclure qu'elles seront dorénavant désignées sous le nom de Colonies Unies de la Nouvelle Angleterre" (Extrait du pacte cité par : *Ibid.*)

<sup>88</sup> *Ibid.*, p.125.

<sup>89</sup> al/1 du préambule : "Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle Ecosse et du Brunswick ont exprimé leur désir d'être unies de manière fédérale pour former une seule et même puissance (Dominion) sous la Couronne du Royaume Uni" (cité par *Ibid.*).

<sup>90</sup> Souligné par : JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 10), p.66.

<sup>91</sup> CSC, 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, n° du greffe : 25506, pt.35 :

<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html>

<sup>92</sup> Le 17 février 1848 une commission de révision fut mise en place composée de membres non soumis à instruction des cantons et la diète fut dissoute et le 15 mai la diète se réunit avec des instructions des cantons pour discuter le projet préparé par la commission. Les dispositions transitoires prévoyaient la procédure d'adoption par les cantons et que la diète était compétente à l'issue de cette procédure pour juger si la constitution pouvait entrer en vigueur, ce qu'elle décide le 12 septembre alors que l'unanimité des cantons n'est pas d'accord. Ce comportement a été jugé illégal car il violait le pacte fédératif qui supposait l'unanimité, mais tous les cantons ont participé à la procédure d'adoption et ainsi reconnu tacitement la légalité de la procédure et la compétence de la diète pour l'entrée en vigueur de la constitution. (Sur ces points cf. : GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), pp.242-243).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p.246.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p.242. Le pacte de statut au sens où il l'entend n'était donc pas mis en question.



dans l'union qui aurait signifié la fin de l'union fédérale égalitaire au profit d'un Etat souverain dominant les cantons<sup>95</sup>. Il note ainsi que si la légitimité de l'Etat fédéral était faible au début, elle n'était néanmoins pas absente car sinon il aurait été difficilement imaginable que les cantons réfractaires acceptent l'ordre nouveau sans résistance<sup>96</sup>.

## 2) *Le statut d'Etat membre*

**109.** Une première traduction expresse de ce statut d'Etat membre se trouve souvent dans les constitutions étatiques. Jellinek donne l'exemple de la Constitution de 1818 du grand duché de Bade qui indique dans son §1 que le duché "*forme une partie de la Confédération germanique*"<sup>97</sup>. Plus globalement, un renvoi mutuel entre les constitutions des Etats membres et le pacte fédératif peut être souvent constaté. On retrouve ce type de renvoi dans le cadre européen, avec l'article 6 TUE du côté de l'Union européenne, et les articles 88-1 et s. de la Constitution française ou l'article 23 LF<sup>98</sup>. Franz Mayer et Ingolf Pernice affirment même dans le contexte européen que la constitution d'un Etat membre doit être lue au regard du droit européen pour pouvoir en saisir toute la portée, et qu'à l'inverse le droit primaire européen ne peut se comprendre "*sans égard aux constitutions nationales*"<sup>99</sup>. Ils parlent de système constitutionnel formé des constitutionnels et du droit primaire de l'UE, de "*constitution composée*" et soulignent que ce système multiniveaux est construit non pas selon une logique hiérarchique mais de coopération<sup>100</sup>.

**110.** Schmitt résume de façon plus théorique et plus générale l'impact du pacte fédératif sur l'Etat membre. Il énonce que "*chaque Etat membre est modifié en tant que totalité*"<sup>101</sup>, et qu'il reçoit "*un nouveau status politique global, si bien que l'on voit coexister l'unité politique de la fédération en tant que telle et l'existence politique des membres de la fédération*"<sup>102</sup>. Olivier Beaud, qui reprend cette définition schmittienne, en déduit que la qualité des membres participant à la Fédération a une grande importance, qu'il y a une "*imbrication du sujet et de l'objet du contrat*" ce qui "*explique alors que la conclusion d'un tel pacte fédératif est liée à des conditions spécifiques relatives aux personnes qui concluent ce contrat*"<sup>103</sup>.

Olivier Beaud rejoint Schmitt et affirme que les Etats membres d'une Fédération "*ont perdu leur souveraineté (au sens strict du terme) en se métamorphosant en Etats membres*"<sup>104</sup>. Il cite dans un ouvrage au soutien de cette même affirmation la position de constitutionnalistes français en 1954 au sujet de la CED selon laquelle "*un Etat souverain qui, à un moment donné, renonce à un élément essentiel du statut d'Etat souverain [...] se transforme en une collectivité différente, appartenant à un autre type*"<sup>105</sup>.

Anton Greber affirme également que le statut politique des membres est modifié par la

<sup>95</sup> *Ibid.*, p.180 note 520 et p.181.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p.181.

<sup>97</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...*(*op.cit.* note 10), p.191.

<sup>98</sup> Voir sur ces clauses : WENDEL (M.), *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, chapitre 4 à 11.

<sup>99</sup> PERNICE (I.), MAYER (F.), De la constitution composée de l'Europe, *RTDE*, 2000, vol.36 n°4, p.631.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p.635 : "*le droit constitutionnel européen est un droit constitutionnel de diversité, et non pas d'homogénéité*".

<sup>101</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 52), p.203.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p.197.

<sup>103</sup> BEAUD (O.), *Du nouveau...*(*op.cit.* note 65), p.237 ; GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), p.178. Voir sur la question de l'homogénéité au sein d'une Fédération : infra chap.I sect.I §1 A.

<sup>104</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 15), p.266.

<sup>105</sup> Consultation du 2 juin 1954, p.106 (cité par BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, p.480).



conclusion du pacte<sup>106</sup>. Pour lui, il n'existe pas de clause unilatérale de dénonciation car le but du pacte est commun et une sortie n'est possible que dès lors que les intérêts des autres parties ont été pris en compte, la fidélité devant s'appliquer à la sortie.

Les conséquences pour les Etats sont telles qu'il est pour Schmitt nécessaire de recourir au pouvoir constituant pour son adoption au sein de chacun des Etats concernés, ce qui lui fait employer l'expression de pacte constitutionnel<sup>107</sup>. En effet, selon lui, "*même si aucune disposition légiconstitutionnelle n'est modifiée dans sa lettre, la constitution au sens positif (c'est-à-dire le contenu concret des décisions politiques fondamentales sur l'ensemble du genre d'existence de l'Etat) est modifiée fondamentalement, ce qui est beaucoup plus important*"<sup>108</sup>. Il affirme que "*l'existence politique implique l'autodétermination*", que "*la constitution au sens positif est une expression de cette possibilité de choisir le genre et la forme de sa propre existence en vertu d'une décision propre*"<sup>109</sup>. C'est sur cette base que Schmitt justifie le recours obligatoire au pouvoir constituant originaire des différents Etats participants<sup>110</sup>. Olivier Beaud reprend cette exigence. Il considère que la conclusion d'un pacte fédératif est l'exception à l'impossibilité pour le pouvoir constituant de renoncer à sa souveraineté, affirmant que "*tout Etat peut, au nom de sa souveraineté, décider d'entrer dans une fédération*"<sup>111</sup>, et que "*le propre de la souveraineté de chaque peuple est de décider de l'avenir de son destin par un acte constituant, y compris en engageant la nation sur la voie d'une Fédération*"<sup>112</sup>.

Au contraire de ces auteurs, nous considérons que, d'un point de vue juridique, aucune procédure spécifique de ratification n'est en soi requise pour permettre la qualification de pacte fédératif. La procédure à suivre dépend selon nous des procédures imposées par les constitutions des Etats pour modifier les normes (lois ordinaires, dispositions constitutionnelles, élément de l'identité constitutionnelle quand celle-ci fait l'objet d'une protection particulière au sein de la Constitution) permettant la ratification du pacte. Cela ne signifie pas que la question de la procédure n'a pas d'importance, mais simplement qu'elle renvoie à une perspective non juridique, celle de la légitimité. Le choix de la procédure pour ratifier le pacte a un impact sur la légitimité attribuée par les ressortissants de l'Etat concerné et donc sur leur propension à développer ultérieurement un sentiment d'appartenance fédéral. S'il n'est pas constaté d'atteinte à un des éléments que nous regroupons dans le concept d'identité des Etats ou d'éléments essentiels de la Constitution au sens schmittien<sup>113</sup>, il ne paraît pas nécessaire du point de vue juridique de recourir au pouvoir originaire. Une généralisation de l'exigence de recours au pouvoir constituant originaire ne se justifierait selon nous que si l'on écartait le droit de retrait. Or nous estimons que l'institutionnalisation en œuvre dans une Fédération n'aboutit pas à un abandon de ce droit, sauf dans le cas particulier d'une évolution de la Fédération vers un Etat fédéral à la suite d'une évolution de la hiérarchie des sentiments d'appartenance, c'est-à-dire quand le sentiment d'appartenance fédéral prime sur le sentiment d'appartenance étatique. En

<sup>106</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), p.183.

<sup>107</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 52), p.513. Pour SCHMITT, "*le pacte fédératif est un traité d'un genre spécial, c'est-à-dire un pacte constitutionnel*" en ce que "*sa conclusion est un acte du pouvoir constituant*".

<sup>108</sup> *Ibid.*, p.513.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p.205.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p.177.

<sup>111</sup> BEAUD (O.), *La notion...*(*op.cit.* 14), p.258.

<sup>112</sup> BEAUD (O.), *La puissance...*(*op.cit.* note 105), p.485. Il poursuit que "*l'analyse du pouvoir constituant en termes de fondation constituante a montré l'existence d'une règle de l'autoliasion du pouvoir constituant qui prohibe une auto-abrogation de la constitution*", mais que "*l'étude du cas de Maastricht révèle une exception à cette règle puisque le pouvoir constituant peut aliéner sa souveraineté.*" (*Ibid.*, p.486).

<sup>113</sup> Cf. *supra* sur la notion de constitution substantielle, renvoyant aux éléments essentiels des constitutions étatiques : introduction section I §2 A 1) a). Et cf. *infra* sur l'identité constitutionnelle des Etats membres de la Fédération : chapitre II section II.

effet, nous considérons qu'un abandon de souveraineté ne peut être décidé volontairement par le biais d'un pacte, quand bien même il serait l'expression de la volonté du pouvoir constituant originaire. Un acte qui exprimerait formellement une telle volonté ne serait en réalité que la reconnaissance expresse d'une situation existante, due à une évolution coutumière du sentiment d'appartenance de la population : il serait déclaratif et non constitutif d'un abandon de souveraineté.

Concernant la procédure de révision du pacte, Henry Lesguillons considère que l'autonomie des Etats réside dans l'unanimité et la possibilité qui en résulte pour chaque Etat de refuser un projet de révision des traités. Il y voit une compétence négative caractéristique des traités-fondation d'intégration<sup>114</sup>. Schmitt estime quant à lui que réviser le pacte par la voie de la procédure législative fédérale entraîne une évolution de l'esprit fédératif de la Fédération vers un Etat même s'il indique que "*le caractère fédératif peut être préservé à ce stade transitoire tant qu'il y a besoin d'une ratification par une majorité — qualifiée ou non — des Etats membres, ou tant qu'une minorité peut empêcher la révision*"<sup>115</sup>.

Nous considérons pour notre part qu'aucune procédure ne s'impose en soi comme critère de qualification de Fédération. En effet, nous avons indiqué que le moyen ultime pour l'Etat de protéger son intégrité est garanti par un droit implicite de retrait. Par contre, si une révision à la majorité ne pose pas problème au regard de la nature étatique des Etats membres, elle risque de pousser un Etat qui l'aurait rejeté, alors qu'elle a été adoptée par la majorité des Etats à se retirer de la Fédération.

## ***§2. Le phénomène d'institutionnalisation impliqué par le pacte fédératif***

**111.** Comme le note Olivier Beaud, "*le problème décisif n'est plus celui de la formation de l'acte, mais de sa durée*"<sup>116</sup>. C'est le processus d'institutionnalisation qui l'assure. Par son biais, le pacte "*échappe [...] à l'emprise de ceux qui l'ont fai[t] et acquiert ainsi sa stabilité*" par opposition à une loi ou un contrat qui "*en tant qu'actes de volonté, sont constamment à la merci d'une abrogation [...] engendrent [...] l'instabilité et ne peuvent fonder un ordre*"<sup>117</sup>.

**112.** Hauriou propose une synthèse, un équilibre entre les perspectives subjectivistes, qui fondent les systèmes juridiques sur l'individu en niant tout impact de l'environnement social, et les perspectives objectivistes, qui partent des seuls phénomènes sociaux et ôtent toute influence aux individus. Eric Millard qualifie même cette recherche d'équilibre, entre "*le mouvement pour le subjectif, l'ordre pour l'objectif*", de "*quasi obsessionnelle*"<sup>118</sup>.

Hauriou réproouve ainsi l'absence de prise en compte de l'individu par le courant objectiviste, représenté par Duguit<sup>119</sup>, qui aboutit à un système caractérisé par "*l'immobilité coutumière*"<sup>120</sup>. Il désapprouve ce système en ce qu'il conduit à ce que tous les phénomènes nouveaux soient considérés illégaux jusqu'à ce qu'une règle les concernant ait été adoptée<sup>121</sup>. Par ailleurs, il rétorque à Duguit, qui écrit que l'autolimitation n'a pas de sens parce que l'Etat peut revenir sur ses décisions, que l'autolimitation peut ne pas être subjective, mais objective et former un véritable "*obstacle à certaines tentatives de l'Etat*" avec la création d'institutions

---

<sup>114</sup> LESGUILLONS (H.), *L'application...* (op.cit. note 70), p.91.

<sup>115</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (op.cit. note 52), p.240.

<sup>116</sup> BEAUD (O.), *État...* (op.cit. note 62), p.371.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p.371.

<sup>118</sup> MILLARD (E.), Hauriou et la théorie de l'institution, *Droit & société*, 1995, n° 30-31, pp.387-388.

<sup>119</sup> Représentant du courant objectiviste, Duguit prend pour point de départ la notion positiviste d'un "*ordre des choses sociales conçu comme le prolongement de l'ordre des choses physiques*" duquel "*découlent des normes*" (HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1929, p.12).

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...* (op.cit. note 3), p.95.



constitutionnelles<sup>122</sup>. Hauriou affirme qu'"on ne peut pas séparer le droit de l'histoire", que si "logiquement, l'autolimitation de l'Etat apparaît comme une absurdité", "historiquement, c'est la vérité constitutionnelle"<sup>123</sup>.

Hauriou dénonce de même la position subjectiviste, défendue notamment par Laband et Jellinek, qui "ram[ène] les règles du droit à des volontés subjectives de la personne Etat", car elle implique que la coutume ne peut être du droit et que le droit n'existe que dans le cadre de l'Etat alors qu'une telle institution n'a pas toujours existé<sup>124</sup>.

Hauriou résume ainsi sa critique des théories objectiviste et subjectiviste. La première "consiste à prendre la réaction pour l'action et la durée pour la création" alors que "ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices et qui sont l'action". La seconde a quant à elle "pris l'action pour la durée". Dans les deux cas, la fondation est rejetée hors du droit<sup>125</sup>, alors même que ce n'est pas le droit qui est "force d'initiative ou d'action", qu'il n'est qu'"un élément de réaction", et que ce sont les personnes qui ont "le pouvoir de création"<sup>126</sup>. Les règles de droit ne jouent pour Hauriou qu'un "rôle secondaire", "ne représentent que des idées de limite au lieu d'incarner des idées d'entreprise et de création", "les éléments importants, dans le système juridique, ce sont les acteurs juridiques, les individus d'une part, les institutions corporatives de l'autre, parce qu'ils sont les personnages vivants et créateurs, tant par les idées qu'ils représentent, que par leur pouvoir de réalisation"<sup>127</sup>.

**113.** La théorie de l'institution est une théorie générale proposée par Hauriou mais qui permet d'expliquer le phénomène de stabilisation de la Fédération établie par le pacte fédératif, et son inscription dans la durée. Même s'il ne propose pas l'application de cette théorie dans le cadre des unions fédérales, elle peut être utilisée pour donner une réponse à la question de la fondation d'une institution par un accord entre Etats. Le "processus d'institutionnalisation", fait partie, comme le relève Eric Millard, "des faits sociaux nombreux que l'analyse institutionnelle est seule capable d'expliquer" en ce qu'elle "est la seule à combiner le point de vue du tout (par exemple : le collectif) et des parties (par exemple : l'individu) en transcendant les frontières rigides entre les matières et les points d'observation"<sup>128</sup>.

Il n'existe pas de "présentation synthétique, exhaustive et définitive" de cette théorie, Maurice Hauriou a varié, et les objets pouvant se voir qualifier d'institution sont très divers<sup>129</sup>. Il est néanmoins possible de présenter ce qu'il entend par institution et en quoi consiste pour lui le phénomène d'institutionnalisation (A). Cette présentation permet de comprendre le processus de fondation et de stabilisation de la Fédération qui caractérise le pacte fédératif (B).

<sup>122</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (op.cit. note 119), p.12. Il distingue l'autolimitation objective du pouvoir résultant de la fondation d'une institution de l'autolimitation subjective prévue par une "simple résolution" car "on peut toujours changer de résolution, tandis que l'on ne peut pas toujours détruire une institution qui a pris racine et possède la faveur du public" (*Ibid.*, pp.218-219).

<sup>123</sup> *Ibid.*, p.101.

<sup>124</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...* (op.cit. note 3), p.91-92 ; DESQUEYRAT (A.), *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p.39.

<sup>125</sup> HAURIOU (M.), *Ibid.*, p.95.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p.94 : "le milieu social n'a qu'une force d'inertie qui se traduit par un pouvoir de renforcement des initiatives individuelles quand il les adopte ou, au contraire, d'inhibition et de réaction quand il les réprovoe, mais il n'a par lui-même aucune initiative ni aucun pouvoir de création".

<sup>127</sup> *Ibid.*, p.127.

<sup>128</sup> MILLARD (E.), Hauriou... (op.cit. note 118), p.406.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p.382 et p.385. Eric MILLARD distingue ainsi trois étapes dans l'évolution de sa théorie. La première est constituée par son *Précis de droit administratif* de 1907 et son article "L'institution et le droit statutaire" (*Recueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>e</sup> série, t.11, 1906, pp.134-182.). La seconde renvoie à ses "*Principes de droit public*" de 1910 (*Principes de droit public*, éd. Sirey 1910, réimp. Dalloz, 2010, 734 p.). La troisième débute avec son article de 1925 "Théorie de l'institution et de la fondation" et propose un "modèle théorique qui ne concerne plus seulement l'Etat, mais s'applique à tout groupe organisé".

## **A. Définition de l'institution et processus d'institutionnalisation chez Hauriou**

114. Hauriou définit l'institution comme "*une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social*", sachant que "*pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes*" et qu' "*entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures*"<sup>130</sup>.

115. Hauriou distingue l'institution du contrat. Consentir à la fondation de l'institution conduit simplement à se soumettre à sa discipline, à une acceptation globale ne portant pas sur les actions concrètes futures, alors que consentir à un contrat implique un consentement portant sur des engagements concrets<sup>131</sup>. Il peut être mis fin au contrat dès qu'il y a inexécution d'une obligation, alors que si un de ses membres estime qu'une institution ne respecte pas la volonté de ses fondateurs, la seule possibilité pour lui est de s'en retirer<sup>132</sup>. Hauriou résume l'opposition en énonçant que "*l'institution est de la catégorie des existences pures, ou des êtres, tandis que le contrat est de la catégorie de l'activité*"<sup>133</sup>.

116. Hauriou distingue les institutions personnes des institutions choses<sup>134</sup>. On se trouve en présence d'une "*institution personne*" ou "*institution corporative*" dans les cas où "*le pouvoir et les manifestations de communion sont intérieurs à l'idée d'œuvre ou d'entreprise, s'il anime l'idée en se l'incorporant, en se personnifiant en elle*" ; il donne comme exemple de ce type d'institutions l'Etat, les associations, les sociétés, ou encore les syndicats. Dans le cas de l'"*institution chose*" au contraire, "*le pouvoir et les manifestations de communion restent extérieurs à l'idée d'œuvre ou d'entreprise*". Hauriou étudie beaucoup plus en profondeur dans ses différents textes sur l'institution les institutions personnes qui sont aussi celles qui nous intéressent dans la perspective de la Fédération.

Hauriou distingue ensuite les institutions en fonction de leur fondation, selon que celle-ci est effectuée "*par opération formelle*" ou "*par opération coutumière*"<sup>135</sup>. Dans le cas d'une fondation formelle, l'institution "*atteint sa plénitude d'être dès le premier instant de son existence*", elle dispose immédiatement d'une personnalité. Au contraire, une fondation coutumière ne lui permet d'atteindre sa forme stabilisée que progressivement<sup>136</sup>.

117. Enfin, Hauriou rapproche les institutions des êtres vivants : elles "*naissent par des opérations de fondation qui leur fournissent leur fondement juridique en se continuant*" ; "*elles vivent d'une vie à la fois objective et subjective, grâce à des opérations juridiques de gouvernement et d'administration répétées*" ; et "*elles meurent par des opérations juridiques de dissolution ou d'abrogation*"<sup>137</sup>.

Pour bien comprendre la théorie de l'institution d'Hauriou, il convient de revenir sur les trois éléments impliqués par l'institutionnalisation et que l'auteur résume ainsi : "*un système*

---

<sup>130</sup> HAURIOU (M.), La théorie...(op.cit. note 3), p.96.

<sup>131</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public général*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Larose, 1907, p.24.

<sup>132</sup> *Ibid.* Il énonce autrement la même idée dans : HAURIOU (M.), L'Institution...(op.cit. note 129), p.173 : "*L'opération statutaire est [...] a posteriori, par rapport à l'exécution et, dans une large mesure, commandée par les faits d'exécution, subordonnée à l'évolution des faits, tandis que l'opération contractuelle est a priori et que la volonté humaine émet la prétention d'y enfermer les faits d'exécution dans des actes préconçus*".

<sup>133</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*...(op.cit. note 131), p.24.

<sup>134</sup> DESQUEYRAT (A.), *L'institution*...(op.cit. note 124), p.15 (renvoi à : HAURIOU (M.), La théorie...(op.cit. note 3), pp.96-97 ; ID., *Précis de droit administratif*...(op.cit. note 131), p.8).

<sup>135</sup> HAURIOU (M.), La théorie...(op.cit. note 3), p.119.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p.112 et p.123, et voir DESQUEYRAT (A.), *L'institution*...(op.cit. note 124), p.30.

<sup>137</sup> HAURIOU (M.), *Ibid.*, p.97.



*d'équilibres de pouvoirs [2] et de consentements [3] construit autour d'une idée [1]"<sup>138</sup>.*

### **1) L'idée d'œuvre ou idée directrice**

**118.** L'idée d'œuvre se distingue du but en ce qu'elle est à la fois le résultat à atteindre et les moyens pour y parvenir, et parce qu'elle est intérieure à l'institution là où le but renvoie à un élément extérieur<sup>139</sup>. Elle est aussi à différencier de la fonction qui implique que tout soit déterminé à l'avance, puisqu'une partie de l'idée d'œuvre se crée au fur et à mesure de l'évolution de l'institution. Hauriou rapproche ainsi la fonction à l'administration et l'idée d'œuvre au "*gouvernement politique*"<sup>140</sup>. L'idée d'œuvre correspond à des "*idées réfléchies*", elle traduit une rationalisation, un dépassement des passions, des forces brutales qui ont pu permettre à l'organisation de s'établir<sup>141</sup>. Ainsi, par exemple, "*l'Etat est une institution corporative coutumière*" dont l'idée directrice est celle de "*protectorat d'une société civile nationale, par une puissance publique à ressort territorial mais séparée de la propriété des terres, et laissant ainsi une grande marge de liberté pour les sujets*"<sup>142</sup>.

**119.** L'idée d'œuvre a deux visages qu'il convient de distinguer : objectif, si elle est "*envisagée en elle-même*", subjectif si l'on considère la perception individuelle qu'en ont les individus. Si "*chaque esprit réagit sur l'idée et s'en fait un concept*", l'idée "*possède une existence objective et c'est, d'ailleurs, cette réalité-là qui lui permet de passer d'un esprit à un autre*", c'est cela qui selon Hauriou permet d'affirmer qu'"*il n'y a pas des créateurs d'idées, [...] [mais] seulement des trouveurs*"<sup>143</sup>.

Les idées d'œuvre forment selon Hauriou "*le principe vital des institutions sociales*" qui les autonomise par rapport aux individus<sup>144</sup>, ce qui explique le sous-titre "essai de vitalisme social" de son article sur "La théorie de l'institution et de la fondation" paru dans les *Cahiers de la nouvelle journée*. C'est l'idée qui permet à l'institution d'avoir une existence objective<sup>145</sup>. Une institution est fondée "*lorsque le milieu social adopte l'idée directrice ou plutôt lorsque le milieu social se soumet à l'idée directrice, s'intériorise dans le cadre de l'idée d'œuvre, et lorsque inversement l'idée d'œuvre « informe » le milieu social*"<sup>146</sup>.

Eric Millard estime toutefois que "*l'idée n'est peut-être pas toujours aussi objective que veut le croire Hauriou*", et que "*malgré ses positions idéalistes qui nient l'idéologie*", ce sont " *finalement les valeurs dominantes qui fondent la cohésion*"<sup>147</sup>. Il donne l'exemple des principes généraux du droit qu'Hauriou estime "*découverts*" par le juge. Il en conclut que cette dimension objective n'est pas si loin de la loi du milieu social de Duguit.

### **2) Le pouvoir organisé**

**120.** S'il relève que "*plus les futurs membres de l'institution lui apporteront une volonté libre et spontanée, plus elle sera forte et homogène*", Hauriou poursuit toutefois que "*rarement, la volonté sera parfaitement autonome*" et que "*le plus souvent, elle subira la contrainte d'un pouvoir*", celui du gouvernement organisé "*qui est pour la réalisation de l'idée de l'entreprise et*

<sup>138</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (op.cit. note 119), p.73.

<sup>139</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(op.cit. note 3), p.98.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>141</sup> HAURIOU (M.), *Principes...*(op.cit. note 129), p.133.

<sup>142</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(op.cit. note 3), p.98.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p.101 : "*les idées objectives existent d'avance dans le vaste monde, incorporées aux choses qui nous entourent*".

<sup>144</sup> *Ibid.*, p.128.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p.100.

<sup>146</sup> DESQUEYRAT (A.), *L'institution...*(op.cit. note 124), p.21.

<sup>147</sup> MILLARD (E.), *Hauriou...*(op.cit. note 118), p.394. Voir en ce sens aussi DESQUEYRAT (A.), *Ibid.*, p.48.



à son service"<sup>148</sup>. Ainsi, Hauriou rejette l'interprétation de ce phénomène en tant qu' "apparition d'une conscience collective" que propose la doctrine objectiviste car elle revient à "une opinion moyenne dans le milieu social" alors qu'il s'agit selon lui de "la réfraction d'une même idée directrice". Il écarte donc l' "explication par la seule évolution du milieu" impliquée par la doctrine objectiviste et souligne l' "action des élites"<sup>149</sup>. C'est le rôle du centre directeur ou fondateur d'implanter une idée dans le milieu social, et celui du gouvernement de maintenir l'ordre nécessaire dans les mouvements de transformation pour que la forme générale de l'organisme soit maintenue<sup>150</sup>. Le pouvoir doit dans ce but notamment "actualiser les virtualités [de l'idée] au fur et à mesure des nécessités de la vie sociale"<sup>151</sup>.

**121.** Hauriou affirme la nécessité d'un pouvoir pour instaurer une certaine cohérence à l'institution, à l'instar de "la domination de la majorité [...] qui assure la cohésion de l'assemblée"<sup>152</sup>. Cette domination implique un "état de contrainte", imposé par ce qu'Hauriou qualifie de droit disciplinaire<sup>153</sup>. Pourtant, la contrainte seule ne permet pas au pouvoir de se maintenir durablement, seul un "équilibre de forces" le peut<sup>154</sup>, il faut une forme de séparation des pouvoirs. Les autres forces faisant l'objet de la domination résistent à ce pouvoir, lui font contrepoids. Ces équilibres permettent de renforcer la stabilité de l'institution par la légitimité qu'elle lui procure par le consentement à l'idée d'œuvre et l'organisation de l'institution<sup>155</sup>.

A cet égard, Hauriou distingue le "droit disciplinaire", qui garantit la cohérence du groupe, et ce qu'il appelle le "droit statutaire", qui correspond aux droits des membres et qui joue le rôle de contrepoids au droit disciplinaire<sup>156</sup>.

La séparation des pouvoirs<sup>157</sup> permet selon Hauriou au pouvoir d'être plus qu'une "simple force", de devenir "un pouvoir de droit", et elle garantit "la suprématie des compétences sur le pouvoir de domination vers lequel, sans cette précaution, les organes seraient portés"<sup>158</sup>. Elle doit assurer "un équilibre entre l'intérêt global de l'institution créée et les droits individuels de

---

<sup>148</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.102 ; HAURIOU reformule plus loin cette même considération : "L' « attraction » de l'idée directrice n'est pas toujours le seul motif qui entraîne les volontés individuelles en un centre commun. La convergence des consentements est souvent pour partie l'œuvre d'un pouvoir, pour partie l'œuvre des vouloirs" : "le liber volui est fortement nuancé de coactus volui" (coactus traduit l'idée de contraintes consenties ; liber volui renvoie à l'idée d'accord concernant la décision) (*Ibid.*, p.122).

<sup>149</sup> *Ibid.*, p.106. Cf. *infra* sur le rôle des élites dans le développement d'un sentiment d'appartenance respectivement européen et américain : chapitre I section II.

<sup>150</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.72.

<sup>151</sup> DESQUEYRAT (A.), *L'institution...*(*op.cit.* note 124), p.16.

<sup>152</sup> HAURIOU (M.), *Principes...*(*op.cit.* note 129), p.134.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p.134. Pour HAURIOU, "toute institution est coercitive et disciplinaire" (*Ibid.*).

<sup>154</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif...*(*op.cit.* note 131), p.11 ; ID., *Principes...*(*op.cit.* note 129), p.132 ; ID., *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.16.

<sup>155</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.73 : Les équilibres créés constituent alors "un perfectionnement de l'organisation gouvernementale de l'entreprise [qui] contribue puissamment à maintenir la forme de celle-ci" ; elle peut alors devenir "l'objet d'un assentiment" qui "porte sur l'organisation et surtout sur l'idée même de l'entreprise qui est l'âme de l'organisation".

<sup>156</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif...*(*op.cit.* note 131), p.19 ; Voir aussi : ID., *L'Institution...*(*op.cit.* note 129), p.161.

<sup>157</sup> Hauriou propose sa propre interprétation de la séparation des pouvoirs. Il distingue trois pouvoirs. Tout d'abord "la compétence intuitive de la décision exécutoire" qu'il définit comme le "pouvoir d'une minorité qui a l'intuition de l'idée". Ensuite la "compétence discursive du pouvoir délibérant" sur l'intuition de la décision exécutoire ; celle-ci est encore exercée par une minorité car elle est exercée par des chambres composées de représentants du peuple. Enfin, "le pouvoir de suffrage" ou "pouvoir d'assentiment" que compose la masse des citoyens et qui ne dispose pas d'une capacité d'"action" mais uniquement de "réaction" (HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.103).

<sup>158</sup> *Ibid.*, p.103 ; dans le même sens : HAURIOU (M.), *Principes...*(*op.cit.* note 129), p.134 ; ID., *Précis de droit administratif...*(*op.cit.* note 131), p.12 ; ID., *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.73.

ses membres"<sup>159</sup>.

**122.** L'institution est créée par un pouvoir, puis elle se stabilise par la coutume. Le pouvoir devient alors un "*pouvoir de droit*" qui peut s'appuyer sur l'institution pour créer du droit en son nom<sup>160</sup>. Ce pouvoir s'exercera en contrepartie au nom de l'idée que l'institution a pour but de réaliser, et sa responsabilité pourra être mise en jeu s'il ne la respecte pas, c'est ce phénomène qu'Hauriou qualifie d' "*autolimitation objective*"<sup>161</sup>.

L'incorporation, premier stade de stabilisation de l'institution, qu'Hauriou qualifie de "*premier travail d'intériorisation*", est réalisée lorsqu'il existe un "*gouvernement représentatif*" qui agit sur la base de l'idée d'entreprise de l'Etat : l'Etat a alors une "*individualité objective*"<sup>162</sup>. L'incorporation "*renvoie à l'intuition du gouvernement et à la traduction de l'intuition de cette idée*"<sup>163</sup>. L'incarnation de l'idée d'œuvre dans une institution corporative permet d'assurer sa continuité, l'incorporation lui garantit la durée par l'action d'un pouvoir organisé qui l'objective<sup>164</sup>. Les lois fondamentales du royaume permettent au Roi au Moyen Age de fonder son pouvoir, de le légitimer, en échange de limites s'imposant au pouvoir exercé<sup>165</sup>. Elles évitent que les privilèges qu'il accorde doivent être confirmés par son successeur pour continuer à pouvoir être invoqués par leurs bénéficiaires.

L'idée sur laquelle repose l'institution doit être commune au "*chef*" et au "*milieu social*" pour que le système fonctionne<sup>166</sup>. La représentation n'est adéquate que quand l'idée d'œuvre du groupe et l'idée d'œuvre traduite dans la règle de droit par les représentants correspondent. Mais au-delà, une telle représentation peut aussi bien exister dans une monarchie que dans une démocratie. Hauriou affirme en effet que "*l'élection n'est pas de l'essence du régime représentatif*" : la représentation peut consister dans "*la conscience hautaine d'un prince absolu*"<sup>167</sup>. Pour qu'il y ait une bonne représentation du peuple, "*le pouvoir doit s'intérioriser dans le cadre de l'idée*", car il est "*le gardien, le défenseur, le représentant de l'idée*" et qu'il doit réaliser grâce à cette qualité "*l'unification des consentements*"<sup>168</sup>.

### 3) Les manifestations de communion en l'idée directrice

**123.** La légalité sans la légitimité ne permet pas à l'institution d'être stable. Quentin Epron souligne que chez Hauriou "*la coutume n'est pas tant une source du droit parmi d'autres que la légitimité des institutions politiques et des règles juridiques*"<sup>169</sup>. La théorie classique donne la force comme solution à l'effectivité du droit, mais la force ne suffit pas, il faut aussi une légitimité pour durer. Hauriou indique ainsi que sa "*théorie de l'institution rend possible une explication satisfaisante de l'ardu problème de la légitimité*" des règles prescrites<sup>170</sup>. Hauriou

<sup>159</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif...*(*op.cit.* note 131), p.13.

<sup>160</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.4.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p.20 ; HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.118.

<sup>162</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.110.

<sup>163</sup> MILLARD (E.), Hauriou...(*op.cit.* note 118), p.398.

<sup>164</sup> Cette "*action gouvernementale équilibrée par une communion [...] est une garantie de continuité, dans l'interprétation subjective de l'idée directrice, très supérieure à ce que serait celle de la libre interprétation individuelle*" : HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.118.

<sup>165</sup> *Ibid.*, pp.113-114 ; HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.17 et p.20.

<sup>166</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.19.

<sup>167</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), pp.103-104.

<sup>168</sup> DESQUEYRAT (A.), *L'institution...*(*op.cit.* note 124), pp.23-24.

<sup>169</sup> EPRON (Q.), Maurice Hauriou au prisme américain. Présentation d'un article méconnu à la Harvard law review, *Jus politicum*, octobre 2011 : <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou-au-prisme.html>. Quentin souligne que le libéralisme d'Hauriou se manifeste par le biais du texte constitutionnel comme instrument au service de la protection de la liberté politique, et la coutume comme "*ressort de l'Etat libéral*".

<sup>170</sup> HAURIOU (M.), An interpretation of the principles of public law, *Harvard law review*, vol. XXXI, avril



donne l'exemple de l'Alsace-Lorraine annexée par l'Empire allemand pour illustrer la nécessité de légitimité en plus de la force<sup>171</sup>.

**124.** L'incorporation ne permet qu' "*une continuité purement objective de l'idée et de son action*"<sup>172</sup>. Ce stade perdure dans la mesure où la communion entre le pouvoir et les individus reste passive "*tant que la nation se laisse conduire par ses chefs*". Avec le développement des droits de citoyenneté, des libertés politiques accordant aux individus des droits de participation au pouvoir, la communion prend une forme active "*dans le cadre même de l'idée directrice*". Il s'effectue alors un "*second travail d'intériorisation*" : la "*personnification de l'institution corporative coutumière*"<sup>173</sup>. Cela signifie que le stade ultime de stabilisation institutionnelle n'est possible que dans un système au moins partiellement démocratique (Second Empire). Hauriou écrit ainsi dans le cas de l'institution étatique qu'elle "*ne réalise complètement sa forme corporative que par l'avènement de la souveraineté nationale, qui signifie la réaction du groupe sur ses organes de gouvernement*"<sup>174</sup>. Il estime toutefois que le stade de l'incorporation suffit pour qu'une institution puisse fonctionner<sup>175</sup>.

Seulement, alors qu'au stade de l'incorporation, un "*régime représentatif rudimentaire*" suffit, le stade de la personnification exige plus de complexité dans l'organisation afin de tenir compte du pouvoir exercé par les individus ; "*le pouvoir majoritaire et délibérant, qui marque à la fois l'avènement de la liberté politique et de la personnalité morale, se combinera avec le pouvoir minoritaire et exécutif qui reste l'apanage de l'individualité corporative*"<sup>176</sup>.

**125.** La fondation de l'institution corporative coutumière est achevée par le phénomène de communion d'idées "*grâce auquel l'idée directrice de l'œuvre passe momentanément à l'état subjectif*"<sup>177</sup>. Hauriou entend par là le "*phénomène d'interpsychologie*" par lequel "*des consciences individuelles [...] s'émeuvent au contact d'une idée commune [objective]*"<sup>178</sup>. Mais le problème se pose alors de la cohérence et du maintien du contenu de l'idée en dépit de ces interprétations individuelles<sup>179</sup>. C'est la "*direction d'un chef*" qui apporte cette cohérence. L'expression subjective de l'idée s'objective dans l'esprit des individus grâce au rôle du pouvoir qui donne "*une interprétation subjective commune et officielle*"<sup>180</sup>. L'encadrement du pouvoir va en outre permettre l'action. Elle garantit que la communion d'idée "*ne comporte pas seulement l'assentiment intellectuel, mais [également] la volonté d'agir et le commencement de geste qui [...] engage tout l'être dans la cause commune*"<sup>181</sup>.

**126.** Cette "*communion fondative*" exposée par Hauriou va au-delà de la doctrine allemande de l' "accord" (*Vereinbarung*) car cette dernière se contente de "*un faisceau de consentements parallèles déterminés par la seule identité d'objet*", sans considérer le rôle du pouvoir qui est pourtant nécessaire à la cohérence de ces consentements<sup>182</sup>.

---

1918, p.816.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.816.

<sup>172</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.113.

<sup>173</sup> DESQUEYRAT (A.), *L'institution...*(*op.cit.* note 124), p.27. L'auteur renvoie à : HAURIOU (M.), *Ibid.*, p.111.

<sup>174</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.247. Voir aussi *Ibid.*, p.202.

<sup>175</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif...*(*op.cit.* note 131), p.29.

<sup>176</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.111.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p.105.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p.106.

<sup>179</sup> DESQUEYRAT (A.), *L'institution...*(*op.cit.* note 124), p.22.

<sup>180</sup> HAURIOU (M.), *La théorie...*(*op.cit.* note 3), p.118. Il donne l'exemple de l'Eglise qui aide à la continuité de la Révélation.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p.106.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p.122 ; HAURIOU (M.), *L'Institution...*(*op.cit.* note 129), p.156 suite de la note 1 de la p.155.



**127.** Les manifestations de communion peuvent prendre la forme de mouvements révolutionnaires, cérémonies,... mais le plus souvent, il s'agit de "*communion froide liée à son fonctionnement*"<sup>183</sup>. Lors des prises de décision par le gouvernement, on peut présumer l'adhésion de la minorité dès lors qu'elle continue à participer aux mécanismes de prise de décision mis en place par l'institution<sup>184</sup>. Hauriou donne l'exemple d'une minorité qui continue à siéger au sein d'un parlement ainsi que celui de la participation aux élections. Cette adhésion suppose une base commune d'accord, le "*pacte statutaire*", ou "*noyau des adhésions*"<sup>185</sup>. Elle signifie que, même en cas de défaite de son candidat et de décision avec laquelle il existe un désaccord, il y aura soumission à cette expression du pouvoir<sup>186</sup>. Nous pourrions aussi citer le cas des cantons suisses catholiques en 1848 qui critiquent l'organisation concrète proposée par le pacte sans remettre en cause le principe même du pacte fédératif.

L'adhésion volontaire est nécessaire à la durée. L'institutionnalisation qui permet le passage d'un "état de fait" à un "état de droit" ne peut avoir lieu que s'il y a "*légitimation*", mais ce phénomène est progressif<sup>187</sup>. Une fois fondée, l'institution continue à connaître des manifestations de communion pour se maintenir<sup>188</sup>. Le renouvellement est plus simple que la première manifestation de communion puisque l'idée a déjà été partagée avec les membres du groupe social concerné. Enfin, grâce à la continuité subjective de l'idée, il s'établit entre les générations successives une solidarité<sup>189</sup>.

Dans le cas des Etats, le contenu de ce consentement coutumier porte sur les "*principes constitutionnels*", principes fondamentaux traduisant l'essence du système constitutionnel, mais Hauriou souligne qu'ils sont rarement expressément inscrits dans le texte des constitutions<sup>190</sup>. Il poursuit qu' "*avec cette conception, la formation historique de l'Etat est du même coup juridique, puisqu'elle est en même temps coutumière*". Il écarte ainsi l'argument opposé par certains juristes à l'étude de la formation de l'Etat.

**128.** Ce renvoi à la manifestation de communion conduit Eric Millard à conclure que "*parti à la recherche de l'équilibre, de l'ordre et de la durée*", Hauriou présente en pratique "*une théorie susceptible de déboucher sur la contestation permanente*" en raison de son interprétation du régime représentatif<sup>191</sup>. Cette interprétation est exagérée. On peut tout d'abord noter que le même auteur reproche à Hauriou de ne pas mettre l'accent sur l'aspect de tension entre institué et instituant, facteur d'instabilité, ce qui peut apparaître contradictoire avec l'autre reproche de risque de contestation permanente. En outre, Hauriou rejette la qualification de "*plébiscite quotidien*" proposée par Rudolf Smend<sup>192</sup> pour désigner "*le consentement des citoyens et sujets à l'Etat*" en ce que "*ce serait, appliquée au fondement de l'Etat, la dangereuse erreur napoléonienne de l'appel au peuple*"<sup>193</sup>. Il affirme qu'il "*n'y a point, en réalité, de « plébiscite quotidien », [concernant] la forme du gouvernement et des institutions politiques*", que celle-ci

<sup>183</sup> MILLARD (E.), Hauriou...(*op.cit.* note 118), p.397.

<sup>184</sup> HAURIOU (M.), *Principes*...(*op.cit.* note 129), p.161 ; ID., *L'Institution*...(*op.cit.* note 129), p.163 ; ID., *Précis de droit administratif*...(*op.cit.* note 131), p.15.

<sup>185</sup> HAURIOU (M.), *L'Institution*...(*op.cit.* note 129), p.164.

<sup>186</sup> HAURIOU (M.), *Principes*...(*op.cit.* note 129), pp.166-167.

<sup>187</sup> HAURIOU (M.), *L'Institution*...(*op.cit.* note 129), p.136 ; HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*...(*op.cit.* note 131), p.14. Il considère qu' "*il se crée d'abord des états de droit inférieurs; puis des états de droit supérieurs*", et ainsi pour lui, "*une loi non acceptée par la conscience populaire n'a pas toute sa force*" (*Ibid.*, p.16 note 2).

<sup>188</sup> HAURIOU (M.), *La théorie*...(*op.cit.* note 3), p.121 : "*l'idée directrice de l'institution fondée [...] ne cessera d'attirer à soi de nouveaux adhérents qui [...] continueront la fondation, à mesure qu'elle s'objectivera dans le milieu social*".

<sup>189</sup> *Ibid.*, p.118.

<sup>190</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.96.

<sup>191</sup> MILLARD (E.), Hauriou...(*op.cit.* note 118), p.402.

<sup>192</sup> SMEND (R.), *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Duncker & Humblot, 1928, p. 69.

<sup>193</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.96.

"n'est mise en question qu'à des intervalles éloignés"<sup>194</sup>.

## **B. La transposition de la théorie de l'institution au pacte fédératif**

**129.** La théorie de l'institution est très instructive pour comprendre la fondation et surtout la stabilisation de la Fédération (1). La théorie d'Hauriou ne permet toutefois pas de traduire la tension centrale impliquée par le pacte fédératif entre le pouvoir fédéral institué et les autorités des Etats qui l'ont conclu, appelant le complément d'autres réflexions en matière de théorie institutionnelle (2).

### ***1) La théorie d'Hauriou transposée au pacte fédératif***

**130.** Le pacte fédératif établit une institution, la Fédération, qui nécessite ensuite une stabilisation. Il y a certes légitimation initiale de la Fédération par la conclusion du pacte entre Etats, mais cette fondation formelle ne permet pas de clore le phénomène d'institutionnalisation.

La théorie de l'institution permet tout d'abord de comprendre la limitation objective des pouvoirs des Etats par l'institution Fédération instituée. L'idée d'union politique justifie l'exercice des pouvoirs par les autorités fédérales qui doivent assurer l'effectivité du droit fédéral assurant la réalisation de l'objet de la Fédération. Elles doivent garantir une cohérence de la Fédération.

Si l'on transpose au pacte fédératif et à la Fédération la terminologie employée par Hauriou, l'équilibre entre droit statutaire et droit disciplinaire correspond à l'équilibre entre l'aspect unitaire par l'exercice d'un pouvoir assurant l'effectivité et la cohérence du droit fédéral, et l'aspect pluriel par le respect de la diversité, garantie de l'intégrité de l'Etat et de la participation des Etats membres à la création du droit fédéral.

Enfin, le "phénomène de communion" ou de consentement coutumier parachevant la stabilisation de l'institution permet d'expliquer l'importance du sentiment d'appartenance dans la définition de la Fédération. Le rôle du pouvoir dans ce phénomène permet aussi de souligner celui des institutions fédérales dans le développement du sentiment d'appartenance fédéral. La remarque d'Hauriou au sujet de l'Etat peut être transposée à la Fédération : "*l'existence d'une constitution écrite ne dispense pas l'Etat d'un consentement coutumier*" car le consentement coutumier "*lui sert de fondement juridique là où les constitutions formelles sont des actes juridiques qui ne vivent que dans l'actuel*"<sup>195</sup>.

**131.** Si l'on transpose cette théorie au cadre européen, la construction européenne trouve son origine dans le but de pacification des relations entre Etats européens au moyen de solidarités de fait<sup>196</sup> qui peut être vue comme l'idée d'œuvre au fondement de l'institution CEE.

Olivier Beaud estime certes qu'au sein de l'Union européenne "*il n'y a pas de sentiment d'une dette qui aille au-delà de l'obligation légale, ou de solidarité entre les membres qui dépassent le cadre strict du contrat*"<sup>197</sup>. Mais cette remarque sous-tend un caractère instantané du phénomène de communion. Or le développement d'un sentiment d'appartenance est lent et en suivant le schéma d'Hauriou rien n'empêche de qualifier d'institution une entité dans lesquelles les manifestations de communion ne sont encore que balbutiantes. On pourrait d'ailleurs faire le même constat d'inachèvement dans le cas des Etats-Unis en 1787 car il n'existait pas non plus encore de réel sentiment d'appartenance commun.

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, p.255.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p.95.

<sup>196</sup> Déclaration Schuman du 9 mai 1950 : "*L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait*".

<sup>197</sup> BEAUD (O.), Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel, *Annuaire de droit européen*, 2003 (publié en 2005), vol.1, p.110.



## 2) Le complément théorique de la dynamique institutionnelle : la tension entre instituant et institué

132. Comme le note Eric Millard, les différentes théories de l'institution ont pour points communs de proposer une étude interdisciplinaire en se penchant sur l' "origine sociale" des "phénomènes juridiques"<sup>198</sup>. L'institution vise l'organisation établie, mais aussi "le processus qui institue un groupe humain [...] dans la durée"<sup>199</sup>. Or, Eric Millard considère que l'aspect le plus attaquant de la théorie d'Hauriou est l'absence de traitement de "la dialectique entre l'instituant et l'institué", même s'il relativise cette critique en relevant qu'Hauriou suit simplement sa "logique de l'équilibre permanent quoique évolutif, dans le processus d'institutionnalisation"<sup>200</sup>. L'institution doit en effet selon Hauriou avoir une "individualité assez forte" pour assurer sa stabilité<sup>201</sup>. Dès lors une institution ne peut perdurer, voir l'idée qui est à son fondement se déployer, si des mécanismes ne garantissent pas une certaine stabilité<sup>202</sup>. Cela ne signifie pas qu'il doive y avoir une "immobilité absolue", mais uniquement une "permanence dans les caractères fondamentaux"<sup>203</sup>. L'institution connaît ainsi simplement un "mouvement lent et uniforme"<sup>204</sup>.

133. Jacques Chevallier reprend cette problématique du dynamisme chez Hauriou et lui consacre toute une partie de sa propre théorie institutionnelle. Il part du même constat qu'Hauriou en critiquant les travers des théories subjectivistes et objectivistes. Il considère notamment qu'elles laissent de côté les "représentations symboliques et imaginaires qui structurent la pensée des acteurs et modèlent leur comportement social"<sup>205</sup>. Mais il propose ensuite une synthèse entre la position d'autres auteurs qui mettent l'accent sur l'institution établie dans laquelle s'inscrit selon lui la théorie d'Hauriou, et une autre doctrine mettant l'accent sur "la tension permanente entre l' « institué » et l' « instituant »"<sup>206</sup>. Selon cette dernière, l'institution n'est pas une "« totalité » achevée, cohérente et stable, mais une « totalisation » tournante et perpétuellement en cours". L'essentiel est la "pratique" et non la "chose". Contrairement à la théorie d'Hauriou qui met l'accent sur l'étude d'une "chose" stabilisée, même si elle présente à la fois une "permanence, continuité, stabilité" et une "dynamique propre d'évolution".

Jacques Chevallier distingue trois "mouvements" dans la mise en place d'une institution qui, comme il le souligne lui-même, recourent très largement les trois aspects de la fondation d'une institution d'Hauriou que sont l'idée, le pouvoir organisé, et la manifestation de communion<sup>207</sup>. Le premier, la "spécification", voit "l'institution s'isol[er] au sein de l'espace social en délimitant sa zone de compétence". Le second, la "différenciation", consiste en "une dynamique de séparation et division au sein de la société", en la mise en place de "rapports de

<sup>198</sup> MILLARD (E.), Hauriou...(*op.cit.* note 118), p.382.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p.385

<sup>200</sup> *Ibid.*, pp.397-398.

<sup>201</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*...(*op.cit.* note 131), p.8-9 ; *Id.*, *Principes*...(*op.cit.* note 129), p.129.

<sup>202</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.76 : "une entreprise ne peut ni atteindre son but ni se déployer si le milieu est trop instable, toute prévision est rendue impossible, et même tout élan est arrêté", "il lui faut de l'ordre et de la stabilité".

<sup>203</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*...(*op.cit.* note 131), p.11; *Id.*, *Principes*...(*op.cit.* note 129), p.132.

<sup>204</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (*op.cit.* note 119), p.76.

<sup>205</sup> CHEVALLIER (J.), L'analyse institutionnelle, in : CHEVALLIER (J.) (dir.), *L'institution*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1981, p.5.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp.6-8.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p.13 note 28.



*domination /sujétion*<sup>208</sup>. Il reprend ici l'opposition entre les agents de l'institution et les destinataires des décisions et renvoie au droit disciplinaire d'Hauriou<sup>209</sup>. Les autorités exercent leur pouvoir "au nom de l'institution", "véritable « totem » [qui] entraîne la dépersonnalisation complète du rapport de domination/sujétion", l'institution est la "représentation [abstraite] de l'unité du groupe"<sup>210</sup>. Enfin, le dernier mouvement, l' "unification", consiste en la cohésion "dans l'imaginaire, à l'aide de représentations et d'opérations symboliques"<sup>211</sup>. Celles-ci traduisent des intérêts communs aux membres du groupe "qui, à la fois, les rendent solidaires vis-à-vis de l'extérieur et créent, par-delà les divergences et les antagonismes qui les opposent, un sentiment d'appartenance"<sup>212</sup>.

Mais Jacques Chevallier met l'accent sur l'évolution perpétuelle, la tension continue "entre l'ordre et le mouvement", entre "l'institué" et "l'instituant", là où Hauriou, même s'il affirme aussi la nécessité du renouvellement dudit consentement, vise une évolution lente dans l'objet du consentement<sup>213</sup>. C'est, selon ce dernier, par un "processus d'auto-crédation, continue et c'est dans /par la tension qu[e l'institution]se produit et reproduit"<sup>214</sup>.

L'aspect dynamique de cette tension est central dans la définition de la Fédération où l'équilibre entre le niveau fédéral institué et le niveau étatique instituant doit être continuellement renouvelé. Pour transposer une remarque de Jacques Chevallier au contexte fédéral<sup>215</sup> : les autorités fédérales instituées peuvent être tentées de céder sur certains points aux Etats qui les ont instituées, mais il faut prendre garde que cela ne se fasse pas trop au détriment de la cohérence.

## **Section II : La question du lien entre l'objectif politique du pacte et l'inclusion de compétences particulières**

**134.** Afin de terminer la présentation des critères généraux du pacte fédératif, il convient de revenir sur "l'idée d'œuvre" qui sert de fondement à l'institution, ou, pour reprendre les termes utilisés dans le contexte de la Fédération, sur son objectif politique. La question qui doit être posée dans ce cadre est celle de savoir si la qualification d'objectif politique dépend de l'inclusion de compétences particulières dans le pacte.

La possession d'une compétence de défense est généralement posée comme condition à la qualification d'union fédérale. Nous considérons cependant qu'il est seulement nécessaire qu'il existe des garanties empêchant des conflits militaires entre les Etats membres (§1).

De même, l'autonomie financière de l'entité créée n'est pas selon nous un préalable à la qualification de pacte fédératif (§2). Par contre nous estimons nécessaire qu'elle se développe avec l'extension des compétences de la Fédération car elle permet aux autorités fédérales d'avoir des capacités d'action effective et joue un rôle de consolidation économique de la Fédération. Cette autonomie financière participe ainsi, dans cette perspective, à la stabilisation de la Fédération.

### ***§1. La compétence de défense, critère de qualification de pacte fédératif ?***

**135.** Si l'on considère les Fédérations classiques dont l'objet initial était la défense, ainsi que l'importance de la détention de cette compétence dans l'affirmation d'une politique

---

<sup>208</sup> *Ibid.*, pp.13-14.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p.15 note 28.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p.17.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p.14.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p.17.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p.45.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p.14.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p.48.

indépendante, la compétence de défense peut apparaître comme un critère de qualification de la Fédération (A). L'objet initial de l'Union européenne n'étant pas défensif et le développement d'une défense européenne n'étant encore qu'à un stade embryonnaire, on devrait alors conclure que les traités européens ne constituent pas un pacte fédératif (B). Il est toutefois possible d'adopter une perspective différente selon laquelle le développement d'une identité commune qui caractérise la nature politique du pacte fédératif peut provenir non seulement de l'inclusion d'une compétence fédérale de défense, mais encore d'une union économique. La création d'un marché commun peut en effet être vue comme un motif de conclusion d'un pacte fédératif conforme à un autre contexte international que celui contemporain de la fondation des Fédérations allemandes, suisses et américaines (C).

## **A. Un critère déduit du fondement défensif des Fédérations classiques**

**136.** La défense est le but essentiel des Fédérations américaine (1), allemande (2) et Suisse (3) originelles. Cela peut amener à conclure à la nécessité d'une compétence fédérale de défense pour permettre la qualification de pacte fédératif (4).

### ***1) Le contexte américain***

**137.** Dans le cas américain, l'art.III des Articles de la Confédération pose la défense commune comme objet essentiel de la Confédération américaine, et la préservation des libertés et le bien-être mutuel et commun comme but complémentaire. L'art.IX§1 précise ensuite que la Confédération est en principe seule habilitée à déclarer la guerre par le biais d'une décision du Congrès. L'art.VI§4 ajoute toutefois que les Etats membres peuvent par exception participer à une guerre s'ils bénéficient du consentement préalable du Congrès confédéral, ou en cas d'invasion ou de menace d'attaque imminente. L'art.IX§4 confère ensuite la compétence au Congrès d'établir des règlements pour l'administration et l'organisation de ces forces de terre et de mer, et de conduire leurs opérations. Mais les Etats conservent selon l'art.VII le pouvoir de nomination des officiers du rang de colonel et des rangs inférieurs.

Considérant les Articles de la Confédération, Hamilton estime qu'il y avait "*une inconséquence manifeste à confier au gouvernement fédéral le soin de la défense commune, et à laisser aux gouvernements des Etats les pouvoirs effectifs nécessaires pour y pourvoir*"<sup>216</sup>. Le Congrès décidait certes de déclarer la guerre s'il obtenait le soutien de neuf Etats et il avait le pouvoir de déterminer le nombre de troupes à lever, mais il dépendait des Etats pour la levée effective des troupes puisque l'armée confédérale était formée de contingents fournis par les Etats membres<sup>217</sup>. Edouard de Laboulaye donne pour illustrer le problème de la dépendance de la bonne volonté des Etats l'exemple du refus en 1781 de la Caroline du Nord d'apporter son aide militaire à la Virginie alors que celle-ci était attaquée<sup>218</sup>.

L'art.IX§1 donnait par ailleurs une compétence de principe à la Confédération pour envoyer et recevoir des ambassadeurs, conclure des traités et des alliances, les Etats conservant selon l'art.VI§1 une compétence dans ces domaines dont l'exercice était toutefois soumis au consentement préalable du Congrès.

Hamilton souligne à cet égard la faiblesse de la Confédération dans les relations internationales, qualifiant ses ambassadeurs de "*vains simulacres d'une souveraineté imaginaire*"<sup>219</sup>. Edouard de Laboulaye ajoute aussi dans ce sens que si elle pouvait conclure des

<sup>216</sup> HAMILTON (A.), n°XXIII, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, p.182.

<sup>217</sup> LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire des Etats-Unis. Volume 3 : La Constitution des États-Unis, 1781-1789*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Charpentier, 1867, p.95.

<sup>218</sup> *Ibid.*, pp.95-96.

<sup>219</sup> HAMILTON (A.), n°XV, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste (op.cit. note 216)*, p.109.

traités, il n'existait aucun moyen pour contraindre les Etats à les respecter<sup>220</sup>.

**138.** La Constitution de 1787 va remédier à ces problèmes. L'art.I sect.8 cl.12 donne au Congrès le pouvoir de lever et d'entretenir des armées. Toutefois comme le souligne Edouard de Laboulaye, les américains craignent une armée permanente<sup>221</sup>. Cette crainte explique les longs développements d'Hamilton destinés à justifier cette disposition<sup>222</sup>. Cela permet de comprendre pourquoi avant la guerre de Sécession "*ce qu'il y avait de plus difficile pour un français en Amérique, c'était d'apercevoir des soldats*" tant l'armée était peu nombreuse par rapport à l'étendue du territoire<sup>223</sup>. La guerre de Sécession a modifié profondément cette situation<sup>224</sup>.

Outre l'armée, l'art.I sect.8 cl.15 et 16 confère au Congrès le pouvoir de mobiliser une "milice", à savoir une force militaire composée de citoyens ordinaires, ainsi que le pouvoir de l'armer, de l'organiser, et de poser le cadre disciplinaire. Edouard de Laboulaye souligne que les rédacteurs de la Constitution de 1787 prirent soin "*d'introduire la règle et l'uniformité dans la milice*" car "*on sentait que c'était là la réserve où l'on trouverait des soldats*"<sup>225</sup>. Sous la Confédération, il était en effet au contraire seulement prévu à l'art.VI§4 des Articles de la Confédération que "*chaque Etat entretien[ne] en toutes circonstances une milice bien organisée et disciplinée, suffisamment armée et équipée*". Le problème de l'autorité compétente pour convoquer les milices se posait toutefois encore, et les Etats risquaient de bloquer la prise de décision sur ce point si celle-ci restait entre leurs mains. En 1795, le Congrès décide pour cette raison de confier au Président des Etats-Unis ce pouvoir de décision et précise que les gouverneurs des Etats ne peuvent s'opposer à une telle décision du Président<sup>226</sup>.

## 2) Le contexte allemand

**139.** Dans le cas allemand, le but de la Confédération germanique énoncé à l'art.2 de l'Acte de 1815 et repris à l'art.1 AFV est le maintien de la sécurité intérieure et extérieure, ainsi que de l'indépendance de chacun des Etats membres. L'art.35 AFV précise à cette fin que la Confédération peut conclure des traités, des alliances, et mener des guerres.

Les Etats membres avaient par ailleurs l'obligation d'apporter leur aide militaire en cas d'attaque contre l'un d'entre eux (art.1§1 de l'Acte de 1815 ; art.36§1 AFV), mais en échange chacun devait se garder de provoquer de telles attaques (art.36§2 AFV). Dans ce sens, l'art.37 AFV précise qu'en cas de litige entre un Etat membre et un Etat tiers, et de demande de l'aide fédérale, la Diète doit rechercher l'origine du problème, pour vérifier si le droit est du côté de l'Etat membre. Si tel est le cas, l'aide est apportée, sinon, elle doit refuser toute aide, exhorter l'Etat en question à mettre fin au conflit, et prendre le cas échéant toutes les mesures pour maintenir la paix. Il est enfin à noter que l'art.47 AFV affirme qu'il n'existe d'obligation de prendre des mesures communes de défense que si la Diète reconnaît qu'il y a une menace pour le territoire fédéral.

L'armée commune était composée de contingents des Etats qui restaient sous le commandement des Etats. Un commandement commun fédéral n'était prévu qu'en cas de guerre. Aucun commandant en chef fédéral des armées permanentes n'existait, un commandant était nommé au moment d'une mobilisation de l'armée et son mandat s'arrêtait à la fin des opérations. Par ailleurs ce dernier pouvait uniquement retirer son poste à ses subordonnés directs mais n'avait aucune influence sur l'occupation des postes d'officiers au sein des contingents qu'il

<sup>220</sup> LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire...*(*op.cit.* note 217), p.96.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p.425.

<sup>222</sup> HAMILTON (A.), n°XXV à n°XXVIII, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (*op.cit.* note 216), pp.193-223.

<sup>223</sup> LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire...*(*op.cit.* note 217), p.425.

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> *Ibid.*, p.426.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p.427.



avait sous ses ordres. Il existait ainsi un problème d'intégration des différents contingents qui n'étaient pas habitués à combattre ensemble<sup>227</sup>. Certes, en dehors de l'Autriche, la Prusse et la Bavière, les autres Etats membres, respectivement du Nord, centraux et du Sud, formaient des contingents multiétatiques fortement intégrés. Mais un problème de cohérence existait encore entre ces différents contingents. La Diète a certes eu un pouvoir important en matière de "sécurité intérieure"<sup>228</sup>, mais cela s'explique car le but de préservation du caractère conservateur des régimes politiques des Etats membres de la Confédération était un intérêt commun des dirigeants. Au contraire, la conduite d'une guerre extérieure par la Confédération aurait été difficile en raison d'un problème d'unité de l'appareil militaire<sup>229</sup>.

Les Etats membres conservent un droit de conclure des alliances selon l'art.1§1 al.3 de l'Acte de 1815, dans la mesure où cela ne porte pas atteinte à la sécurité de la Confédération ou des autres Etats membres. En outre, l'art.11§2 de l'Acte de 1815 et l'art.48 AFV précisent que "*lorsque la guerre est déclarée par la Confédération, aucun membre ne peut entamer des négociations particulières avec l'ennemi, ni faire la paix ou un armistice, sans le consentement des autres*", quand bien même il posséderait des territoires en dehors de la Confédération. Les Etats conservaient toutefois le pouvoir de faire la guerre dans les limites posées par l'Acte de 1815 et l'Acte final de Vienne, notamment celle de ne pas porter atteinte à la sécurité de la Confédération.

L'art.50§2 AFV prévoit par ailleurs la possibilité pour la Diète, si elle le juge nécessaire, d'envoyer au nom de la Confédération germanique des ambassadeurs dans d'autres Etats. Toutefois, lors de la Conférence de Vienne ayant abouti à l'Acte final, il avait été précisé que la nomination de tels ambassadeurs fédéraux ne devait avoir lieu que dans des cas extraordinaires, et la pratique de la Confédération a respecté ces recommandations. Si elle a reçu des ambassadeurs étrangers auprès de la Diète, elle n'en a en effet nommé qu'à de rares occasions<sup>230</sup>.

La Confédération n'avait en pratique qu'un faible pouvoir en matière de politique extérieure, l'essentiel des relations extérieures relevait des Etats<sup>231</sup>. L'Autriche et la Prusse avaient une partie de leur territoire qui n'appartenait pas à la Confédération, si bien qu'il n'était pas possible de leur ôter un pouvoir de relations extérieures au profit du niveau fédéral, ni de limiter ce pouvoir aux seuls territoires se trouvant en dehors de la Confédération. En raison de l'égalité entre les droits des Etats membres, un tel pouvoir ne pouvait ensuite être réservé à ces deux seuls Etats<sup>232</sup>. Ernst Rudolf Huber note que, mis à part dans les premières années avec Metternich, cette capacité d'action extérieure autonome des Etats a empêché la Confédération d'avoir une politique étrangère unitaire. Il souligne comme autre facteur défavorable au développement d'une telle politique l'absence d'un exécutif fédéral, la Diète n'étant pas en mesure, en raison sa structure, de jouer un rôle diplomatique<sup>233</sup>.

**140.** Le projet de Constitution de 1849<sup>234</sup> visait à résoudre les problèmes mentionnés. Il

---

<sup>227</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...* (op.cit. note 37), p.136.

<sup>228</sup> Cf. sur l'exécution fédérale et l'intervention fédérale : *infra* partie I chap.II sect.I §2 B.

<sup>229</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 8), *Bd.II*, pp.609-613.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p.605.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p.634-635.

<sup>232</sup> *Ibid.*, pp.603-604.

<sup>233</sup> *Ibid.*, pp.604-605.

<sup>234</sup> On présentera généralement dans les développements les éléments pertinents contenus dans ce projet de Constitution car elle a servi de modèles à la Constitution de la Confédération du Nord, elle-même largement reprise par la Constitution du Second Empire. Celles-ci ont en effet repris les éléments de renforcement de l'unité fédérale qu'elle contenait tout en écartant les éléments trop centralisateurs qui avaient alors heurté les dirigeants des Etats membres. On notera que ce projet servira aussi aux rédacteurs des Constitutions de Weimar et de 1949, notamment quant à ses aspects démocratiques et libéraux. Ces aspects avaient été au



prévoyait en son §6 une exclusivité du pouvoir fédéral en matière de représentation internationale de l'Empire et des Etats membres. Il incluait les pouvoirs de nomination des ambassadeurs et consuls, ainsi que de conclusion d'alliances et de traités internationaux. Le §7 précisait par ailleurs explicitement que les Etats membres ne pouvaient envoyer ou recevoir d'ambassadeurs ou de consuls. Ils conservaient seulement une compétence pour conclure des traités entre eux ou avec Etats étrangers dans les domaines du droit privé, du transport ou des pouvoirs de police (§8), et sous réserve d'informer les autorités fédérales, voire d'un accord préalable de ces dernières quand les traités touchaient les intérêts fédéraux (§9).

Les autorités fédérales devaient par ailleurs avoir une compétence exclusive en matière militaire (§11), ce qui aurait entraîné une unification<sup>235</sup>. Cet effet d'unitarisation a d'ailleurs été un des domaines de discussion les plus vifs lors des débats ayant abouti au projet de Constitution de 1849<sup>236</sup>. Même si l'armée demeurait composée de contingents des Etats membres et que la nomination des officiers, la formation des troupes, et leur recrutement demeuraient de la compétence des Etats membres (§12), Ernst Rudolf Huber souligne que les Etats membres n'avaient plus le pouvoir de décider de faire une guerre (§10). Hans Boldt indique dans ce même sens que les compétences laissées aux Etats avaient surtout pour but de ménager les Princes et Rois des Länder<sup>237</sup>.

**141.** Sous la Confédération du Nord et le Second Empire, l'essentiel des compétences en matière internationale relève de l'Empire. Les Etats membres peuvent toutefois conclure des accords internationaux sans être soumis à l'accord fédéral, sous réserve de respecter le principe de fidélité fédérale<sup>238</sup>.

Plusieurs éléments d'unitarisation sont à souligner concernant l'armée. L'art.57 RV (57 CCN) pose le principe d'un service militaire obligatoire commun. Il y a par ailleurs désormais une organisation unifiée de l'armée sous commandement de l' "Empereur"<sup>239</sup>, en vertu de l'art.63 RV (63 CCN). Enfin, Ernst Rudolf Huber souligne qu'elle n'a plus que l'apparence d'une armée de contingents, car les Etats membres n'ont plus de pouvoir de commandement sur leur contingent<sup>240</sup>. Ils conservent uniquement des pouvoirs résiduels à leur égard précisés à l'art.66 RV (66 CCN).

La seule limite à ce phénomène d'unification est que l'Empire n'a pas possédé d'administration militaire propre<sup>241</sup>.

### 3) Le contexte suisse

**142.** Dans le cas suisse, l'art.1 du pacte de 1815 énonce comme objet principal de la Confédération suisse "*le maintien de leur liberté et de [l']indépendance [des cantons] contre toute attaque de la part de l'étranger, ainsi que [...] la conservation de l'ordre et de la tranquillité dans l'intérieur*". Selon l'art.8§3, la Diète confédérale est à cette fin compétente

---

contraire fortement limités au profit du principe monarchique dans le cas des Constitutions de la Confédération du Nord et du Second Empire.

<sup>235</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(op.cit. note 8), *Bd.II*, p.822-823.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p.634-635.

<sup>237</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...*(op.cit. note 37), p.153.

<sup>238</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(op.cit. note 8), *Bd.III*, p.938.

<sup>239</sup> Sous la Confédération du Nord et le Second Empire il est indiqué à l'art.11§1 CCN (11§1 RV) que le Roi de Prusse a la présidence fédérale (Präsidium des Bundes), mais il est en outre ajouté dans le second cas qu'il porte le titre d'Empereur. Pour faciliter la lecture, en évitant à chaque fois de préciser présidence fédérale pour la Confédération du Nord alors que les dispositions sont identiques avec celle du Second Empire, on emploiera uniquement l'expression d'Empereur.

<sup>240</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(op.cit. note 8), *Bd.III*, p.993.

<sup>241</sup> Souligné par : BOLDT (H.), *Deutsche...*(op.cit. note 37), p.173. L'auteur indique qu'il y avait par contre des ministères de la guerre au sein de plusieurs Etats.

pour déclarer la guerre et la paix, et conclure des alliances. L'art.8§7 précise que la Diète règle l'organisation des troupes du contingent, nomme le général, l'état-major général et les colonels de la Confédération. L'art.2 énonce que l'armée fédérale est fournie par des contingents des cantons dont il donne la répartition chiffrée, suivant le système qui existait avant 1815 et au sujet duquel Denis de Rougemont écrit qu'il ne s'agissait "*pas d'une véritable armée, mais de contingents cantonaux très diversement armés et entraînés, qui n'avaient de commun qu'un état-major fédéral*"<sup>242</sup>.

L'art.4§2 précise par ailleurs que si un canton est menacé par un danger extérieur, il peut demander l'aide d'autres cantons et en informer immédiatement le canton dirigeant la Confédération<sup>243</sup> qui doit alors convoquer la Diète qui prend toutes les mesures nécessaires pour assurer la sûreté de la Suisse. L'art.4§3 ajoute que les cantons sont obligés de prêter secours au canton qui leur a demandé son aide.

La Confédération est également compétente pour conclure des traités commerciaux selon l'art.8§4. L'art.8§6 prévoit en outre une possibilité restreinte de nommer des représentants diplomatiques de la Confédération, "*lorsque de telles missions sont jugées nécessaires*".

Les cantons conservent de larges pouvoirs. Ils possèdent toujours le pouvoir diplomatique général. L'art.8§5 précise par ailleurs qu'ils peuvent conclure des accords pour des capitulations militaires et pour des objets économiques et de police, dans la mesure où ils ne sont pas contraires au pacte fédéral et aux droits des autres cantons, et sous réserve d'en informer la Diète.

**143.** La Constitution de 1848 a renforcé le pouvoir international fédéral. L'art.8 aCS 1848 précise tout d'abord que la Confédération a seule le droit de déclarer la guerre et de conclure la paix, ainsi que de faire, avec les États étrangers, des alliances et des traités. L'art.15 reprend ensuite le principe d'une aide aux cantons en cas de danger extérieur.

L'art.17 aCS 1848 reprend le principe du commandement fédéral des troupes en cas de guerre<sup>244</sup> et en temps de paix, l'autorité militaire suprême fédérale est le chef du département militaire<sup>245</sup>. Certes la défense repose toujours sur une armée formée de contingents cantonaux comme l'énonce l'art.19 aCS 1848. Par ailleurs, on retrouve la même crainte qu'aux Etats-Unis face à une armée permanente. Ainsi, l'art.13 interdit à la Confédération d'entretenir des troupes permanentes, et aux cantons d'avoir plus de 300 hommes de troupes permanentes sans l'autorisation du pouvoir fédéral. Mais des éléments d'unification sont inclus dans la Constitution de 1848. L'art.20§1 aCS 1848 précise ainsi qu'une loi fédérale détermine l'organisation générale de l'armée. En outre, si les cantons sont responsables de la mise en place de l'infanterie et de sa formation, c'est sous de la surveillance de la Confédération (art.20§3), et la Confédération est compétente pour la formation des instructeurs et des cours d'instruction militaire supérieurs (art.20 a.2 b, c), ainsi que pour l'instruction des corps du génie, de l'artillerie et de la cavalerie (art.20§2 a). Enfin, l'art.18 prévoit un service militaire obligatoire pour tout citoyen suisse. Toutefois, Reto Patrick Müller note que les effets de ce service militaire obligatoire étaient fortement limités par les cantons car ils n'envoyaient pas à la formation militaire l'ensemble de leurs citoyens qui auraient dû y être soumis<sup>246</sup>.

---

<sup>242</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération...* (op.cit. note 82), p.69.

<sup>243</sup> Cette direction est de deux ans et elle tourne entre les cantons de Zurich, Lucerne, et Berne selon l'art.10§2 du Pacte de 1815.

<sup>244</sup> En cas d'action militaire sans désignation d'un commandant, comme cela pouvait arriver dans le cas d'intervention fédérale, les troupes dépendaient directement du Conseil fédéral qui était généralement représenté sur le lieu des opérations par un commissaire, et c'était l'officier le plus gradé sur place qui avait la direction militaire des opérations : MÜLLER (R.), *Innere Sicherheit Schweiz Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848*, Thesis Verlag, 2009, p.91. Cf *infra* sur l'intervention fédérale en Suisse : partie I chapitre II section I §2 B 2) b).

<sup>245</sup> *Ibid.*, p.88.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p.87.

Reto Patrick Müller note qu'en dépit de ces éléments d'unification, l'existence de contingents de troupes provenant de différents cantons aurait pu conduire à des problèmes sur le terrain, et que ce n'est que parce que les actions militaires n'ont eu lieu que sur le territoire fédéral, lors d'interventions pour la sécurité intérieure, qu'elles n'ont pas soulevé de telles difficultés<sup>247</sup>.

La Constitution de 1874 met fin à ce système des contingents fournis par les cantons, et, par là même, aux difficultés susmentionnées. Cette modification conduit également à rendre effectif l'exercice du service militaire obligatoire par l'ensemble des suisses en ôtant aux cantons leur pouvoir de perturbation<sup>248</sup>. Des troupes cantonales continuent certes à exister à côté des troupes fédérales selon l'art.19 aCS 1874, mais elles sont soumises à une structuration uniforme, et les cantons ne peuvent en disposer que dans le cadre posé par la Constitution et les lois fédérales. En outre, l'art.19 précise que l'armée fédérale peut faire appel à l'ensemble des troupes et ressources militaires des cantons en cas de danger.

Nous précisons toutefois pour terminer que l'armée suisse n'est pas devenue un creuset, mais que "*la plupart des unités se composent de soldats du même canton ou au moins de la même région linguistique*"<sup>249</sup>.

#### 4) La défense comme critère du caractère politique du pacte fédératif

144. A partir des Fédérations allemande, suisse et américaine, il semble pouvoir être déduit que la prévision d'une compétence de défense fédérale est un critère de qualification.

145. Schmitt défend tout d'abord ce point de vue, mais sa position est tout autant marquée par le modèle des Fédérations classiques que par son interprétation du politique.

Il affirme tout d'abord que l'une des caractéristiques de la Fédération est d'imposer à ses membres une résolution pacifique de leurs conflits par le biais des institutions fédérales, la seule possibilité d'intervention étant la mise en œuvre d'une procédure d'action militaire contre un des membres ayant violé le droit fédéral. Il différencie la Fédération de l'alliance : un Etat ne s'engage que pour un cas précis dans une alliance, alors qu'il renonce définitivement à son droit d'auto-défense vis-à-vis des autres membres dans une Fédération<sup>250</sup>. Si une guerre est néanmoins déclenchée entre ses membres, à l'instar de la guerre entre la Prusse et l'Autriche en 1866, la Fédération se dissout comme ce fut le cas de la Confédération germanique. Schmitt poursuit que le seul cas où une guerre entre membres ne conduit pas à la dissolution de la Fédération est quand un des belligérants parvient "*à faire passer sa guerre pour une simple exécution de la fédération*" comme ce fut le cas des Etats du Nord à la fin de la guerre de Sécession<sup>251</sup>.

Par ailleurs, Schmitt lie existence politique et droit d'autodéfense affirmant qu' "*un Etat qui renonce à son droit d'autodéfense ou le remet à un autre Etat ou à une autre instance n'a pas d'existence politique propre*"<sup>252</sup>, il n'est donc pas étonnant qu'il considère qu'une Fédération ne peut en tant qu'entité politique se concevoir que si elle dispose du *jus belli*<sup>253</sup>. Schmitt hésite par contre à soustraire à l'Etat membre le *jus belli* contre les Etats non membres en tant qu'elle contredit le but de conservation de son autonomie politique recherchée par l'Etat en entrant dans

---

<sup>247</sup> *Ibid.*, p.95.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p.124.

<sup>249</sup> KRIESI (H.), *Le système politique suisse*, Paris, Economica, 1998, p.347.

<sup>250</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 52), p.511 : "*la guerre engage l'Etat tout entier dans son existence politique*" mais "*pour le reste la conclusion d'une alliance ne change ni le status politique d'un Etat ni sa constitution*". "*La décision du jus belli est engagée par traité pour un cas déterminé, mais le jus belli lui-même n'a pas été abandonné et remis à la décision d'un tiers*".

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 516-517.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p.512.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p.517.



la Fédération. Il le justifie uniquement par le risque de mise en danger de la Fédération, et relativise dans ce cas la perte d'autonomie en indiquant que l'homogénéité au sein de la Fédération permet d'assimiler ennemi de la Fédération et ennemi des Etats membres<sup>254</sup>.

**146.** Olivier Beaud voit également dans l'inclusion d'une compétence de défense un critère de qualification du pacte fédératif.

Il part du constat que les organisations internationales, et certaines alliances, sont comme la Fédération, des unions d'Etats reposant sur une convention qui se sont institutionnalisées après leur formation, et qu'il est dès lors *"du point de vue formel, [...] difficile de les distinguer"*<sup>255</sup>. Il relève également que la doctrine en droit international qualifie la Confédération d'Etats et l'organisation internationale de *"coopération institutionnalisée, c'est-à-dire [ayant] [...] la stabilité de l'institution et non le caractère sporadique et intermittent, mal codifié qui s'établit entre Etats à un degré moins élaboré"*<sup>256</sup>. Ces auteurs posent selon lui la question centrale, celle de savoir *"à partir de quelle ambition une organisation internationale prend [...] l'allure d'une confédération d'Etats"* et constatent que *"quant à l'ampleur de leur compétence, les organisations internationales se répartissent sur une vaste gamme, du modeste organisme de gestion d'un fleuve international à l'Organisation des Nations Unies, et [qu']à l'inverse, les confédérations n'ont pas toujours prétendu à une compétence internationale globale"*<sup>257</sup>.

A partir de ces éléments, et au regard de l'étude des Fédérations classiques américaine, suisse et allemande, Olivier Beaud conclut que le droit de faire la guerre est un critère de différenciation des Fédérations par rapport aux unions d'Etats *"purement administratives"* du XIX<sup>e</sup> siècle comme l'Union postale et aux *"organisations internationales modernes"*<sup>258</sup>. Il voit notamment dans l'objectif de préservation de la sécurité donné à la Confédération germanique une *"preuve, parmi d'autres, de l'importance d'une défense commune dans l'élaboration d'une Fédération"*<sup>259</sup>. Il procède par ailleurs à la même différenciation entre Fédération et alliance que Schmitt. Si toutes les deux voient des Etats s'unir dans le but de défense face à un ennemi commun et si les alliances peuvent faire l'objet d'une institutionnalisation comme les Fédérations, *"l'engagement [y] est ponctuel et limité car les Etats alliés s'unissent uniquement pour mieux se défendre le jour où la guerre éclaterait, alors que dans le cas de la Fédération, les Etats se confédèrent pour former une nouvelle forme politique qui est durable et permanente par définition"*<sup>260</sup>.

## **B. Le contre exemple européen**

**147.** En suivant cette perspective, il semble difficile de qualifier les traités européens de pacte fédératif puisque leur objectif central est économique et non défensif.

En effet, la défense et la politique étrangère ont certes connu une évolution importante de la création de l'UEO par les Etats membres de la CECA à la politique de sécurité et de défense commune (PSDC) prévue par le Traité de Lisbonne (1), mais les capacités d'action de l'Union européenne en matière de défense demeurent limitées et une politique étrangère européenne reste un but encore lointain (2). Cela n'est toutefois pas un obstacle à la qualification de pacte fédératif des traités européens (3). Nous considérons en effet que c'est la garantie d'une absence

<sup>254</sup> *Ibid.* : "il [n']abandonne un droit à l'autodéfense et à la guerre que dans la mesure où son appartenance à la fédération le lui impose". Voir aussi : *Ibid.*, p.524.

<sup>255</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 15), p.261.

<sup>256</sup> REUTER (P.), COMBACAU (J.), *Institutions et relations internationales*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1985, p.289 (cités par BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 15), p.261).

<sup>257</sup> REUTER (P.), COMBACAU (J.), *Ibid.*, p.290 (cités par BEAUD (O.), *Ibid.*, p.262).

<sup>258</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.263.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p.286.

<sup>260</sup> *Ibid.*, pp.264-265.

de guerre entre les membres et non l'existence d'une compétence fédérale de défense qui est indispensable à la stabilité d'une Fédération. Or, l'objectif d'union économique des traités européens vise à réaliser une telle pacification des relations entre les membres, et une garantie contre une guerre interne à l'Union européenne est fournie indirectement par l'UEO et l'OTAN.

### 1) L'évolution de la création de l'UEO en 1954 à la PSDC

**148.** Un Traité de coopération militaire avait été conclu entre le Royaume-Uni, la France et le Benelux en 1948, le Traité de Bruxelles. Suite à l'échec de tentative d'union en matière politique étrangère et de défense entre les Etats parties au traité CECA en 1954, la RFA et l'Italie deviennent la même année parties au traité de Bruxelles qui est modifié, créant l'Union de l'Europe occidentale (UEO)<sup>261</sup>. Son art.5 prévoit notamment en cas d'agression armée de l'un d'entre eux sur le territoire européen une aide militaire de la part des autres Etats parties. Il existait donc une clause de défense commune avant que n'entre en vigueur le Traité de Lisbonne, mais en dehors des traités européens, et visant uniquement les membres de la Communauté européenne puis de l'Union européenne qui étaient aussi membres de l'UEO.

**149.** Dans le cadre de la CEE se développe à partir de 1970 la "coopération politique européenne" consistant en des réunions semestrielles des ministres des affaires étrangères et à laquelle l'Acte unique européen de 1986 donne une base juridique avec l'art.30§5 CEE.

Le Traité de Maastricht franchit un pas supplémentaire. Il met en place la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) incluant l'adoption de textes et la possibilité d'utiliser des moyens financiers de l'Union européenne<sup>262</sup>. Il prévoit en outre la possibilité de développer une défense commune (al.10 du préambule et art.J.4 du traité sur l'UE), et vise dans cette perspective la possibilité de s'appuyer sur l'UEO (art.J.4§2 du traité sur l'UE).

Les fondements juridiques d'une politique européenne de sécurité et de défense (PESD) sont posés par le Traité d'Amsterdam qui confère une capacité d'action militaire à l'Union européenne. Il procède à un début d'intégration de l'UEO dans le cadre des traités européens. Il crée ainsi le Haut représentant pour la PESC (art.26 UE) qui outre sa mission d'assistance du Conseil pour les questions de PESC est également secrétaire général de l'UEO. L'art.17§1 al.2 et l'art.17§3 UE précisent par ailleurs que l'Union européenne s'appuie sur l'UEO pour l'élaboration et la mise en œuvre de ses décisions et actions ayant un impact en matière de défense et qu'elle utilise ses capacités opérationnelles. Enfin, l'art.17§2 UE reprend les missions dites de Petersberg, qui visent "*les missions humanitaires et d'évacuation, les missions de maintien de la paix, les missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les opérations de rétablissement de la paix*", et qui avaient été confiées à l'UEO<sup>263</sup>.

Les objectifs de la PESD ont été fixés par le Conseil européen de Cologne en 1999<sup>264</sup>. Quant à son cadre institutionnel, il a été enrichi de trois instances par le Conseil européen de

---

<sup>261</sup> Voir sur ces éléments les références historiques sur le site de l'UEO : <http://www.weu.int/>. Sur les développements de la PESC et de la PESD jusqu'au Traité de Nice, cf. : BERMANN (S.) (dir.) (au nom de la représentation permanente de la France auprès de l'UE), *Guide de la politique européenne de sécurité et de défense (PESD)*, novembre 2008, pp.6-8 :

[http://www.rpfrance.eu/IMG/pdf/Guide\\_de\\_la\\_PESD\\_nov\\_2008\\_FR.pdf](http://www.rpfrance.eu/IMG/pdf/Guide_de_la_PESD_nov_2008_FR.pdf) ; GUILLERME (D.) (dir.) (au nom du Ministère des affaires étrangères français), *Guide de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC)*, août 2006, pp.80-85 : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/guide\\_pesc.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/guide_pesc.pdf).

<sup>262</sup> BERMANN (S.) (dir.), *Ibid.*, p.11.

<sup>263</sup> RAUX (J.), De l'identité internationale à la personnalité internationale de l'Union européenne, in : BLANQUET (M.) (dir.), *Mélanges Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p.144.

<sup>264</sup> Conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, Annexe III : [http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2\\_fr.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm).



Nice de décembre 2000 : un comité politique et de sécurité (COPS)<sup>265</sup>, un Comité militaire<sup>266</sup> et un Etat-major de l'Union européenne<sup>267</sup>.

L'Etat-major de l'Union européenne est composé de militaires détachés des États membres auprès du Haut représentant auquel il fournit l'expertise militaire. Il assure par ailleurs le lien entre le Comité militaire et les ressources militaires à la disposition de l'UE. Le Comité militaire de l'UE est composé des chefs d'état major des Etats membres. Il est l'enceinte de consultation et de coopération militaire entre les États membres de l'UE dans le domaine de la prévention des conflits et de la gestion des crises. Enfin le COPS est la structure permanente du comité visé à l'art.25 UE<sup>268</sup> chargée de préparer les décisions du Conseil en matière de PESC et PESD. Il adresse par ailleurs des directives au Comité militaire qui lui fournit en retour des avis et recommandations. Il est responsable, sous l'autorité du Conseil, de la direction politique du développement des capacités militaires ainsi que du traitement des situations de crise. Il exerce notamment dans ce dernier cadre le contrôle politique et la direction stratégique de la réponse militaire de l'Union européenne à la crise.

En plus de ces organes une agence européenne de défense a été créée en 2004<sup>269</sup> dont le rôle est d'assister le Conseil sous la direction du Haut représentant dans le développement des capacités de défense de l'Union européenne, la création d'un marché commun des équipements de défense, et le soutien à la recherche en matière de défense.

Enfin, on notera quelques pas vers la mise en place d'un cadre commun de formation. Le Conseil a tout d'abord créé en juillet 2005 un Collège européen de sécurité et de défense, qui est chargé de fournir une formation stratégique "*afin de mettre en place et de promouvoir une compréhension commune de la PESD parmi le personnel civil et militaire*"<sup>270</sup>. Il a ensuite approuvé le 11 novembre 2008 le lancement d'une "*initiative européenne relative aux échanges de jeunes officiers, inspirée d'Erasmus, afin de renforcer la capacité des forces armées européennes à travailler ensemble et l'interopérabilité des forces*"<sup>271</sup>.

Le Traité de Lisbonne crée le poste de Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité qui prend la suite du Haut représentant pour la PESC et devient vice-Président de la Commission européenne chargé de la coordination des relations extérieures (art.18§4 TUE). Outre la présidence des réunions du Conseil en matière de PESC et de PSDC<sup>272</sup> (art.18§3 TUE), ses pouvoirs sont renforcés par le soutien d'un Service européen pour l'action extérieure. Ce Service créé en 2010<sup>273</sup> afin de renforcer la coopération entre les services

<sup>265</sup> Décision n°2001/78 du Conseil, du 22 janvier 2001, instituant le Comité politique et de sécurité, *JOUE*, n°L 27 du 30.01.2001, p.1.

<sup>266</sup> Décision n°2001/79 du Conseil du 22 janvier 2001 portant création du Comité militaire de l'UE, *JOUE*, n°L 27 du 30.01.2001, p.4.

<sup>267</sup> Décision n°2001/80 du Conseil du 22 janvier 2001 instituant l'État-major de l'UE, *JOUE*, n°L 27 du 30.01.2001, p.7. Elle a été modifiée depuis par deux décisions du Conseil : décision n°2005/395/PESC du 10 mai 2005, *JOUE*, n°L 132 du 26.5.2005, p.17 ; décision n°2008/298 du 7 avril 2008, *JOUE*, n°L 102 du 12.4.2008, p.25.

<sup>268</sup> Il est repris à l'art.38 TUE issu du Traité de Lisbonne.

<sup>269</sup> Action commune n°2004/551 du Conseil du 12 juillet 2004, *JOUE*, n°L 245 du 17 juillet 2004, p.17.

<sup>270</sup> Article 2 de l'action commune 2005/575 du Conseil du 18 juillet 2005 instituant un Collège européen de sécurité et de défense (CESD), *JOUE*, n° L 194 du 26.7.2005, p.15 abrogée et remplacée par l'article 2 de l'action commune n°2008/550 du Conseil du 23 juin 2008 instituant un Collège européen de sécurité et de défense (CESD), *JOUE*, n°L 176 du 4.7.2008, p.20.

<sup>271</sup> [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/fr/gena/103924.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/gena/103924.pdf). Pour ces précisions sur les projets d'Erasmus militaire et le Collège européen de défense : cf. le rapport du 3 juin 2009 présenté dans le cadre de l'assemblée de sécurité et de défense de l'UEO : [http://www.assembly-weu.org/fr/documents/sessions\\_ordinaires/rpt/2009/2041.pdf](http://www.assembly-weu.org/fr/documents/sessions_ordinaires/rpt/2009/2041.pdf).

<sup>272</sup> Nom qui remplace la PESD avec le Traité de Lisbonne.

<sup>273</sup> Décision n°2010/428 du Conseil du 26 juillet 2010 fixant l'organisation et le fonctionnement du service européen pour l'action extérieure, *JOUE*, n°L 201 du 3 août 2010, p.30.



diplomatiques des Etats membres est composé de fonctionnaires du secrétariat général du Conseil et de la Commission ainsi que de membres détachés des services diplomatiques nationaux.

Enfin, il est à noter que, tirant les conséquences de l'intégration dans le cadre des traités européens des derniers éléments qui pouvaient encore justifier l'existence de l'UEO, celle-ci a disparu en 2011.

## 2) Une capacité d'action modeste et une politique étrangère largement inexistante

**150.** L'Union européenne est encore souvent qualifiée de puissance civile<sup>274</sup> et/ou de puissance normative exportatrice de normes, notamment en matière de droits fondamentaux<sup>275</sup> car si ses actions militaires se développent peu à peu<sup>276</sup>, ses capacités d'action demeurent limitées et sa politique étrangère reste à construire.

**151.** Sur le plan de la défense, les conclusions du Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999 avaient précisé que les Etats membres devraient être "en mesure, d'ici 2003, de déployer dans un délai de 60 jours et de soutenir pendant au moins une année des forces militaires pouvant atteindre 50 000 à 60 000 personnes, capables d'effectuer l'ensemble des missions de Petersberg". En décembre 2001, les conclusions du Conseil européen de Laeken ont affirmé que l'Union européenne était "désormais capable de conduire des opérations de gestion de crise"<sup>277</sup>. Dans le cadre des actions menées par l'UE, les contingents nationaux demeurent sous le contrôle de leurs commandants nationaux et ne seront dirigées par un commandant suprême militaire que pour la seule durée d'une mission de l'Union européenne<sup>278</sup>.

Six actions militaires ont eu lieu pour l'instant<sup>279</sup>. Un des premiers exemples d'opération militaire autonome menée par l'UE est l'opération Artémis qui s'est déroulée en 2003 en République démocratique du Congo et avait pour but de sécuriser et stabiliser une région et de rendre possible l'acheminement de l'aide humanitaire<sup>280</sup>. Toutefois, un certain nombre d'autres opérations ont été menées en ayant recours aux capacités de l'OTAN<sup>281</sup>.

A côté du volet militaire existe également un volet civil dont les objectifs ont été fixés au Conseil européen de Feira en juin 2000, et sur la base duquel treize missions ont été jusqu'à présent effectuées<sup>282</sup>. Ces missions peuvent notamment consister en des missions de formation

<sup>274</sup> François DUCHENE a forgé cette expression "puissance civile" (La Communauté européenne et les aléas de l'interdépendance, in : KOHNSTAMM (M.), WOLFGANG (H.) (dir.), *L'Europe avec un grand E*, Paris, Robert Laffont, 1973, p.17-35 (Cité par SCHWOK (R.), Politiques internationales de l'UE comme moyen d'identité européenne : apports et limites de l'approche constructiviste, *Relations internationales*, 2009/3, n°139, p.83).

<sup>275</sup> MANNERS (I.), Normative power Europe : A contradiction in terms ?, *JCMS*, Juin 2002, vol.40 n°2, pp.235-258 ; ID., Normative power Europe : Beyond the crossroads, *Journal of European Public Policy*, 2006, vol.13 n°2, pp.182-199. SCHWOK (R.), *Ibid.*, p.84.

<sup>276</sup> SCHWOK (R.), *Ibid.*, p.86. Voir pour l'ensemble des opérations civiles et militaires dans le cadre de la PED sur le site du Service européen pour l'action extérieure : <http://www.consilium.europa.eu/eeas/security-defence/eu-operations?lang=fr>.

<sup>277</sup> Conclusions, p.3 : [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ec/68779.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/68779.pdf).

<sup>278</sup> BERMANN (S.) (dir.), *Guide...* (op.cit. note 261), p.15.

<sup>279</sup> Voir pour le recensement de l'ensemble de ces missions jusqu'à présent le site de la représentation française auprès de l'UE : <http://www.rpfrance.eu/spip.php?article768>. Voir pour une présentation des différentes opérations militaires dans le cadre de la PESD jusqu'en 2008 : GUILLERME (D.) (dir.), *Guide...* (op.cit. note 261), pp.43-49.

<sup>280</sup> Action commune n°2003/423 du Conseil du 5 juin 2003 relative à l'opération militaire de l'UE en République démocratique du Congo, *JOUE*, n°L 143 du 11 juin 2003, p.50.

<sup>281</sup> Voir par exemple : Action commune n°2004/570 concernant l'opération militaire de l'UE en Bosnie-et-Herzégovine, *JOUE*, n°L 252 du 28 juillet 2004, p.10.

<sup>282</sup> Voir pour la présentation des différentes opérations civiles dans le cadre de la PESD jusqu'en 2008 : GUILLERME (D.) (dir.), *Guide...* (op.cit. note 261), pp.49-61. Pour les objectifs et les capacités civiles : *Ibid.*,

de policiers, magistrats et membres de l'administration pénitentiaire<sup>283</sup>.

Il est par ailleurs à noter que le développement de groupements tactiques fournis par un ou plusieurs Etats membres a été décidé par le Conseil européen de juin 2004 afin de permettre de réagir rapidement à une crise<sup>284</sup>. Effectifs depuis 2007, ils n'ont cependant jamais été utilisés jusqu'à présent, ce qui risque comme le souligne Caroline Henrion, de mettre en cause leur crédibilité<sup>285</sup>. On retrouve le même problème qu'aux Etats-Unis sous la Confédération du manque de volonté des Etats de recourir à leur armée quand il ne s'agit pas de défendre leur sûreté<sup>286</sup>. Caroline Henrion donne l'exemple de l'opération au Tchad et au Darfour en 2007<sup>287</sup> qui a pris six mois à être mise en place alors que les conditions de recours aux groupements tactiques étaient réunies car les Etats européens ne la considéraient pas comme une priorité<sup>288</sup>. Au manque de volonté des Etats s'ajoutent la soumission de son utilisation à une décision du Conseil à l'unanimité des Etats membres, l'existence de problèmes opérationnels de coordination entre les Etats membres, et la question de la répartition des rôles avec la force de réaction rapide de l'OTAN<sup>289</sup>.

**152.** Sur le plan de la politique étrangère, le Conseil européen de décembre 2003 a adopté la "stratégie européenne de sécurité" afin de ne pas reproduire les divisions connues par rapport à la guerre en Irak la même année<sup>290</sup>. Ce texte identifie les principaux défis mondiaux et menaces auxquelles doit faire face l'Union européenne, et fixe les objectifs stratégiques globaux de l'UE. Jean-Louis Falconi, ancien chef du service de la PESC au ministère des affaires étrangères français de 2005 à 2007 devenu représentant au COPS, présente une vision très optimiste de l'évolution de la PESC et de la PESD. S'il reconnaît que *"la crise iraquienne a constitué la première crise d'adolescence de cette politique qui s'est manifestée par une absence et un silence total de l'Europe, faute de pouvoir arrêter une position"*, il estime que *"le "réflexe européen" s'est considérablement développé"*, affirmant qu' *"il n'existe quasiment plus aujourd'hui de crise internationale qui ne soit pas immédiatement évoquée dans l'urgence à Bruxelles afin, d'abord, de connaître et de tester la réaction des partenaires, ensuite de définir une position européenne, puis d'agir au plan diplomatique sur le cours de la crise elle-même et enfin, le cas échéant, d'intervenir sur le terrain par une action de politique européenne de sécurité et de défense (PESD) civile ou militaire"*<sup>291</sup>.

La pratique illustre plutôt une absence de position commune sur les sujets importants. Nous donnerons simplement l'exemple de l'abstention de l'Allemagne au Conseil de sécurité de l'ONU en tant que membre non permanent en 2011 lors du vote sur l'intervention en Libye, alors que le Royaume-Uni et la France ont voté pour et participé à l'intervention.

Il faut toutefois relativiser l'impact de cette absence de politique étrangère commune

---

pp.72-74. Voir pour le recensement de l'ensemble de ces missions jusqu'à présent le site de la représentation française auprès de l'UE : <http://www.rpfrance.eu/spip.php?article768>.

<sup>283</sup> BERMANN (S.) (dir.), *Guide...* (op.cit. note 261), pp.15-16.

<sup>284</sup> GUILLERME (D.) (dir.), *Guide...* (op.cit. note 261), pp.67 et 69.

<sup>285</sup> HENRION (C.), Les groupements tactiques de l'Union européenne, *Note d'Analyse du GRIP*, 18 janvier 2010, p.2 : [http://www.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES\\_ANALYSE/2010/NA\\_2010-01-18\\_FR\\_C-HENRION.pdf](http://www.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES_ANALYSE/2010/NA_2010-01-18_FR_C-HENRION.pdf)

<sup>286</sup> LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire...* (op.cit. note 217), pp.95-96.

<sup>287</sup> Action commune n°2007/677 du Conseil du 15 octobre 2007 relative à l'opération militaire de l'Union européenne en République du Tchad et en République centrafricaine, *JOUE*, n°L 279 du 23.10.2007, p.2.

<sup>288</sup> HENRION (C.), Les groupements tactiques de l'UE, p.5.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p.6.

<sup>290</sup> <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIFR.pdf>. Elle a fait l'objet d'un rapport : Conseil de l'UE, Rapport sur la mise en œuvre de la stratégie européenne de sécurité. Assurer la sécurité dans un monde en mutation, 11 décembre 2008 :

[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressdata/FR/reports/104632.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/FR/reports/104632.pdf).

<sup>291</sup> FALCONI (J.-L.), in : GUILLERME (D.) (dir.), *Guide...* (op.cit. note 261), p.5 et p.7.

réelle. En effet, nous avons vu que la Confédération germanique n'était pas non plus en mesure de mener une politique étrangère autonome par rapport à ses membres et qu'il n'existait pas non plus d'action cohérente internationale de la Confédération américaine.

### 3) *L'absence d'obstacle à la qualification de Fédération de l'Union européenne*

**153.** L'absence d'action en commun dans le cadre de guerres ne visant pas le territoire des Etats membres n'est pas en soi un élément permettant d'exclure la qualification de Fédération dès lors que les Etats membres ne soutiennent pas des camps opposés. Par contre, le maintien de la possibilité pour ses membres de mener une guerre et de conclure des alliances peut constituer une menace pour la Fédération. Or, l'Union européenne n'empêche pas les Etats membres de déclencher une guerre et elle ne limite pas leur pouvoir de conclure des alliances, si bien qu'en théorie ils pourraient se retrouver à soutenir des camps opposés.

Toutefois, il est possible, à l'instar de Jean-Louis Quermonne et Maurice Croisat<sup>292</sup>, d'estimer que l'absence de politique réelle de défense commune au niveau européen n'est pas un obstacle à la qualification de l'UE d'union fédérale car les risques mentionnés sont écartés par l'appartenance à l'OTAN de tous les Etats membres de l'UE qui n'ont pas choisi le statut de neutralité<sup>293</sup>. L'art.5 du Traité de l'Atlantique Nord précise notamment qu'une attaque contre une des parties sera considérée comme visant l'ensemble des parties. Ainsi, ce qu'Olivier Beaud et Sylvie Strudel qualifient de "*claus[e] constitutionnell[e] fédéral[e] par excellence*"<sup>294</sup>, la clause de défense mutuelle en cas d'agression existait déjà indirectement par ce biais entre les Etats membres de la CEE dès sa création. Nous rappellerons en outre l'existence d'une telle clause entre les Etats membres de la CEE/de l'UE qui étaient membres de l'UEO. Enfin, le Traité de Lisbonne a introduit une clause de solidarité militaire entre les Etats membres de l'UE. L'art.42§7 TUE précise en effet qu'"*au cas où un État membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres États membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir*".

**154.** Olivier Beaud soulève toutefois un autre argument à l'encontre de la qualification de l'Union européenne de Fédération. Il "*lui manque [selon lui l']identité politique*". Il parle de "*Fédération inachevée*" estimant que "*la plus grande ambiguïté règne sur les raisons pour lesquelles les peuples d'Europe doivent s'unir et se réunir*" et sur "*la manière dont l'Europe doit se déterminer par rapport au reste du monde, ce qui est le corollaire logique (et inévitable) de tout processus d'identification*"<sup>295</sup>. Olivier Beaud et Sylvie Strudel citent par ailleurs au soutien de cette thèse une députée lettone, qui affirme la primauté de l'indépendance sur la paix et sa plus grande proximité avec les américains qu'avec les européens<sup>296</sup>. A cet égard, Stéphanie Hofmann souligne que les Pays d'Europe centrale et orientale ont évolué d'une tendance à s'allier aux Etats-Unis dans les débats internes à l'OTAN vers une approche plus équilibrée<sup>297</sup>.

<sup>292</sup> CROISAT (M.), QUERMONNE (J.-L.), *L'Europe et le fédéralisme*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1999, p.64.

<sup>293</sup> Finlande, Suède, Autriche, Irlande, Malte et Chypre sont neutres. La Croatie si elle entre comme prévu dans l'UE en juillet 2013 est membre de l'OTAN.

<sup>294</sup> BEAUD (O.), STRUDEL (S.), *Démocratie, fédéralisme et constitution*, in : BEAUD (O.), LECHEVALIER (A.), PERNICE (I.), STRUDEL (S.) (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, 2004, p.32.

<sup>295</sup> BEAUD (O.), *Le projet...*(*op.cit.* note 197), p.103.

<sup>296</sup> Elle indiquait : "*Nous ne vous faisons absolument pas confiance. Pour vous, en Europe de l'ouest, la paix est au-dessus de tout. Pour nous les baltes, il y a quelque chose de plus important que la paix, c'est notre indépendance. Les américains partagent ce sentiment, pas les Européens*" (cité par *Ibid.*, p.32).

<sup>297</sup> Cette position a été notamment résumée en 2007 par Jaap De Hoop, le Secrétaire général de l'OTAN de l'époque, quand il affirme qu' "*il n'y a pas d'acteur civil plus fort que l'UE*" et qu' "*il n'y a pas d'alliance militaire plus forte que l'OTAN*" (cité par : HOFMANN (S.), *Debating strategy in NATO : obstacles to defining a meaningful new strategic concept*, Paris, IFRI, 2008, p.5 : [www.ifri.org/downloads/Hofmann12008.pdf](http://www.ifri.org/downloads/Hofmann12008.pdf)).



Plus largement, il est certes juste de rappeler le principe selon lequel "*toute Fédération ne peut perdurer que si elle est fondée non pas sur le principe de défiance, mais sur le principe de confiance entre Etats*"<sup>298</sup>, mais si le principe de fidélité fédérale s'impose dès le départ dans une Fédération, le sentiment concret de confiance est lié au développement du sentiment d'appartenance qui ne se développe que progressivement.

S'il n'empêche pas la qualification de Fédération, la question de la volonté des Etats membres d'avoir une réelle politique de défense européenne autonome n'en est pas pour autant à négliger dans une perspective de stabilisation de l'Union européenne. A l'égard d'une défense européenne autonome, l'art.17§1 al.3 TUE l'encadre de prime abord en énonçant que la PSDC n'a pas d'impact sur les obligations des Etats membres qui sont également membres de l'OTAN, et est compatible avec la politique menée par cette dernière, ce qui peut limiter la défense d'intérêts propres à l'UE au plan international. Certes, les Etats-Unis reconnaissent respectivement en 1991 et 1994 une "*identité européenne de sécurité et de défense*" ainsi qu'un pilier européen au sein de l'OTAN, et la réforme des commandements donne plus de place aux européens<sup>299</sup>. Concernant son développement, outre que beaucoup d'Etat membres n'investissent pas dans la défense, la vision d'une Europe de la défense permettant de véritables actions militaires d'ampleur notamment défendue par la France fait face au Royaume-Uni, au Danemark et aux Pays-Bas qui poussent pour une division du travail entre une UE assumant la gestion de crises de faible intensité et une OTAN s'occupant des crises importantes<sup>300</sup>.

### **C. L'unification économique, motif alternatif à la fondation d'une Fédération**

**155.** Si une défense commune autonome était absente des buts originels de la CEE et reste encore à construire au sein de l'UE, les auteurs des traités européens ont donné comme objectif la mise en place d'un marché commun conçu au service de la garantie de la paix, de l'union politique entre les peuples des Etats membres de la CEE selon le principe de Spill over<sup>301</sup>.

Schmitt considère certes qu'une union économique ne peut constituer une Fédération car il lui manque le caractère existentiel et que "*si une association économique (par exemple une union douanière) avait pour conséquence une communauté politique, c'est justement le politique qui deviendrait le facteur décisif, et à la place de relations particulières régies par un traité on verrait s'installer une association plus large portant sur l'existence de l'Etat*"<sup>302</sup>. Mais, *a contrario*, Murray Forsyth ne voit pas dans la défense commune le critère essentiel de la nature politique du pacte conclu, mais dans le développement d'une identité commune permettant clairement une différenciation avec les Etats tiers à cette union. Il poursuit qu'une union économique peut voir se développer une telle identité si elle est basée sur "*une préférence systématique*" des "*inclus (insiders)*" par rapport aux "*exclus (outsiders)*"<sup>303</sup>. Nous rejoignons ce point de vue et notons à cet égard que le commerce a toujours joué un rôle important de pacification et de stabilisation des Fédérations (1). Par ailleurs, sa contribution à l'unification fédérale est illustrée au XIX<sup>e</sup> siècle par le rôle joué par la Zollverein (union douanière) dans l'unification allemande (2). Enfin, il faut noter que le contexte mondial a évolué par rapport aux unions fédérales allemande, suisse et américaine étudiées, si bien que l'unification économique

<sup>298</sup> BEAUD (O.), Le projet...(*op.cit.* note 197), p.32.

<sup>299</sup> PASCALON (P.), L'évolution de l'OTAN, mars 2009, p.6 :

[http://www.iris-france.org/docs/pdf/forum/2009\\_03\\_20\\_otan.pdf](http://www.iris-france.org/docs/pdf/forum/2009_03_20_otan.pdf).

<sup>300</sup> HOFMANN (S.), Debating...(*op.cit.* note 297), p.5.

<sup>301</sup> Voir : ROLAND (S.), *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, thèse, 2006, pp.82-83. Ces thèses ont été développées par David MITRANY (The prospect of integration. federal or functional, *JCMS*, 1965-66, vol.4 n°2, pp.119-145) et appliquées à la construction européenne notamment par Ernest HAAS (The *Uniting of Europe*, Londres, Stevens Sons Ltd, 1958, 552 p.).

<sup>302</sup> SCHMITT (C.), *Théorie*...(*op.cit.* note 52), p.511.

<sup>303</sup> FORSYTH (M.), *Unions of States. The theory and practice of confederation*, New York, Leicester University Press, Holmes & Meier publishers, 1981, p.37.

peut apparaître comme un objectif plus susceptible de justifier les unions fédérales contemporaines (3).

### **1) Le commerce, facteur de pacification et de stabilisation des Fédérations**

**156.** Le commerce a toujours joué un rôle important dans la stabilité des Fédérations. L'inclusion dans le pacte fédératif d'une compétence fédérale visant à faciliter le commerce entre les Etats membres est en effet un moyen de favoriser la paix sociale<sup>304</sup>.

Olivier Beaud souligne cette importance de la dimension économique de la Fédération à l'aune de la Confédération américaine. Il rappelle que si l'art.IV§1 des Articles de la Confédération "*jette les bases d'un marché commun*" en posant la liberté de circulation des ressortissants des Etats membres ainsi que l'interdiction pour un Etat membre de taxer les marchandises provenant des autres Etats membres<sup>305</sup>. Il ajoute toutefois que l'absence de gouvernement fédéral n'a pas permis la réalisation de ce marché et les oppositions d'intérêts ont grandi entre les Etats. La Convention de Philadelphie avait ainsi notamment pour objectif de mettre fin aux conflits commerciaux entre les Etats membres qui avaient atteint un niveau tel qu'ils menaçaient le maintien de l'Union américaine<sup>306</sup>. Il faut, dans ce contexte, souligner l'importance de l'inclusion de la clause du commerce entre Etats dans la Constitution de 1787 qui confère un pouvoir de réglementation au Congrès pour soutenir la création d'un marché commun<sup>307</sup>.

De même dans le cas suisse, Denis de Rougemont note qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle "*incapables de s'entendre sur aucune mesure commune, les cantons multipliaient les mesures offensives les uns à l'égard des autres*" et que "*le commerce étranger qui rencontrait autant de barrières douanières que de frontières cantonales, se détournait bientôt du territoire helvétique, quitte à emprunter des itinéraires plus longs, mais moins coûteux*"<sup>308</sup>.

### **2) La contribution de la Zollverein à l'unification allemande**

**157.** Un professeur d'économie à l'Université de Tübingen, Friedrich List, avait dès 1819 proposé à la Diète de la Confédération germanique d'abolir les droits de douanes intérieurs pour permettre un développement industriel et d'établir des droits de douanes communs extérieurs afin de faire face à la concurrence des Etats tiers. Une union douanière ne devait pas selon lui avoir pour seul effet de renforcer les échanges de biens ; l'existence d'un tarif douanier commun devait également jouer un rôle d'intégration en tant que symbole d'appartenance à une même entité politique<sup>309</sup>. Il écrit en 1846 que "*l'unification commerciale et l'unification politique sont des sœurs jumelles*", que "*l'une ne peut naître sans que l'autre suive*"<sup>310</sup>. La concrétisation des idées de List est opérée par Friedrich Christian von Motz, ministre des finances prussien qui affirme que "*si c'est une vérité scientifique que les droits de douanes sont uniquement la conséquence de séparation politique entre différents Etats, il doit être aussi vrai que l'unification de ces Etats dans une association douanière et commerciale conduit en même*

---

<sup>304</sup> Voir en ce sens le plaidoyer d'HAMILTON (n°XXII, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (op.cit. note 216), pp.165-167), le but étant même, au début de l'application de la Constitution, de garantir l'indépendance américaine face au risque d'utilisation par la Grande Bretagne des luttes commerciales internes.

<sup>305</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(op.cit. note 15), pp.302-305. Voir aussi sur le versant économique dans l'union fédérale Suisse : *Ibid.*, pp.306-309.

<sup>306</sup> Souligné notamment dans : ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p.175.

<sup>307</sup> Cf. Partie II, chap.I sect.I §2 B 2) pour une présentation de cette clause.

<sup>308</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération...*(op.cit. note 82), p.69.

<sup>309</sup> KUSCHNICK (M.), *Integration...*(op.cit. note 24), p.28.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p.28 note 141.



*temps aussi à l'unification dans un seul et même système politique*"<sup>311</sup>.

**158.** Un élargissement du but de la Confédération germanique à la facilitation du commerce et du transport était possible sur la base de l'art.19 de l'Acte de 1815. Toutefois, l'union douanière allemande ne s'est pas faite dans ce cadre en raison de l'opposition entre la position protectionniste autrichienne et celle libre-échangiste de la Prusse<sup>312</sup>.

Il existait avant cette union un accord entre les Etats allemands Centraux et du Sud, mais ses parties l'ont peu à peu abandonné<sup>313</sup>. La Hesse tout d'abord, qui conclut un traité de commerce avec la Prusse en 1828. Puis les Etats allemands du Sud qui rejoignent ce traité en 1829. Ces derniers, bien qu'étant politiquement plutôt proches de l'Autriche, s'en désolidarisent à cet égard au nom de leur intérêt économique. Il subsistait toutefois encore deux systèmes d'union douanière entre la Prusse et la Hesse d'une part, et entre la Bavière et le Wurtemberg d'autre part. Il faut attendre 1833 pour que soit conclu un traité fondant la "Deutscher Zollverein" (union douanière allemande)<sup>314</sup>. Mise en place au départ pour huit ans renouvelable pour douze ans en l'absence d'opposition, elle existera jusqu'en 1919.

**159.** Cette union douanière a produit une unité économique qui a contribué à faciliter l'unification politique allemande. Un poème sur le Zollverein le résume en affirmant que le lien des intérêts matériels a plus lié "*que [la] confédération dans les cœurs*"<sup>315</sup>. Cette union est un succès car elle profite financièrement aux Etats membres, et l'interdépendance créée conduit bientôt à une impossibilité matérielle d'y mettre fin<sup>316</sup>. Ernst Rudolf Huber note que la Zollverein se révéla plus stable que beaucoup de Confédérations<sup>317</sup>. A l'aune de cette expérience, il estime que l'existence d'une compétence de défense commune n'est pas nécessaire à la qualification d'union fédérale, même s'il exclut une telle qualification dans le cas même de la Zollverein.

### **3) Un objectif adapté aux unions fédérales modernes**

**160.** Le monde d'après 1945 n'est plus celui de la mise en place des Fédérations américaine, suisse et allemande. Au-delà de son rôle pacificateur, le commerce a vu son importance renforcée dans l'affirmation de la puissance d'une entité politique si bien que l'unification économique apparaît comme une motivation essentielle des unions fédérales modernes.

Nous renverrons tout d'abord en ce sens à Rolf Langhammer qui considère l'enchevêtrement économique des Etats membres de l'Union européenne comme le substitut à la défense commune qui pouvait exister dans les unions fédérales classiques<sup>318</sup>. De même, Anton Greber refuse de voir dans la possession du *jus belli* un critère de définition de la Fédération<sup>319</sup>. Il souligne ainsi que "*si d'un point de vue historique les Fédérations (Bünde) ont été conclues pour des buts de sécurité, ils peuvent aussi servir d'autres buts*", et relève que "*l'exemple européen montre que la mise en place d'un espace pacifié (Friedensordnung) par la*

<sup>311</sup> Cité par *Ibid.*, p.29 note 1440 et par HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.I*, 1990, p.813.

<sup>312</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 37), p.138.

<sup>313</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.II*, p.285.

<sup>314</sup> Voir pour l'organisation et le fonctionnement de la Zollverein : *Ibid.*, pp.292-300 ; BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 37), pp.139-142 ;

<sup>315</sup> KUSCHNICK (M.), *Integration...*(*op.cit.* note 24), p.31 et note 158.

<sup>316</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 8), *Bd.II*, p.282.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p.301.

<sup>318</sup> LANGHAMMER (R.), *Alternative Integrationskonzepte : Theoretische Begründung, empirische Befunde und pragmatische Implikationen*, in : CASSEL (D.), WELFENS (P.) (Hrsg.), *Regionale Integration und Osterweiterung der Europäischen Union*, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003, p.252.

<sup>319</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 58), p.187.



*coopération économique et politique peut être aussi un but*<sup>320</sup>.

Nous citerons enfin dans le même sens Murray Forsyth qui relève que les unions fédérales modernes se distinguent des unions fédérales plus anciennes par "*l'importance relative de la motivation et de la teneur économiques de l'association*", expliquant que cela correspond à "*la vaste expansion du facteur économique dans le monde depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle*"<sup>321</sup>. En effet, désormais les unions fédérales "*exercent une action dans des domaines très complexes de régulation économique inconnues avant la révolution industrielle et la révolution technologique plus récente*"<sup>322</sup>. Murray Forsyth souligne notamment comme motivation politique sous-jacente de la volonté d'"*obtenir les dimensions et la force requises afin d'exercer un plus grand rôle dans la détermination du cadre et de la structure des échanges, des paiements et de la sécurité mondiaux, donc pour dépendre moins de la volonté de tiers*"<sup>323</sup>. Si une telle motivation n'était pas celle des auteurs du traité CEE qui visaient la garantie de la paix et le renforcement de l'union politique entre les Etats par le biais de l'unification économique, elle joue bien à l'heure actuelle un rôle central pour les Etats membres. La Cour constitutionnelle tchèque l'illustre dans sa première décision sur la constitutionnalité du Traité de Lisbonne. Elle y indique la nécessité de coopération internationale dans un processus d'intégration économique mondial qui influence d'autres domaines comme la culture et le droit, et relève à cet égard le rôle protecteur joué par l'Union européenne<sup>324</sup>. Elle ajoute qu'il est important que cette Union soit forte dans le contexte de compétition internationale en l'absence de structuration institutionnelle au niveau international<sup>325</sup>. Enfin elle conclut que, d'une certaine manière, l'UE renforce la souveraineté des Etats car "*vue d'une façon pragmatique, l'UE est un instrument des citoyens et de leurs Etats pour surmonter les défis auxquels les Etats ne peuvent faire face individuellement*"<sup>326</sup>.

**161.** À l'instar d'Henry Lesguillons<sup>327</sup>, si nous considérons que le traité CEE conclu en 1957 peut être qualifié de pacte fédératif eu égard à la globalité de l'unification économique visée, nous écartons une telle qualification pour le traité CECA car il ne concerne que des domaines d'activités économiques limités.

## **§2. L'autonomie financière, simple facteur de stabilisation de la Fédération**

**162.** Tout comme l'absence de véritable défense commune européenne, la faible autonomie financière n'est pas selon nous un obstacle à la qualification de Fédération de l'Union européenne. Elle doit néanmoins être développée afin de lui permettre de renforcer sa stabilité.

A cet égard, plusieurs systèmes de financement sont possibles. Les actions fédérales peuvent être tout d'abord financées par des contributions des Etats. Une compétence concurrente peut ensuite être posée habilitant les deux niveaux à prélever les mêmes types d'impôts. On peut en outre envisager une répartition de la compétence selon les impôts, chaque niveau ayant le pouvoir de prélever exclusivement tel type d'impôt. Enfin, des systèmes combinant ces possibilités sont envisageables. Une partie des impôts peut ainsi par exemple relever exclusivement de chaque niveau tandis qu'une autre fait l'objet de compétences concurrentes.

Comme le relève Ernst Rudolf Huber, la contribution des Etats a tendance à favoriser le poids des Etats, le versement d'une quote-part des impôts par le niveau fédéral aux Etats membres une tendance unitaire, là où la répartition des finances soutient un équilibre entre les

---

<sup>320</sup> *Ibid.*, p.182. Voir aussi en ce sens : KENNTNER (M.), *Justitiabler Föderalismus : zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p.212.

<sup>321</sup> FORSYTH (M.), *Vers un nouveau concept de confédération*, p.64.

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> *Ibid.*

<sup>324</sup> Pl. ÚS 19/08 (pt.111-112).

<sup>325</sup> *Ibid.*, pt.115.

<sup>326</sup> *Ibid.*

<sup>327</sup> LESGUILLONS (H.), *L'application...* (*op.cit.* note 70), p.2.

deux niveaux<sup>328</sup>.

Si des moyens limités n'empêchent pas la qualification de pacte fédératif, la stabilisation de la Fédération implique de les adapter à ses besoins. De même si l'autonomie financière n'est pas une condition préalable générale, la diversification des compétences du niveau fédéral en fait une condition de stabilisation de la Fédération. C'est ce que nous permet de conclure l'étude des expériences allemande, suisse et américaine. Elles nous donnent en outre des pistes pour l'évolution financière de l'Union européenne (B) par rapport au contexte actuel (A).

## **A. Le contexte financier de l'Union européenne**

### ***1) Un budget restreint et une autonomie financière à construire***

**163.** De l'entrée en vigueur du Traité CEE à 1970, la CEE a été financée par des contributions nationales au sens strict<sup>329</sup>. Ce système des contributions était considéré comme transitoire. L'art.201 CEE prévoyait en effet dès l'origine que "*le budget est, sans préjudice des autres recettes, intégralement financé par des ressources propres*" et fournissait en même temps une base juridique pour l'adoption de telles ressources. Cette disposition précise qu'une telle décision est adoptée sur proposition de la Commission par le Conseil à l'unanimité, mais n'entre en vigueur qu'après ratification par l'ensemble des Etats membres selon leur procédure constitutionnelle nationale.

En 1965, la tentative de transférer les prélèvements agricoles, droits de douanes issus du tarif douanier commun et cotisations à la production et au stockage du sucre et de l'isoglucose comme ressources propres européennes est l'une des causes à l'origine du déclenchement de la crise de la chaise vide de la France au Conseil. Finalement, la décision "ressources propres" du Conseil du 21 avril 1970<sup>330</sup> opère ce transfert et crée en outre une autre ressource propre pour permettre un financement du budget européen se passant des contributions étatiques. Cette dernière est constituée d'une part des recettes des Etats provenant de la TVA qui ne peut selon l'art.4 de la décision dépasser 1% d'une assiette uniforme établie dans le but de ce versement. Elle ne sera toutefois effective qu'en 1979<sup>331</sup>. Malgré une augmentation du taux de la ressource TVA à 1,4% en 1985<sup>332</sup>, les besoins de la Communauté conduisent à la création d'une nouvelle ressource par une décision du Conseil du 24 juin 1988<sup>333</sup>. Elle était calculée sur la base du produit national brut (PNB) de chaque Etat membre, remplacé depuis 2002 par le concept de revenu national brut (RNB)<sup>334</sup>, avec un plafond fixé à 1,14% du PNB/ 1,24 % du RNB total des

<sup>328</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 8), *Bd.III*, p.950.

<sup>329</sup> On emploie une telle expression car les "ressources propres" qui vont les remplacer s'apparentent pour l'essentiel d'entre elles à des contributions étatiques. Pour une présentation rapide de l'historique des recettes des Communautés européennes et de l'UE : PARLEMENT EUROPEEN, Document de travail n°1 sur les ressources propres des Communautés européennes, in : PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur l'avenir des ressources propres de l'Union européenne (rapporteur LAMASSOURE (A.)) [2006/2205(INI)], pp.20-23. Pour une présentation plus détaillée de l'évolution jusqu'en 2009 : cf. COMMISSION EUROPEENNE, *Les finances publiques de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> éd., OPOCE, 2009, pp.11-124.

<sup>330</sup> Décision du Conseil n°70/243 du 21 avril 1970 relative au système des ressources propres des Communautés européennes, *JOCE*, n°L 94 du 28 avril 1970, p.19 ("1<sup>ère</sup> décision ressources propres").

<sup>331</sup> L'harmonisation des assiettes n'a eu lieu qu'avec la transposition en janvier 1979 de la directive n°77/388 du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme.

<sup>332</sup> Décision du Conseil n°85/257 du 7 mai 1985 relative au système des ressources propres des Communautés européennes, *JOCE*, n°L 128 du 14 mai 1985, p.15 ("2<sup>e</sup> décision ressources propres").

<sup>333</sup> Décision ressource propre du Conseil n°88/376 du 24 juin 1988 relative au système des ressources propres des Communautés européennes, *JOCE*, n°L 185 du 15 juillet 1988, p.24 ("3<sup>e</sup> décision ressources propres").

<sup>334</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Document de travail n°1... (op.cit. note 329), p.23 note 1.

États membres. Cette ressource est "résiduelle" au sens où elle est fixée pour permettre d'assurer que le niveau de recette corresponde au niveau des dépenses, écartant tout problème de financement du budget européen<sup>335</sup>.

La part de ces différentes ressources a évolué, toutes dans le sens d'une diminution, sauf pour celle fondée sur le RNB<sup>336</sup>. Les prélèvements agricoles, symbole du système de préférence communautaire, ont été modifiés suite à l'Uruguay round en taux fixes pour répondre aux exigences des accords conclus au sein du GATT puis de l'OMC, et ils sont tout comme les droits de douanes destinés à diminuer peu à peu conformément à la tendance au sein de l'OMC. La décision "ressources propres" du Conseil du 7 juin 2007 tire d'ailleurs la conséquence du rapprochement du système des droits agricoles et droits de douane au point 6 de son préambule en abolissant la distinction entre eux<sup>337</sup>. La part de la TVA connaît également une diminution constante au profit de la ressource RNB qui a l'avantage de permettre une adaptation au niveau de richesse de l'Etat membre. La décision "ressources propres" du Conseil du 29 septembre 2000<sup>338</sup> fait passer le taux maximal de la ressource TVA à 0,75% dès 2002, puis 0,5% en 2004, et l'art.2§4 de la décision "ressources propres" de 2007 la réduit à 0,3%.

Il est enfin à noter que l'Union européenne dispose de recettes complémentaires variables provenant notamment des impôts sur les traitements et cotisations au régime de pension des personnes travaillant auprès des institutions et autres organismes de l'UE, des amendes perçues en violation des règles de concurrence européenne par les entreprises,...<sup>339</sup>. Y sont également incluses des recettes provenant d'opérations communautaires d'emprunts et de prêts<sup>340</sup>. Il ne faut toutefois pas se méprendre, ce pouvoir ne peut être considéré à l'aune des exemples nationaux car l'art.310§1 TFUE (268§1 CE ; 199§2 CEE) précise que le budget doit être équilibré en recettes et en dépenses. Enfin, les contributions des Etats comprises au sens strict, n'ont pas totalement disparu. Elles ont pu tout d'abord être réutilisées ponctuellement afin de faire face aux besoins financiers qui n'étaient pas couverts par les recettes existantes, dans l'attente d'une décision du Conseil qui allait fonder la 4<sup>e</sup> ressource propre.<sup>341</sup> Au-delà, ces contributions au sens strict demeurent dans les domaines qui ne sont pas intégrés au budget de l'UE. Ainsi en est-il de la coopération par le biais du fonds européen de développement. Ce dernier fait l'objet d'un "*financement non budgétisé*", en dépit des demandes de la Commission et du Parlement européen, et tous les cinq ans un accord de partenariat est signé avec les bénéficiaires<sup>342</sup>.

<sup>335</sup> En ce sens : cf. BREHON (N.-J.), L'impôt européen, in : LEFEBVRE (M.) (dir.), *Quel budget européen à l'horizon 2013 ? Moyens et politiques d'une Union élargie*, Paris, Ifri, 2004, p.162 note 4.

<sup>336</sup> Voir pour un tableau récapitulatif l'évolution respective des parts des ressources depuis 1996 : COMMISSION EUROPEENNE, Le financement de l'Union européenne Rapport sur le fonctionnement du système des ressources propres, COM(2004) 505 final, 14 juillet 2004, p.3.

<sup>337</sup> Décision du Conseil n°2007/436 relative au système des ressources propres des Communautés européennes, *JOUE*, n°L 163 du 23.6.2007, p.17. ("6<sup>e</sup> décision ressources propres"). Son article 1 I a) précise le contenu exact de ces recettes.

<sup>338</sup> Décision du Conseil du 29 septembre 2000 relative au système des ressources propres des Communautés européennes, *JOUE*, n° L 253 du 07/10/2000, p.42 ("5<sup>e</sup> décision ressources propres").

<sup>339</sup> Pour des précisions : cf. COMMISSION EUROPEENNE, Les finances...(*op.cit.* note 329), p.261.

<sup>340</sup> *Ibid.*, pp.385-398. Voir *infra* pour des précisions sur ces opérations.

<sup>341</sup> Jean-Paul JACQUE cite à cet égard les conclusions de l'avocat général Mischo, rendues dans le cadre d'un recours en carence introduit par le Parlement à l'encontre du Conseil pour absence de présentation d'un projet de budget, dans lesquelles l'article 5 CEE posant le principe de coopération loyale est lu comme imposant "*une obligation aux membres d'accorder des avances à la Communauté chaque fois que cela s'avère nécessaire afin que le projet de budget puisse être adopté à temps, et sans attendre que le sort futur des finances de la Communauté soit fixé par une décision à longue portée*" (Conclusions sous l'arrêt du 12 juillet 1988, *Parlement c/ Conseil*, aff. 377/87, *Rec.* p.4017, citées in : *Droit institutionnel de l'UE*, p.203).

<sup>342</sup> ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union Européenne*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2006, p.158. Voir pour des détails : COMMISSION EUROPEENNE, Les finances...(*op.cit.* note 329), pp.399-405.

**164.** Les prélèvements agricoles, les droits de douane issus du tarif douanier commun et les cotisations à la production et au stockage du sucre et de l'isoglucose sont bien des ressources propres au sens strict, d'où leur nom de "ressources propres par nature". Par contre, les ressources propres essentielles, fondées pour l'une sur un taux de TVA artificiel unique pour tous les Etats membres et pour l'autre sur le RNB<sup>343</sup>, sont de simples prélèvements sur des ressources fiscales nationales et sont donc équivalentes à des contributions étatiques<sup>344</sup>. Or comme elles sont calculées dans les budgets des Etats, elles sont considérées comme des dépenses étatiques<sup>345</sup>. Cela conduit les Etats à rechercher une forme de retour sur investissement ne tenant compte que des fonds directement récupérés par l'Etat sans que l'apport global des politiques et actions menées au niveau européen soit pris en compte<sup>346</sup>. La Commission critique notamment une telle "*approche comptable étriquée*" des Etats membres qui recherchent à "*maximiser le rendement financier du budget de l'UE*"<sup>347</sup>. Les Etats se répartissent en raison de ce système en contributeurs nets et bénéficiaires nets, les premiers empêchant toute augmentation du budget européen. On en trouve notamment une illustration par la lettre des six principaux contributeurs nets du 15 décembre 2003 indiquant que les perspectives financières 2007-2013 devraient prévoir des dépenses ne dépassant pas 1% du RNB des Etats membres<sup>348</sup>. Par ailleurs, comme le note Stefan Collignon, ce système a pour conséquence que plus un Etat accepte une participation élevée afin de permettre une redistribution des ressources au niveau européen, plus sa situation sera fragilisée en cas de crise, et plus il sera susceptible de faire l'objet d'une procédure de constat de déficit excessif<sup>349</sup>.

Plusieurs mécanismes de correction portant sur les ressources RNB et TVA ont été mis en place au fur et à mesure des décisions "ressources propres" sous pression des contributeurs nets. La première et la plus importante est celle dite du "rabais britannique". Elle a été décidée par le Conseil européen de Fontainebleau de 1984 et mise en place par la décision "ressources propres" de 1985, le Royaume-Uni bénéficiant de peu de subventions agricoles en raison de la faiblesse du secteur tout en contribuant fortement au budget de la Communauté par la ressource TVA. Il obtient de se voir rembourser 66 % de la différence entre ce qu'il paie au budget de l'UE en dehors des ressources propres traditionnelles et ce qu'il reçoit du budget<sup>350</sup>. Il existe ensuite un mécanisme, dit de "rabais sur le rabais", qui permet à l'Allemagne de 1985 à 2000 de participer au financement du rabais britannique aux 2/3 de ce qu'une répartition mécanique aurait entraîné, puis à partir de 2001 à l'Allemagne, aux Pays-Bas, à l'Autriche et à la Suède de voir diminuer cette même participation à 1/4<sup>351</sup>. La décision "ressources propres" de 2007 précise en son art.2§5 que la Suède et les Pays-Bas bénéficient pour la période 2007-2013 d'une réduction brute de leur contribution annuelle fondée sur le RNB, après calcul du rabais britannique. L'art.2§4 précise qu'un taux de TVA réduit pour l'Allemagne (0,15%), l'Autriche

<sup>343</sup> Respectivement 15% et 70% en moyenne pour la période 2007-2013.

<sup>344</sup> Voir en ce sens : BREHON (N.-J.), *L'impôt...*(*op.cit.* note 335), pp.163-164. PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 29 mars 2007 sur l'avenir des ressources propres de l'Union européenne, pts.1 et 2 ; COMMISSION EUROPEENNE, Un budget pour la stratégie Europe 2020, COM(2011) 500 final, partie I, 29 juin 2011, p.6.

<sup>345</sup> En ce sens critique : PARLEMENT EUROPEEN, *Ibid.*, pts.1 et 2 ; COM(2011) 500 final, partie I, p.6.

<sup>346</sup> En ce sens : PARLEMENT EUROPEEN, *Ibid.* ; COM(2004) 505 final, 14 juillet 2004, p.9.

<sup>347</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Financer le budget de l'UE : rapport sur le fonctionnement du système des ressources propres, SEC(2011) 876 final, 29 juin 2011, p.3.

<sup>348</sup> Cité par : Document de travail n°2 sur les ressources propres des Communautés européennes, p.27.

<sup>349</sup> COLLIGNON (S.), Le fédéralisme budgétaire dans la zone euro, in : LEFEBVRE (M.) (dir.), *Quel budget...*(*op.cit.* note 335), p.146. Voir le tableau qui montre l'impact des contributions nettes sur le déficit budgétaire en 2002, et les efforts supplémentaires qui découlaient pour les Etats concernés pour remplir les critères : *Ibid.*, p.153.

<sup>350</sup> art.3 de la "2<sup>e</sup> décision ressources propres".

<sup>351</sup> "2<sup>e</sup> décision ressources propres", art.3§3 c) ; "5<sup>e</sup> décision ressources propres",§14 du préambule.



(0,225%), la Suède et les Pays-Bas (0,10%) est appliqué pendant la période 2007-2013. Plus généralement, l'ensemble des Etats membres bénéficie d'un "écrêtement de l'assiette TVA", celle-ci ne pouvant être supérieure à 50 % de son RNB<sup>352</sup>.

Les recettes du budget ont encore été réduites par un autre facteur. L'art.3 de la décision du Conseil n°70/243 prévoyait que 10% des prélèvements agricoles et des droits de douane seraient conservés par les Etats pour couvrir leurs frais de perception. Mais l'art.2§3 de la décision "ressources propres" du Conseil de 2000 fait passer cette indemnité à 25%. La Commission indique qu'il s'agit en pratique d'un mécanisme de correction caché étant donné que les sommes ainsi conservées dépassent les frais de perception, même si aucune étude n'a jamais été faite pour déterminer précisément leur niveau<sup>353</sup>. D'autres mécanismes de correction existent. Leur nombre a fortement augmenté, atteignant une complexité ubuesque<sup>354</sup>.

**165.** La Commission critique par ailleurs vivement le système de financement actuel pour sa complexité, le manque de transparence qui en résulte<sup>355</sup>. Le Parlement ajoute qu'il semble illogique du point de vue de la responsabilité politique et de la cohérence que les parlements nationaux fixent les recettes de l'UE en déterminant les politiques fiscales nationales alors que ce sont le Conseil et le Parlement européen qui sont en charge de voter les dépenses de l'UE<sup>356</sup>.

**166.** Si la Commission indique dans un document de travail de juin 2011 se satisfaire globalement du niveau du budget, considérant qu'il "*permet un financement suffisant et stable de l'UE*", se contentant d'une légère augmentation de 5% et d'extraire certaines dépenses du budget dans sa communication "un budget pour la stratégie Europe 2020" du 29 juin 2011<sup>357</sup>, le Parlement européen critique une telle limitation. Il relève en effet que le budget européen a uniquement augmenté de 8,2% au cours de la période de 1996 à 2002 alors que les budgets nationaux ont connu dans la même période une hausse de 22,9% et que l'UE a dû prendre en charge de plus en plus de politiques<sup>358</sup>.

**167.** La Commission souligne dans un document de travail de juin 2011 que les critiques concernant le système sont assez largement partagées, mais poursuit qu'il ne faut pas s'attendre à des avancées importantes à court terme notamment en raison du contexte de crise<sup>359</sup>.

## ***2) La nécessité d'augmentation des moyens financiers d'action de l'Union européenne***

**168.** Christophe Heckly et Eric Oberkampff écrivaient en 1994 que "*le caractère fédéral incomplet – parce que limité aux seuls aspects économiques de l'intégration – de l'Union européenne ressort clairement lorsque l'on aborde la ventilation des dépenses budgétaires de l'ensemble des institutions communautaires*"<sup>360</sup>. Ils relevaient que l'Union européenne n'avait

<sup>352</sup> SEC(2011) 876 final, p.11.

<sup>353</sup> SEC(2011) 876 final, p.15 et p.17.

<sup>354</sup> La Commission énumère l'ensemble des exceptions prévues par le Conseil européen de décembre 2005 concernant les dépenses et recettes du budget permettant aux Etats de récupérer plus d'argent que l'application sans exception du budget le permettrait (SEC(2011) 876 final, annexe 2, pp.25-26).

<sup>355</sup> SEC(2011) 876 final, p.3.

<sup>356</sup> Document de travail n°2 sur les ressources propres des Communautés européennes, in : Rapport sur l'avenir des ressources propres de l'Union européenne (2006/2205(INI)), p.31. Voir aussi dans le même sens : BREHON (N.-J.), *L'impôt... (op.cit. note 335)*, p.168.

<sup>357</sup> COM(2011) 500 final, p.5.

<sup>358</sup> Document de travail n°2 sur les ressources propres des Communautés européennes, (2006/2205(INI)), p.28.

<sup>359</sup> La Commission le souligne en indiquant que les avis des Etats concernant la consultation publique pour la réforme budgétaire ont changé du fait de la crise, revenant notamment sur une approche plus ouverte à des évolutions vers plus d'autonomie financière : SEC(2011) 876 final, pp.19-20.

<sup>360</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*,



pas compétence ou de façon limitée pour la défense, l'éducation, la justice, l'ordre public qui sont des postes budgétaires importants dans les Etats fédéraux<sup>361</sup>. De même, Alain Lamassoure soulignait dans un rapport de 2002 sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres que "*le décalage qui existe ainsi entre l'existence de compétences normatives et l'absence de pouvoirs financiers correspondants singularise le système communautaire par rapport aux systèmes fédéraux*"<sup>362</sup>.

A titre de comparaison, la Cour constitutionnelle allemande a énoncé que les "*Länder et le Bund ne sont en mesure de développer leur propre nature étatique (eigene Staatlichkeit) que sur la base d'une capacité financière suffisante*"<sup>363</sup>. De même, parlant des Etats fédérés, le juge Marshall indique que "*le pouvoir fiscal est essentiel à leur existence*"<sup>364</sup>.

Certes, l'UE n'est pas un Etat fédéral et l'élément financier doit être replacé dans la réflexion en termes plus généraux d'équilibre entre le niveau fédéral et fédéré, et il n'est pas possible de comparer directement les budgets des Etats fédéraux qui varient généralement entre 15 et 20 % du RNB fédéral<sup>365</sup> et les 1,24% du RNB posés comme limite du budget dans l'UE. Toutefois, si l'autonomie financière n'est pas un préalable à la qualification de la Fédération, il demeure que le processus d'institutionnalisation découlant des effets du pacte fédératif implique son développement et la mise en place de ressources réellement autonomes de financement. Comme nous l'avons vu avec les exemples américain, allemand et suisse, le système de contribution étatique crée toujours des problèmes. Même si dans le cas de l'UE les Etats versent bien leur part au budget, il ne faut pas oublier la recherche d'intérêts à court terme pour l'Etat, les longues négociations visant à limiter au maximum le budget global et la participation de chacun. Or comme le note Jean-Thomas Nordmann, "*si l'Union européenne doit prendre en charge des compétences plus grandes, il ne suffit pas d'inscrire cette extension dans un traité; il faut aussi en assurer la traduction budgétaire en prévoyant les financements correspondants*"<sup>366</sup>.

Cette nécessité est confirmée si l'on se réfère à la théorie du fédéralisme budgétaire qui a été développée à partir des années 1950 par des économistes<sup>367</sup> (a). En dehors des amorces d'évolution en la matière, notamment dans le cadre de la zone euro, il est intéressant de se pencher sur les réflexions en matière d'évolution des finances européennes (b).

### a) Les exigences déduites de la théorie du fédéralisme budgétaire

**169.** Cette théorie distingue trois fonctions du budget fédéral. Tout d'abord la fonction d'allocation qui correspond à une fourniture optimisée de biens et services publics. Ensuite la

---

Paris, l'Harmattan, 1994, p.29.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p.8.

<sup>362</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (rapporteur : LAMASSOURE (A.), 24 avril 2002 (2001/2024(INI) (cité par : CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), La Question des Compétences Communautaires : Vues d'Allemagne et de France, Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), Berlin, Notre Europe, Paris, juillet 2002, p.16).

<sup>363</sup> BVerfGE 72, 330 (2e sénat 24 juin 1986 *Finanzausgleich I*) (pt.179).

<sup>364</sup> *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824), (ZOLLER (E.), *Grands arrêts...*(*op.cit.* note 306), p.188).

<sup>365</sup> ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 716), p.156.

<sup>366</sup> NORDMANN (J.-T.), préface, in : HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 360), p.7.

<sup>367</sup> BARBIER-GAUCHARD (A.), Les questions budgétaires dans l'Union Européenne : Enjeux et perspectives du fédéralisme budgétaire, Laboratoire d'Economie d'Orléans, Document de Recherche, juillet 2005, p.5. L'auteur renvoie à deux ouvrages : MUSGRAVE (R.), *The theory of public finance : a study in public economy*, New York, Mac Graw Hill, 1959, 628 p. ; OATES (W.), *Fiscal federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, 256 p. Voir aussi pour une étude approfondie du systèmes financier européen : BARBIER-GAUCHARD (A.), *Intégration budgétaire européenne : enjeux et perspectives pour les finances publiques européennes*, Bruxelles, De Boeck, 2008, 181 p. ; POTTEAU (A.), *Recherches sur l'autonomie financière de l'Union européenne*, Dalloz, 2004, 722 p.



fonction de redistribution qui vise à lutter contre les inégalités dans la répartition des revenus. Enfin la fonction de stabilisation de l'économie au sein de l'union fédérale qui a pour but de lutter contre l'inflation, favoriser l'emploi, la croissance,... Elle permet de lutter contre les chocs asymétriques par des transferts entre régions, et contre les chocs symétriques, touchant tous les Etats de la même façon, par un recours à l'emprunt dans le but de relancer l'économie<sup>368</sup>.

Si la part des différentes fonctions jouées par le budget fédéral varie, Stefan Collignon indique que cette théorie a mis "*l'accent sur l'augmentation de bien-être résultant de la centralisation des fonctions stabilisatrice et redistributive des finances publiques, et de la décentralisation de la fonction allocative*"<sup>369</sup>. Au niveau européen, le principe de subsidiarité, pris ici au sens de répartition des compétences, permet de justifier une forte décentralisation pour les fonctions de redistribution et d'allocation, mais la fonction stabilisation appelle par contre une action centrale importante<sup>370</sup>.

**170.** Le rapport MacDougall de 1977 recommandait que la CEE augmente son budget de façon conséquente afin d'assurer des fonctions de stabilisation et de redistribution<sup>371</sup>. Il proposait un budget de 2/2,5% du PIB communautaire qui pourrait passer à 5/7% afin de permettre des transferts financiers entre les Etats membres en cas de choc asymétrique, pour aider la ou les régions fortement touchée(s)<sup>372</sup>. Le développement du budget européen a été comme nous l'avons vu dans le sens inverse, celui de la restriction, de la recherche par les Etats d'un bénéfice direct de ce qu'ils avaient versé.

Le budget de l'UE pour 2012 est de 147, 2 milliards d'euros et représente 1,12 % du PIB européen<sup>373</sup>. 40,8% va à la "préservation et gestion des ressources naturelles" qui inclut la PAC, la politique de la pêche et l'action en matière environnementale. 45,9% vise le but de "croissance durable". Il concerne tout d'abord la compétitivité (10%) qui inclut notamment la recherche, l'éducation et la formation professionnelle, la politique sociale, ainsi que les réseaux transeuropéens. Il vise ensuite la cohésion (35,8%) qui renvoie aux actions des fonds structurels visant l'aide aux régions en difficultés et la coopération interrégionale. Le poste "UE en tant qu'acteur mondial" qui comprend essentiellement les instruments de préadhésion à l'UE et la PESC représente 6,4%. 1,4 % vont aux actions dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ainsi qu'à celles regroupées sous l'intitulé "citoyenneté" allant de la santé, à la culture en passant par la protection des consommateurs. Enfin, 5,6% du budget est consacré aux dépenses administratives.

Dans ce budget, la PAC et les fonds structurels<sup>374</sup> ont un rôle de redistribution des revenus mais qui reste limité et qui ne saurait jouer un rôle de stabilisation de l'économie des Etats touchés par une crise<sup>375</sup>. Le budget européen doit en outre être en équilibre, il ne peut y avoir de recours à l'emprunt pour le financer comme cela a été le cas dans les Fédérations américaine et suisse pour pallier de faibles ressources propres fédérales.

<sup>368</sup> LIRZIN (F.), Pour un fédéralisme budgétaire dans la zone euro, *Question d'Europe, Fondation Robert Schuman*, n°178, 19 juillet 2010, p.4.

<sup>369</sup> COLLIGNON (S.), *Le fédéralisme...* (*op.cit.* note 349), p.142.

<sup>370</sup> BESSON (J.-L.), les politiques budgétaires : entre souveraineté et solidarité, in : ECHINARD (Y.) (dir.), *La zone euro et les enjeux de la politique budgétaire : une monnaie, onze budgets*, Presses universitaires de Grenoble, 1999, p.69.

<sup>371</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Report of the study group on the rôle of public finance in European integration, dit "rapport MacDougall", Bruxelles, Avril 1977, 2 volumes.

<sup>372</sup> VERDUN (A.), La nécessité d'un "gouvernement économique" dans une UEM asymétrique. Les préoccupations françaises sont-elles justifiées ?, *Politique européenne*, n° 10, 2003/2, p.15.

<sup>373</sup> Voir le site de la Commission consacré à la programmation financière et au budget :

<http://ec.europa.eu/budget/>.

<sup>374</sup> Pour quelques éléments sur les fonds structurels voir chapitre I section II §1 B 3.

<sup>375</sup> VERDUN (A.), *La nécessité...* (*op.cit.* note 372), p.16.



Certes, en dehors du budget européen, la Banque européenne d'investissement (BEI) créée par le Traité CEE en 1957 permet aussi de financer des projets au sein de l'Union européenne par le biais d'emprunts<sup>376</sup>, mais si l'on regarde par exemple les montants investis en 2011, 55 milliards d'euros, ils représentent seulement 0,42% du PIB européen.

De même, le pacte pour la croissance et l'emploi, qui a été conclu entre les Etats membres lors du Conseil européen des 28 et 29 juin 2012 et qui vise notamment à "*stimuler le financement de l'économie*", prévoit le dégagement de 120 milliards d'euros correspondant uniquement à environ 1% du PIB européen<sup>377</sup>.

**171.** Ces chiffres ne posent pas réellement problème si l'on considère uniquement la fonction d'allocation. Celle-ci doit en effet être décentralisée pour mieux correspondre aux "*différences dans les préférences et les coûts locaux*" et l'action du budget européen en la matière peut rester limitée<sup>378</sup>, Yann Echinard ajoutant qu'une centralisation en la matière dans le contexte européen pourrait même avoir un effet négatif notamment en raison d'une perte d'identité nationale et de cohésion au niveau des Etats membres<sup>379</sup>. Si le principe de subsidiarité appelle une détermination et un financement des biens publics au plus proche des destinataires et sous leur contrôle, les "effets d'externalités" et les dimensions de certains biens demanderaient toutefois une certaine action au niveau européen<sup>380</sup>.

La fonction de redistribution peut également rester très largement décentralisée au niveau européen. La faible intégration du marché du travail européen, le peu d'utilisation de la libre circulation des travailleurs, entraîne en effet une absence de concurrence entre les systèmes de redistribution nationaux. David Wildasin prédisait certes en 1990 que les marchés du travail des Etats membres seraient de plus en plus intégrés, et en déduisait que les Etats ne pourraient plus maintenir le même niveau de redistribution et que les interventions européennes devraient prendre le relais, appelant une augmentation du budget européen et de la politique fiscale européenne<sup>381</sup>. Mais la majorité de la doctrine estime *a contrario* à l'instar de Dominique Bureau et Paul Champsaur que l'intégration du marché du travail restera longtemps faible en raison des différences linguistiques et culturelles<sup>382</sup>.

Enfin la fonction de stabilisation dans l'Union européenne doit encore être fortement

---

<sup>376</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd. 2010, pp.304-305. Voir aussi le site de la BEI : <http://www.eib.org>.

<sup>377</sup> Il se trouve en annexe des conclusions du Conseil européen : [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ec/131408.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/131408.pdf). Il inclut une hausse du capital de la BEI pour augmenter sa capacité de prêt d'environ 60 milliards d'euros, des "projets bonds", à savoir l'émission d'obligations dans le but de mobiliser jusqu'à 4,5 milliards d'euros pour financer des projets dans les domaines des transports, de l'énergie, du haut débit, et la réaffectation dans les domaines de la recherche et de l'innovation de 55 milliards d'euros non utilisés provenant des fonds structurels.

<sup>378</sup> COLLIGNON (S.), *Le fédéralisme...* (*op.cit.* note 349), p.144.

<sup>379</sup> ECHINARD (Y.), *Le fédéralisme budgétaire : levier essentiel ou utopie ?*, in : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GESLOT (C.), *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, 2005, La documentation française, p.398.

<sup>380</sup> *Ibid.*, p.402. Voir dans le même sens : ALLEGRET (J.-P.), *Quel pouvoir de stabilisation à l'échelle de l'UEM : le pacte de stabilité et de croissance est-il viable?*, in : ECHINARD (Y.) (dir.), *La zone...* (*op.cit.* note 370), p.46.

<sup>381</sup> David Wildasin est cité par : BUREAU (D.), CHAMPSAUR (P.), *fédéralisme budgétaire et unification économique européenne, Observations et diagnostics économiques*, avril 1992, n°40, p.88. Dans le même sens Christophe HECKLY et Eric OBERKAMPF estiment qu'une action de soutiens aux revenus menée grâce à un budget européen conséquent devrait être mise en place afin de faire face à une mobilité qui pourrait se développer à moyen terme (*La subsidiarité...* (*op.cit.* note 360), pp.21-22).

<sup>382</sup> BUREAU (D.), CHAMPSAUR (P.), *Ibid.*, pp.88-89. Dans le même sens : BORDO (M.), *The United States as a monetary union and the Euro : a historical perspective*, *Cato Journal*, 2004, vol.24 n°1-2, pp.1167.



développée. Certes, contrairement aux Etats-Unis et à la Suisse qui ont attendu plus de respectivement 120 ans et 50 ans pour établir une banque centrale fédérale, l'Union économique et monétaire (UEM) connaît dès son origine une Banque centrale qui joue un rôle de stabilisation de la zone euro. Mais le budget de l'UE ne permet pas par contre à son niveau actuel d'avoir un rôle de stabilisateur en cas de mauvaise conjoncture<sup>383</sup>. Or, la zone euro n'est pas dans la situation économique mondiale qui existait jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le contexte de mondialisation de l'économie implique de mettre en place des mécanismes de stabilisation économique, d'où les appels à la mise en place d'un fonds au niveau européen visant la stabilisation de la zone euro<sup>384</sup>.

**172.** Une zone monétaire optimale se définit comme "*une zone monétaire dans laquelle les inconvénients présentés par une monnaie commune (impossibilité de mener une politique monétaire et de change adaptée à la situation spécifique d'une partie du territoire) sont compensés par des mécanismes démographiques (déplacement de la population vers les zones en forte croissance) ou financiers (transferts en faveur des régions en difficulté)*"<sup>385</sup>. A partir des éléments décrits ci-dessus, la zone euro ne peut être considérée comme une zone monétaire optimale, mais comme nous le verrons avec l'exemple américain, l'accession à un tel contexte peut prendre beaucoup de temps. En outre, comme le notent Michael Bordo et Lars Jonung, la création et la dissolution des unions monétaires ont peu à voir avec les critères de la zone monétaire optimale et sont le résultat de processus politiques. Ainsi, l'étude des unions monétaires passées permet de mettre en lumière le rôle majeur joué par une ou quelques puissances économiques : aux Etats-Unis, la banque de la réserve fédérale de New York joue un rôle essentiel au sein du système de la réserve fédérale, en Allemagne la banque de Prusse<sup>386</sup>. Dans le cadre européen, c'est l'Allemagne et la France qui jouent un rôle central.

Plusieurs pas faits dans la direction d'éléments de stabilisation de la zone euro peuvent toutefois être notés. Les attaques sur les marchés contre plusieurs Etats membres de la zone euro ont tout d'abord conduit à développer de tels mécanismes à partir de 2010<sup>387</sup>. Elles ont ensuite poussé la BCE à acheter des dettes d'Etats sur le marché secondaire à partir du printemps 2010<sup>388</sup>, contribuant là aussi à stabiliser la zone euro. Enfin, le compromis atteint au sommet de la zone euro du 29 juin 2012 peut être souligné. Il consiste en la création d'un mécanisme européen de supervision bancaire impliquant la BCE comme condition pour que les banques d'un Etat de la zone euro puissent demander directement au MES des fonds pour se recapitaliser en échange d'une stricte conditionnalité<sup>389</sup>. Cela répond d'un côté au problème de la coexistence d'une forte interdépendance entre les systèmes bancaires de la zone euro impliquant des risques importants de contagion et d'une supervision bancaire nationale. Cela permet de l'autre de briser le cercle vicieux consistant à ce que les Etats soient vulnérables par rapport aux

<sup>383</sup> SENAT, Rapport sur la réforme de la gouvernance économique en Europe (rapporteurs : BERNARD-REYMOND (P.) et YUNG (R.)), 19 octobre 2010, p.12. Voir aussi les propositions de : PERNICE (I.), WENDEL (M.), OTTO (L.), BETTGE (K.), MLYNARSKI (M.), SCHWARZ (M.), *Finanzverfassung Europas. Reformansätze für eine demokratisch fundierte Wirtschafts- und Finanzverfassung Europas. A democratic solution to the crisis. Reform steps towards a democratically based economic and financial Constitution for Europe*. Nomos, 2012, 150 p.

<sup>384</sup> Voir par exemple : ECHINARD (Y.), *Le fédéralisme...* (*op.cit.* note 379), p.407.

<sup>385</sup> SENAT, Rapport sur le projet de loi de finances rectificative pour 2010 (rapporteur : MARINI (P.)), 1er juin 2010, p.40. (4) Robert MUNDELL a été le premier à développer la théorie de la zone monétaire optimale en 1961 (*A Theory of Optimum Currency Areas, American Economic Review*, September 1961, pp.657-665).

<sup>386</sup> Souligné par BORDO (M.), JONUNG (L.), *The Future of EMU : What does the history of monetary unions tell us?*, *NBER Working Paper*, n°7365, septembre 1999, p.32 : <http://www.nber.org/papers/w7365>.

<sup>387</sup> Voir pour des éléments sur ces mécanismes : partie II chapitre I section I §3 D.

<sup>388</sup> La BCE pose un cadre à ces achats par la Décision de la Banque centrale européenne du 14 mai 2010, instaurant un programme pour les marchés de titres (BCE/2010/5)

<sup>389</sup> Communiqué du sommet de la zone Euro du 29 juin 2012 :

[http://consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/131359.pdf](http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/131359.pdf).

coûts engendrés par les aides aux banques lors de crises bancaires et à ce qu'inversement les banques soient très exposées par rapport aux dettes de leur Etat<sup>390</sup>.

## b) Réflexions sur une évolution des finances européennes

**173.** La Commission estime dans son rapport de 2004 sur le financement de l'Union européenne et le fonctionnement du système des ressources propres que "*l'autonomie financière est [...] de plus en plus limitée*". Si elle reconnaît que le système actuel garantit au budget européen son financement, elle poursuit qu'"il n'y a pratiquement aucun lien direct avec les citoyens ou les contribuables", que "*le grand public ne perçoit donc pas les conséquences budgétaires des politiques de l'Union*"<sup>391</sup>. Un impôt européen éviterait les négociations difficiles liées à la contribution nette de certains Etats et pourrait jouer un rôle dans le développement d'une identité européenne, cette obligation étant généralement conçue comme un devoir citoyen envers la collectivité, contrepartie des droits quand bien même l'impôt s'impose également à des ressortissants d'Etats tiers. Il permettrait en outre de ne pas grever les déficits des Etats comme le fait le système actuel de "contribution"<sup>392</sup>. Mais plusieurs blocages sont à surmonter. Nicolas-Jean Brehon évoque tout d'abord le frein exercé par les parlements nationaux qui ne souhaitent pas le renforcement des pouvoirs du Parlement européen à leur détriment, alors que la décision sur les ressources propres requiert l'unanimité des Etats au Conseil et une ratification au niveau national, donc par les parlements nationaux<sup>393</sup>. En outre, il relève l'impopularité liée à la création d'un nouvel impôt, les citoyens préférant le financement actuel apparemment indolore même s'il est opaque. Une des solutions permettant de pallier ce problème serait alors selon lui de "*lier l'impôt européen à un bien public européen*", à un objectif bien précis<sup>394</sup>.

**174.** En 2004, la Commission a proposé une évolution en deux phases, la première passant par l'amélioration du système des contributions nationales simplifiées et plus équitables entre les Etats, la seconde par un nouveau système de ressources propres permettant d'évoluer vers une plus grande autonomie financière de l'UE<sup>395</sup>, idée reprise par le Parlement européen dans une résolution de 2007<sup>396</sup>. Dans cette perspective, la Commission a lancé une vaste consultation concernant l'adaptation du budget en 2008<sup>397</sup>.

**175.** La première partie de la réforme passe par une simplification du système des rabais et une meilleure égalité entre les Etats. Ce système est considéré comme inéquitable et complexe, sachant que sa complexité engendre un total manque de transparence pour les citoyens ainsi qu'un problème de contrôle démocratique<sup>398</sup>. Le rabais britannique ne peut notamment plus se justifier par la situation économique du Royaume-Uni. En 1984, l'Etat fournissait une

---

<sup>390</sup> NOTRE EUROPE (dir.), *Completing the Euro. A road map towards fiscal union in Europe. Report of the "Tommaso Padoa-Schioppa group"*, *Notre Europe*, 26 juin 2012, p.6 et p.20.

<sup>391</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Le financement de l'Union européenne. Rapport sur le fonctionnement du système des ressources propres*, COM(2004) 505 final, 14 juillet 2004, p.4 et p.9. Voir aussi en ce sens : Parlement européen, *Le système actuel des ressources propres - Problèmes et lacunes*, document de travail n°2, 27 janvier 2005, PE 353.541, 4 p.

<sup>392</sup> COLLIGNON (S.), *Le fédéralisme...*(*op.cit.* note 349), p.157.

<sup>393</sup> BREHON (N.-J.), *L'impôt...*(*op.cit.* note 335), pp.172-173.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p.179.

<sup>395</sup> COM(2004) 505 final, 14 juillet 2004.

<sup>396</sup> PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 29 mars 2007 sur l'avenir des ressources propres de l'Union européenne*.

<sup>397</sup> SEC(2008) 2739 du 3.11.2008. Les contributions sont accessibles via : [http://ec.europa.eu/budget/reform/issues/read\\_en.htm](http://ec.europa.eu/budget/reform/issues/read_en.htm).

<sup>398</sup> En ce sens : PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 29 mars 2007 sur l'avenir des ressources propres de l'Union européenne*, pts.3 et 4 ; SEC(2011) 876 final, p.6.



contribution importante alors qu'il avait une prospérité relativement faible par rapport à la moyenne européenne. Aujourd'hui, il se classe parmi les contributeurs nets ayant les meilleurs résultats, la part des dépenses agricoles est passée de 69% du budget en 1984 à 41,3% en 2011 et la ressource TVA qui était considérée comme lui étant défavorable par rapport à la ressource RNB est passée de 57% en 1984 à 11,2% en 2011<sup>399</sup>. Dans un document de travail de 2011, la Commission souligne en outre l'inégalité entre les Etats engendrée par les différents mécanismes de correction conduisant à ce que des Etats prospères récupèrent de l'argent au-delà de ce que les principes de Fontainebleau posaient<sup>400</sup>.

La Commission a proposé dans ce contexte en 2004 dans un but de simplification et de transparence *"une généralisation du mécanisme de correction «filet de sécurité» pour les grands contributeurs nets dont la contribution nette dépasse un certain niveau"*<sup>401</sup>. Cela conduit en pratique à en revenir au principe qui a été dégagé par le Conseil européen de Fontainebleau mais n'a jamais été appliqué strictement. Ce principe est que *"tout État membre supportant une charge budgétaire excessive au regard de sa prospérité relative est susceptible de bénéficier, le moment venu, d'une correction"*<sup>402</sup>.

Si une large majorité des Etats est favorable à une modification des corrections<sup>403</sup>, il demeure que la procédure de décision en la matière conduit à un alignement sur la position minimale des Etats les moins favorables à une évolution, la menace de veto du Royaume-Uni étant notamment comme à chaque budget avancée. L'art.311§4 TFUE prévoit certes désormais une possibilité de mesures d'exécution adoptées par le Conseil à la majorité qualifiée après approbation du Parlement européen, considérée comme permettant de donner plus de souplesse<sup>404</sup>. Mais la mesure de base qui prévoit la possibilité d'abroger ou de créer de nouvelles ressources reste soumise à une procédure rigide. L'art.311§3 TFUE reprend en effet le principe d'une procédure de décision à l'unanimité du Conseil après consultation du Parlement européen, suivie d'une ratification par les Etats membres selon les procédures constitutionnelles nationales.

**176.** Concernant l'évolution des ressources, la critique de la ressource TVA semble largement partagée<sup>405</sup>. Elle requiert un calcul complexe et le caractère artificiel de sa fixation exclut tout lien avec les citoyens. La Commission rejette par ailleurs un financement sur la base de la seule ressource RNB car elle *"impliquerait l'idée d'une Union dans laquelle les citoyens ne seraient représentés qu'indirectement par leurs États membres"*<sup>406</sup>.

Elle a proposé en 2004 la création dans un proche avenir de ressources fiscales européennes qui permettraient une plus grande autonomie, soulignant que de telles ressources augmenteraient la visibilité pour les citoyens et *"renforcerai[ent] la confiance dans les finances de l'UE, dont le volume inférieur à 2,5 % des dépenses publiques totales dans l'UE est souvent surestimé"*<sup>407</sup>. Plusieurs options étaient envisagées : une imposition de la consommation d'énergie, un taux de TVA européen séparé s'ajoutant aux taux national qui diminuerait en conséquence pour absorber la modification<sup>408</sup>.

<sup>399</sup> SEC(2011) 876 final, pp.45-46.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>401</sup> COM(2004) 505 final, 14 juillet 2004, p.6. Voir pour des précisions du mécanisme et la simulation dans un tableau de ses effets : *Ibid.*, pp.7-8.

<sup>402</sup> *Ibid.*

<sup>403</sup> SEC(2011) 876 final, p.21.

<sup>404</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.4.

<sup>405</sup> *Ibid.*, p.4 et pp.29-30.

<sup>406</sup> COM(2004) 505 final, p.9.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p.10.

<sup>408</sup> *Ibid.*, pp.13-14. Voir la position positive du rapport du PARLEMENT EUROPEEN précité intitulé "Le système actuel des ressources propres".

Dans son rapport de 2011<sup>409</sup>, elle souligne en faveur de l'introduction d'un taux de TVA européen séparé, la visibilité pour les citoyens européens, mais elle poursuit qu'il serait complexe à mettre en œuvre. Elle propose pour cette raison de remplacer le mécanisme artificiel de calcul en vigueur par le versement d'une part de la TVA perçue par les Etats. Concernant la taxe sur l'énergie, elle souligne qu'il pourrait être bon d'attendre que le système d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre soit quelque peu rôdé avant d'envisager que l'argent de leur vente soit reversé au budget européen. Pour ce qui concerne le principe d'une taxation européenne sur les transactions financières, elle indique qu'elle peut soulever des risques de délocalisation qu'il convient de prévenir dans sa conception, mais souligne l'avantage de l'effet de découragement des activités à haut risque des institutions financières, et d'éviter des taxes nationales distinctes<sup>410</sup>.

177. Tirant les conséquences de ces conclusions, la Commission a proposé le 9 novembre 2011 un remplacement des mécanismes de correction par un système de réduction brute forfaitaire des paiements RNB, et la limitation à 10% de la retenue par les Etats membres sur les ressources propres traditionnelles considérées comme contrepartie de leurs frais de perception. Elle a en outre fait plusieurs propositions visant à simplifier le système de "contribution" au sens large des Etats membres, à réformer les mécanismes de correction, et à mettre en place de nouvelles ressources propres<sup>411</sup>. La proposition concernant la ressource TVA modifiée semble en bonne voie et onze Etats membres ont indiqué début octobre 2012 vouloir lancer une telle coopération renforcée concernant la mise en place d'une taxe sur les transactions financières<sup>412</sup>.

## **B. Les perspectives d'évolution au regard des systèmes fédéraux allemand, suisse et américain**

178. Il est intéressant pour prolonger les réflexions de la Commission et se projeter dans un avenir plus éloigné de se pencher sur l'évolution du financement des systèmes fédéraux allemand, suisse et américain.

La modification de la place des autorités publiques et de leur rôle dans la société, notamment avec le développement de l'Etat Providence nous conduit à étendre l'étude de l'évolution des systèmes financiers des modèles fédéraux américain (1), suisse (2), et allemand (3), jusqu'à la période contemporaine. En ce sens, Yann Echinard rappelle que dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle *"le poids des finances publiques dans l'économie ne représentait que 10% de la production nationale en 1870, et 50 à 80% de ces dépenses étaient absorbées par le remboursement de la dette et les forces armées, alors qu'elles représentent environ 50 % du produit intérieur brut aujourd'hui, 80% de ces dépenses étant à finalité économique"*<sup>413</sup>. Et de

---

<sup>409</sup> SEC(2011) 876 final, p.31.

<sup>410</sup> *Ibid.*, pp3-32. La Commission renvoie à cet égard à sa communication sur la taxation du secteur financier COM(210)549.

<sup>411</sup> Proposition de décision "ressources propres" vise la création d'une ressource propre constituée par une taxe sur les transactions financières et la modification de la ressource TVA, COM(2011) 739 final modifiant COM(2011) 510 final. Proposition de directive du Conseil établissant un système commun de taxe sur les transactions financières et modifiant la directive 2008/7/CE, COM(2011) 594 du 28.9.2011. Proposition de règlement du Conseil relatif aux modalités et à la procédure de mise à disposition de la ressource propre fondée sur la taxe sur les transactions financières, COM(2011) 738 du 9.11.2011. Proposition de règlement du Conseil relatif aux modalités et à la procédure de mise à disposition de la ressource propre fondée sur la valeur ajoutée, COM(2011) 737 du 9.11.2011. Proposition modifiée de règlement du Conseil portant mesures d'exécution du système des ressources propres de l'Union européenne, COM(2011) 740 du 9.11.2011.

<sup>412</sup> Taxe Tobin : le banco de onze pays européens, *Le point*, 10 octobre 2012 :

[http://www.lepoint.fr/economie/taxe-tobin-le-banco-de-onze-pays-europeens-10-10-2012-1515291\\_28.php](http://www.lepoint.fr/economie/taxe-tobin-le-banco-de-onze-pays-europeens-10-10-2012-1515291_28.php).

<sup>413</sup> ECHINARD (Y.), Union monétaire européenne et fédéralisme budgétaire : est-ce encore la question ?, in :



poursuivre que "les intégrations politiques et fiscales du XIXe siècle n'avaient pas la même signification ni la même nature qu'une intégration politique et fiscale entre les pays européens à l'aube du XXIe siècle".

### 1) L'évolution aux Etats Unis

**179.** Dans le cas américain, l'art.VIII§1 des Articles de la Confédération énonce : "toutes les charges causées par la guerre et toutes les dépenses dues à l'organisation de la défense commune et au bien-être général, accordées par les États-Unis assemblés en Congrès, sont couvertes par un trésor commun, alimenté par les contributions des États". Il précise par ailleurs que ces contributions sont réparties de façon proportionnées à "la valeur de leurs terres", cette valeur étant "appréciée et expertisée [...] à intervalles réguliers" par le Congrès. L'art.VIII§2 ajoute que "les taxes destinées à payer ces contributions sont déterminées et levées sous l'autorité et conformément aux décisions des législatures des différents États, dans le délai fixé par les États-Unis assemblés en Congrès". Edouard de Laboulaye souligne toutefois qu'une fois les dépenses votées par le Congrès, les Etats auxquels ils revenaient de "fournir les ressources [...] ne se pressai[ent] pas de l'exécuter", et que cela a notamment conduit à un certain blocage des opérations militaires en 1781. Le Congrès demande alors à George Washington de prier les Etats de payer, ce qu'il fait dans une lettre adressée aux gouverneurs des Etats à laquelle s'ajoute une requête concernant la fourniture de contingents militaires. Les effets en furent limités, il n'y eut pas l'ensemble des hommes, et surtout pas les moyens financiers demandés<sup>414</sup>. Edouard de Laboulaye donne une autre illustration des problèmes posés par le système des contributions avec les difficultés pour aboutir à une solution pour payer les soldats et leur fournir une forme de pension après la fin de la guerre<sup>415</sup>.

Le système avait pu fonctionner car le Congrès pouvait emprunter. Comme le souligne implicitement l'art.XII des Articles de la Confédération qui reconnaît que les EU répondront de ces dettes, un tel pouvoir n'était que la reprise de la pratique du Second Congrès continental qui existait antérieurement à l'entrée en vigueur desdits Articles comme organe des colonies dans le cadre de la guerre d'Indépendance. Mais le recours massif à l'emprunt a eu comme conséquence qu'au début des années 1780, la dette américaine était colossale. Il fut alors proposé d'introduire des droits de douane sur les produits importés afin de créer une ressource fédérale, mais les Etats craignant un pouvoir central trop puissant l'ont alors refusé<sup>416</sup>.

**180.** Il faut attendre la Constitution de 1787 pour que le niveau fédéral se voit doté d'une autonomie financière. Son art.I sect.8 cl.1 confère ainsi au Congrès la compétence de lever et de percevoir des taxes, impôts et droits d'accises, qui s'ajoute au pouvoir d'emprunter prévu à l'art.I sect.8 cl.2. Hamilton fait un plaidoyer en faveur de ce droit d'imposer dans *Le Fédéraliste*<sup>417</sup>. Son art.I section 10 cl.2 précise que les droits de douane perçus par les Etats sont versés au budget fédéral. Il est à noter que la question des taxations douanières, dont les tarifs favorisaient l'industrie des Etats du Nord, sera l'objet d'un conflit important entre le Nord et le Sud, la divergence des intérêts économiques, fondée sur l'industrie pour le premier et sur les plantations pour le second, étant vue avec l'esclavage comme l'autre grande explication de la Sécession des Etats du Sud<sup>418</sup>. Au-delà le principe est celui du caractère concurrent de la compétence en

---

ECHINARD (Y.) (dir.), *La zone...*(*op.cit.* note 370), p.19.

<sup>414</sup> LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire...*(*op.cit.* note 217), pp.119-121.

<sup>415</sup> *Ibid.*, pp.121-127.

<sup>416</sup> *Ibid.*, p.128.

<sup>417</sup> HAMILTON (A.), *Le Fédéraliste*, n°XXX à n°XXXVI, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (*op.cit.* note 216), pp.232-287.

<sup>418</sup> Les Etats du Sud parle de "tarif des abominations", cf. sur ce conflit : FELDMAN (J.-P.), *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004, notamment pp.32 et s. Voir aussi *infra* : chap.II sect.III §1 C 2).

matière d'imposition, comme le résume la Cour suprême dans sa décision *Ward v. Maryland*<sup>419</sup>.

**181.** L'art.I sect.8 cl.5 de la Constitution donne par ailleurs le pouvoir de battre monnaie à l'union fédérale. Alexander Hamilton propose de fonder une banque centrale responsable de l'émission d'une monnaie papier disposant de la même valeur sur l'ensemble du territoire fédéral, le Congrès le suit en 1791 et le dollar est finalement introduit en 1792<sup>420</sup>. Les conflits concernant son pouvoir ont conduit à ne pas renouveler cette banque au bout des 20 années de son mandat d'origine et la seconde banque créée en 1816 à nouveau pour 20 ans subira le même sort<sup>421</sup>. Après sa disparition, de nombreuses banques sont agréées par les Etats pour émettre leur propre papier monnaie sans aucune régulation fédérale, la seule contrainte étant sa convertibilité en dollar. Le département fédéral du Trésor a alors assuré le minimum d'unité pour que l'union monétaire perdure en assurant le maintien de la convertibilité en dollar de ces billets<sup>422</sup>. Des crises bancaires ont lieu en 1837 et 1839, notamment motivées par l'incertitude concernant le futur de l'union monétaire<sup>423</sup>. Cette période se termine avec l'adoption du National Bank Act en 1863 qui met en place un réseau de banques nationales seules autorisées à émettre une monnaie papier uniforme<sup>424</sup>. L'union monétaire américaine a évolué au fur et à mesure des difficultés auxquelles elle a été confrontée<sup>425</sup>.

La création de la réserve fédérale en 1913 répond ainsi aux crises bancaires récurrentes qui la secouaient. Le système de la réserve fédérale mis en place est toutefois composé de douze banques régionales cordonnées par un bureau des gouverneurs siégeant à Washington mais disposant d'une certaine autonomie d'action sur la conduction de la politique monétaire<sup>426</sup>. Les différences entre les positions des banques régionales consécutives aux divergences en termes de besoins entre les régions, certaines ayant besoin d'une politique monétaire expansive, d'autres d'une politique restrictive, ont été l'une des causes du grippage de la politique monétaire dans les années 1930 auquel il a été mis fin avec la création d'une assurance fédérale des dépôts et l'adoption d'une loi donnant un monopole pour mener la politique monétaire au bureau des gouverneurs en 1935<sup>427</sup>. Hugh Rockoff retient de cette expérience la nécessité d'une garantie fédérale des dépôts bancaires afin que des chocs asymétriques ne soient pas aggravés par des crises bancaires, solution qui est aussi mise en avant dans le cadre européen.

Au plan de la mobilité des travailleurs, du capital, des transferts de ressources fiscales, l'union monétaire a été renforcée dans les années 1930<sup>428</sup>. Les dépenses fédérales sont passées de 3,4% du PIB américain en 1930 à 12% en 1941. Les grands travaux publics menés dans le cadre du New Deal sont même considérés comme ayant eu le double effet de transférer des ressources et de favoriser fortement la mobilité des travailleurs qui sont allés vers les régions où

---

<sup>419</sup> 79 U.S. (12 Wall.) 418 (1870) p.428 : "*En dehors des interdictions, expresses ou implicites, contenues dans la Constitution fédérale, le pouvoir d'imposition des États pour le bénéfice de leur propre gouvernement coïncide avec les domaines relevant de leur pouvoir souverain, ce qui montre de façon concluante que le pouvoir d'imposition peut être exercé dans le même temps et sur les mêmes sujets [...] par les États-Unis et par les États, sans incompatibilité ou de contradiction*"

<sup>420</sup> HER MAJESTY TREASURY, *The United States as a monetary union* (contribution de TRUMAN (E.) et MEYER (L.), EMU study, The Stationery Office, 2003, p.81. Voir pour une chronologie de l'union monétaire américaine : ROCKOFF (H.), How long did it take the United States to become an optimal currency area?, *NBER Historical Working Paper*, n°124, April 2000, p.43 : <http://www.nber.org/papers/h0124.pdf>.

<sup>421</sup> *Ibid.*, p.82.

<sup>422</sup> BORDO (M.), JONUNG (L.), *The future...* (*op.cit.* note 386), p.8.

<sup>423</sup> ROCKOFF (H.), *How...* (*op.cit.* note 420), p.11

<sup>424</sup> BORDO (M.), JONUNG (L.), *The future...* (*op.cit.* note 386), p.28.

<sup>425</sup> HER MAJESTY TREASURY, *The United...* (*op.cit.* note 420), p.4.

<sup>426</sup> BORDO (M.), *The United States as a monetary union and the Euro : a historical perspective*, *Cato Journal*, 2004, vol.24 n°1-2, p.165.

<sup>427</sup> ROCKOFF (H.), *How Long did It take...*, 30-31 et p.34.

<sup>428</sup> *Ibid.*, p.20 ; HER MAJESTY TREASURY, *The United...* (*op.cit.* note 420), p.87.



les investissements étaient faits<sup>429</sup>. Hugh Rockoff résume la situation américaine en soulignant qu'au cours de ses 150 premières années d'existence le cadre institutionnel et la politique menée au sein de l'union monétaire américaine a donné lieu à des conflits importants entre régions, et que les EU ne remplissaient pas les critères d'une zone monétaire optimale<sup>430</sup>, tout comme c'est le cas à l'heure actuelle au sein de la zone euro. Il souligne en particulier concernant la mobilité des travailleurs qu'elle était faible dans les Etats du Sud jusqu'à la Seconde guerre mondiale en raison du racisme et que si elle était plus forte dans les autres Etats, une telle mobilité en réponse à un choc régional restait difficile jusque dans les années 1930. En outre, si à l'époque contemporaine, les transferts de ressources fiscales permettent d'agir contre les chocs asymétriques, au XIX<sup>e</sup> siècle, le gouvernement fédéral n'était à l'origine que d'une faible part du PIB américain et n'était pas en mesure d'agir contre des chocs régionaux par le biais de transferts de ressources fiscales<sup>431</sup>. Hugh Rockoff estime même que des Etats dans certaines régions des EU ont pu apparaître proches de la nécessité d'adopter une monnaie séparée à différentes reprises jusque dans les années 1930<sup>432</sup>. Il souligne ainsi une fracture entre deux régions au niveau de la politique monétaire entre l'est d'une part, et l'ouest et le sud d'autre part., phénomène là encore comparable entre les Etats du Nord et les Etats du Sud au sein de la zone euro.

**182.** A l'époque contemporaine, l'Etat fédéral a l'essentiel des impôts sur les sociétés alors que les Etats se financent essentiellement par des impôts sur les ventes. Les deux niveaux connaissent des impôts sur le revenu et des cotisations sociales qui représentent en principe une part importante de leurs recettes fiscales<sup>433</sup>. Une coordination fiscale entre les deux niveaux existe afin que chacun puisse prélever les impôts nécessaires pour exercer ses compétences et éviter les effets négatifs d'une trop grande concurrence fiscale<sup>434</sup>.

Le budget fédéral représente actuellement environ 25 % du PIB des EU, Amélie Barbier-Bauchard parlant à cet égard de forte centralisation budgétaire<sup>435</sup>. Il est à noter que l'Etat fédéral agit fortement notamment par le biais de subventions versées aux Etats<sup>436</sup>. Si les auteurs s'accordent sur les fonctions de stabilisation et d'allocation du budget fédéral, ils ont des interprétations divergentes concernant son impact en matière de redistribution<sup>437</sup>.

<sup>429</sup> HER MAJESTY TREASURY, *Ibid.*

<sup>430</sup> ROCKOFF (H.), *How...* (*op.cit.* note 420), p.3 et pp.17-18.

<sup>431</sup> *Ibid.*, p.19.

<sup>432</sup> *Ibid.*, pp.22 et s.

<sup>433</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...* (*op.cit.* note 360), p.115 et p.119. En principe, car certains Etats ne connaissent pas d'impôt sur le revenu.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p.112.

<sup>435</sup> BARBIER-GAUCHARD (A.), *Les questions...* (*op.cit.* note 367), p.15 :

[http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/05/46/39/PDF/dr2005\\_07barbiargauchard.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/05/46/39/PDF/dr2005_07barbiargauchard.pdf).

<sup>436</sup> Voir sur cette question des subventions fédérales : *infra* partie II chap.I sect.I §3 C.

<sup>437</sup> Christophe HECKLY et Eric OBERKAMPF estiment que l'effet redistributif est restreint en raison de la volonté de ne pas intervenir dans les affaires intérieures aux Etats, mais également et avant tout du poids de l'idéologie économique libérale aux EU. Ils l'illustrent avec l'Area Redevelopment Act. Cette loi, qui visait des prêts et subventions aux régions connaissant un taux de chômage, a non seulement été votée avec difficulté en 1961, mais sa portée a en outre été fortement limitée par les membres du Congrès et par la vision négative qu'en avaient les Etats du Sud qui devaient en être bénéficiaires (*La subsidiarité...* (*op.cit.* note 360), pp.108-109). Toujours selon ces auteurs, et d'une façon générale, la forte mobilité des personnes conduit les Etats fédérés à limiter les politiques de soutien aux revenus modestes en raison du risque de déplacement massif de population pauvre vers leur territoire et l'impôt sur le revenu dans son application au niveau fédéral ne permet pas de péréquation aux EU étant donné que le taux d'impôt fédéral n'est pas différencié entre les Etats pour tenir compte des différences de richesse (*Ibid.*, p.110). Voir pour une étude économique démontrant *a contrario* les importants effets redistributifs aux EU : BAYOUMI (T.), MASSON (P.), *Fiscal flows in the United States and Canada : Lessons for monetary union in Europe*, *European Economic Review*, 1995, n°39, pp.260-263. L'étude précise aussi les effets en matière de stabilisation de l'action fédérale (*Ibid.*, pp.264-265).

## 2) L'évolution en Suisse

**183.** Dans le cas suisse, l'art.3 du pacte de 1815 pose le principe d'un financement des frais de guerre et des autres dépenses générales de la Confédération par des contributions des cantons. Il prévoit ainsi leur répartition et précise que celle-ci doit être révisée par la prochaine réunion de la Diète puis par la suite tous les 20 ans. Il poursuit que la moitié des frais de guerre sera financée par ce biais et pour l'autre par une caisse militaire dont les fonds proviennent de droits de douane perçus sur les marchandises par les cantons au nom de la Diète qui en fixe le tarif.

**184.** La Constitution de 1848 étend les ressources fédérales "autonomes". Dans son art.39, elle ajoute aux droits de douane les recettes de la régie des poudres, et les intérêts des fonds de guerre fédéraux ainsi que les recettes de la régie des postes en précisant toutefois pour ces dernières tout comme pour les droits de douanes que partie devait être reversée aux cantons. Au surplus, il énonce que la Confédération peut recourir à des contributions des cantons calculées sur la base de leur population et de leur richesse. En pratique, elle n'y a eu recours qu'une seule fois en 1849. En 1850, 94% des recettes provenaient des droits de douane et des recettes des postes, alors que 97% des dépenses étaient constituées par des charges militaires et administratives<sup>438</sup>.

Le budget fédéral ne joue donc encore aucune fonction de stabilisation de la zone monétaire qui a été créée sur la base de l'art.36 aCS 1848. Sur la base de cette disposition, qui attribue à la Confédération le droit exclusif de battre monnaie, a en effet été adoptée une loi en 1850 établissant le "franc" comme monnaie commune. En outre, il est à noter qu'il faudra toutefois attendre 1907 pour qu'une autre instance jouant un rôle de stabilisation, la Banque nationale suisse, soit créée.

**185.** La Constitution de 1874 élargit de façon importante le domaine des compétences de la Confédération suisse, mais les ressources fédérales prévues dans son art.42 varient peu par rapport à la Constitution de 1848. Les produits issus des droits de douane et des postes ne font simplement plus l'objet d'une réversion partielle aux cantons, et il est ajouté comme ressource la moitié du produit brut de la taxe sur les exemptions du service militaire perçue par les Cantons<sup>439</sup>. Toutefois, jusqu'à la Première guerre mondiale, les recettes, qui proviennent pour les 4/5<sup>e</sup> des droits de douane, suffisent à satisfaire les nécessités budgétaires malgré l'augmentation des dépenses<sup>440</sup>. Il faut toutefois remettre dans le contexte de dépenses fédérales proportionnellement faibles par rapport à celles des cantons et des communes. Ainsi en 1913, leurs dépenses sont en moyenne quatre fois plus élevées que celle de la Confédération<sup>441</sup>.

**186.** La situation va changer avec la guerre car les recettes douanières diminuent fortement alors que les dépenses augmentent en raison de la mobilisation des soldats. La Confédération n'ayant pas de compétence pour prélever un nouvel impôt et l'augmentation des ressources issues des recettes des postes, de la taxe d'exemption du service militaire,... ne permettant pas de faire face à ces dépenses, elle doit alors emprunter des sommes importantes. C'est dans ce contexte que le peuple et les cantons acceptent une disposition constitutionnelle provisoire imposant un impôt fédéral de guerre en 1915 sur les bénéfices, qui constitue en pratique le premier exemple d'impôt sur le revenu<sup>442</sup>. En 1917 est ensuite introduit dans la Constitution

---

<sup>438</sup> Chapitre intitulé "Les finances et la politique financière de la Confédération", in : BANQUE NATIONALE SUISSE, *Banque nationale suisse. 1907-1957*, 1957, Business & Economics, p.63.

<sup>439</sup> *Ibid.*, p.63.

<sup>440</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit constitutionnel suisse, Vol.1*, Staempfli, Berne, 2006, 2<sup>e</sup> éd., p.396.

<sup>441</sup> BANQUE NATIONALE SUISSE, *Banque...* ( *op.cit.* note 438 ), p.64.

<sup>442</sup> Cf. : *Ibid.* ; AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...* (*op.cit.* note 440), p.396.



comme autre ressource fédérale un droit de timbre sur les transactions économiques. Avec la Seconde guerre mondiale, plusieurs impôts sont créés à titre temporaire dont un impôt sur le chiffre d'affaire et un impôt pour la défense nationale touchant le revenu des personnes physiques et morales<sup>443</sup>.

Les ressources fédérales n'ont pas augmenté en proportion de l'extension de ses compétences, conduisant à augmenter fortement le déficit fédéral<sup>444</sup>. La principale cause de l'augmentation des dépenses provient des compétences fédérales qui ont été créées à partir des années 1930 dans le contexte de crise économique, et qui s'inscrivent largement dans la logique de l'Etat providence<sup>445</sup>. Les articles 31<sup>bis</sup> et s. aCS 1874 en matière d'encadrement de l'économie et de protection sociale ont ainsi été adoptés en 1937<sup>446</sup>.

Depuis la guerre, la Confédération a régulièrement tenté d'ancrer durablement dans la Constitution ces ressources fiscales complémentaires, sans succès. Les populations des cantons doivent en effet se prononcer sur le renouvellement de ces ressources qui conservent un statut provisoire, illustration de l'impact important de la démocratie directe en Suisse<sup>447</sup>. L'impôt fédéral direct et la TVA ont ainsi été en dernier lieu reconduits en 2004 jusqu'à 2020, comme le précisent les alinéas 13 et 14 de l'art.196 CS<sup>448</sup>. L'impôt fédéral direct prévu à l'art.128 CS s'impose aux revenus des personnes physiques et aux bénéficiaires des personnes morales. Il est calculé et perçu par les cantons selon l'art.128§4 CS. Il est à noter que les cantons imposent aussi leur propre impôt sur les revenus<sup>449</sup>. La TVA qui a remplacé l'impôt sur le chiffre d'affaire en 1993 est précisée à l'art.130 CS. Il s'agit d'un impôt exclusif de la Confédération dont le taux maximal est aussi prévu dans la Constitution<sup>450</sup>.

La mobilité des travailleurs interne à la Suisse est faible en raison des différences linguistiques, elle ne joue pas le rôle stabilisateur, mais il y a par contre une intégration fiscale importante et un système de péréquation entre les cantons<sup>451</sup>. Toutefois, le budget fédéral correspondant à environ 11% du PIB suisse, on constate une assez forte décentralisation budgétaire comparativement notamment aux Etats-Unis<sup>452</sup>.

### 3) L'évolution en Allemagne

**187.** Dans le cas allemand, l'art.52 AFV précise, sous la Confédération germanique, que les missions fédérales sont financées par le biais de contributions des Etats membres. Il poursuit que la Diète détermine la part à verser par chaque Etat après avoir fixé les dépenses.

<sup>443</sup> BANQUE NATIONALE SUISSE, *Ibid.*, pp.71-74. AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Ibid.*, p.396.

<sup>444</sup> DUBEY (B.), *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences*, Paris, LGDJ, 2002, p.756.

<sup>445</sup> KNAPP (B.), Confédération et cantons, L'influence des crises sur l'évolution de leurs relations, *Pouvoirs*, 1987, n°43, pp.31-41.

<sup>446</sup> On notera notamment l'art.31<sup>bis</sup> aCS 1874 qui vise des "mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique des citoyens".

<sup>447</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 440), p.396 et p.403 ; BANQUE NATIONALE SUISSE, *Banque...*(*op.cit.* note 438), p.78. Sur la répartition des ressources financières, voir aussi : DAFFLON (B.), Les grands chantiers du fédéralisme financier suisse : expérience unique ou exportable ?, in : MIGNOLET (M.) (dir.), *Le fédéralisme fiscal. Leçons de la Théorie économique et expériences de 4 Etats fédéraux*, Bruxelles, De Boeck, 2005, pp.39-51.

<sup>448</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Ibid.*, p.396.

<sup>449</sup> *Ibid.*, p.404.

<sup>450</sup> *Ibid.*, p.405. Sur la répartition des ressources financières en Suisse, voir aussi : DAFFLON (B.), Les grands...(*op.cit.* note 447), pp.39-51.

<sup>451</sup> Vorbild Schweizerische Währungsunion, *Tages Anzeiger*, 12 juillet 2012 :

<http://blog.tagesanzeiger.ch/nevermindthemarkets/index.php/9046/vorbild-schweizerische-waehrungsunion/>

Voir sur la péréquation en Suisse : Partie II chapitre I section I §3 C.

<sup>452</sup> BARBIER-GAUCHARD (A.), Les questions...(*op.cit.* note 367), p.15.

**188.** Le projet de Constitution de 1849 prévoyait dans son art.X le financement fédéral. On trouve au §49 comme première ressource une partie des droits de douanes et des impôts sur la production et la consommation. Le §50 prévoyait en outre que le pouvoir fédéral pouvait recourir aux contributions des Etats membres si les autres ressources ne suffisaient pas. Enfin, le §51 donnait compétence aux autorités fédérales dans des cas exceptionnels pour prélever des impôts impériaux ou recourir à des prêts.

**189.** Les finances sous la Confédération germanique et sous le Second Empire sont un compromis entre le partage des revenus des impôts et un système de contributions des Etats. L'art.70 RV (70 CCN) dispose que sont affectés pour les dépenses communes les droits de douane, les impôts sur la consommation, ainsi que les revenus provenant des postes et télégraphes. Il ajoute en cas d'insuffisance de ces recettes la possibilité de créer des impôts impériaux nouveaux, ou si de tels impôts n'ont pas été créés, de compléter avec des contributions des Etats. Ce système de contribution n'avait été institué que comme solution transitoire jusqu'à ce que des impôts impériaux soient créés<sup>453</sup>. Cependant, les Länder étaient restés attachés à une part de contributions pour garder la mainmise sur le système impérial, craignant une indépendance financière de ce dernier<sup>454</sup>, et par respect pour eux, le pouvoir de création d'impôts n'a pas été utilisé jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>455</sup>. Mais, même concernant les ressources propres de l'Empire, la situation était loin d'être simple, les Länder ayant sous la houlette du député Georg Freiherr von und zu Franckenstein limité le montant des revenus des douanes et du tabac pouvant revenir à l'Empire suite à l'augmentation importantes des recettes ayant découlé de la politique protectionniste dès 1879 ; le surplus devait être reversé aux Länder<sup>456</sup>. Il est à noter que cette clause législative, qui pouvait être considérée comme contraire à l'art.70 RV<sup>457</sup>, ne sera abrogée qu'en 1904 avec l'adoption d'une loi constitutionnelle modifiant ce même art.70 RV. Cette modification constitutionnelle permettra de répondre aux besoins de financement grandissant de l'Empire tout en assurant aux Länder un contrôle par le biais du Bundesrat<sup>458</sup>. Malgré cela, le système des contributions a été maintenu après cette modification<sup>459</sup>. On retrouve ce phénomène dans l'Union européenne où les Etats veulent conserver la maîtrise des ressources du budget européen en gardant le ressource RNB comme source de financement principale. Par contre, les larges possibilité d'emprunt sous l'Empire ne sont pas ouvertes dans le cadre européen. Fritz Scharpf souligne à cet égard qu'en l'absence d'impôts fédéraux complémentaires, la 1<sup>ère</sup> Guerre mondiale a été financée par une dette de l'Empire toujours plus grande<sup>460</sup>.

**190.** Le système des contributions est définitivement abandonné sous Weimar en contrepartie d'une obligation d'aider les Länder. Les recettes fédérales proviennent désormais uniquement d'impositions fédérales. On se trouve ainsi dans le système dont Ernst Rudolf Huber indique qu'il favorise le pouvoir du niveau fédéral au détriment des entités fédérées<sup>461</sup>.

**191.** La Loi fondamentale va revenir vers un système plus favorable à l'autonomie des Länder. Les débats menés dans le cadre des discussions préparatoires ont porté sur l'existence

---

<sup>453</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 17), Bd. 4, 1914, p.379.

<sup>454</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 8), Bd.III, p.951.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p.947.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p.951. On notera, ce qui n'étonnera guère, que le député en question était bavarois.

<sup>457</sup> En ce sens : *Das Staatsrecht...* (op.cit. note 17), Bd. 4, 1914, p.518.

<sup>458</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 8), Bd.III, pp.952-953.

<sup>459</sup> Voir pour des précisions : *Ibid.*, p.954.

<sup>460</sup> SCHARPF (F.), *Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2009, p.16.

<sup>461</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 8), Bd.III, p.950.



d'une administration financière fédérale, l'importance des impôts laissés aux Länder, et la péréquation financière entre Länder. Les Alliés défendaient une séparation stricte des compétences et des ressources financières des deux niveaux fédéral et fédéré, mais ils ont fait face à une forte résistance du conseil parlementaire<sup>462</sup>. Cette dernière instance qui était chargée de rédiger la Constitution soulignait notamment le coût d'une double administration financière et les risques de mise en cause de l'unité économique, sans compter qu'une telle séparation stricte était en outre considérée impossible par les experts financiers<sup>463</sup>. Finalement, le principe d'une séparation stricte a été posé par l'art.108 LF et les Länder ont été chargés de l'administration financière. Toutefois, le compromis atteint n'a satisfait personne. D'un côté, *"la compétence administrative des Länder [était] certes juridiquement assurée sur un plan formel"*, mais en pratique, la décision étant prise à la majorité au Bundesrat, un Land peut être mis en minorité et se voir imposer un cadre qu'il n'a pas soutenu. De l'autre, le niveau fédéral est dépendant pour l'essentiel de ses ressources d'un accord dudit Bundesrat<sup>464</sup>. Il faut toutefois souligner que les critiques concernant cet enchevêtrement ne visaient pas le renforcement par ce biais du niveau fédéral mais au contraire le renforcement des Länder qui étaient vus comme les véritables responsables des administrations<sup>465</sup>.

En 1955, une répartition définitive des impôts est enfin fixée. Elle prévoit notamment que l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés sont communs avec une clef de répartition entre les deux niveaux. Finalement, l'art.104a§1 LF, inséré en 1969 suite à une révision constitutionnelle, pose le principe que chacun des deux niveaux supporte les dépenses liées à ses tâches, même si des exceptions sont admises. Le niveau fédéral dispose d'une compétence exclusive en matière de droits de douanes, impôts sur les produits pétroliers, les transports routiers et le tabac en vertu de l'art.106§1 LF. Les Länder ont quant à eux le bénéfice exclusif des impôts sur le capital, les successions, les automobiles, la bière et les maisons de jeux en vertu de l'art.106§2 LF. Mais pour l'essentiel les impôts relèvent des compétences partagées (impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés, impôts sur le chiffre d'affaires) et les règles du partage des impôts communs sont fixées pour une part dans la Constitution, pour une autre dans une loi soumise à l'accord du Bundesrat selon l'art.106 III LF. Les Länder les plus riches ont critiqué dès le début le système des dotations fédérales, et exigé une part plus importante des impôts, mais se sont heurtés au gouvernement fédéral et aux Länder les plus faibles qui soutiennent la péréquation<sup>466</sup>.

Dans l'ensemble, il peut être conclu que les *"Länder disposent traditionnellement de ressources relativement abondantes même si [le Bund] a la compétence législative, exclusive ou concurrente selon les cas, pour tous les impôts dont tout ou partie du produit lui revient ou encore pour ceux pour lesquels l'adoption de règles uniformes est nécessaire (art. 105,§ 1 et 2)"*<sup>467</sup>. Nous verrons toutefois que la réforme de 1969 a mis fin au système de séparation des finances pensé par les Alliés en introduisant des bases permettant notamment des subventions aux Länder dans le cadre de tâches communes<sup>468</sup>.

---

<sup>462</sup> Stefan OETER rapporte qu'un accord avait été conclu entre le CSU Ehard et le SPD Menzel sur le principe du Bundesrat soutenu par le CSU en échange d'une absence d'égalité entre les deux chambres dans la procédure législative et d'une « constitution financière » plus unitaire, ce qui avait été fortement critiqué par Konrad Adenauer (*Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht : Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, Mohr, 1998, p.129).

<sup>463</sup> Voir : *Ibid.*, pp.131-132, p.136 et p.173.

<sup>464</sup> *Ibid.*, respectivement p.138 et p.142.

<sup>465</sup> Souligné par : *Ibid.*, p.174.

<sup>466</sup> SCHARPF (F.), *Föderalismusreform : kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt, Campus, 2009, p.24.

<sup>467</sup> FROMONT (M.), *La réforme du fédéralisme allemand de 2006*, RFDC, n°70, 2007, p.239.

<sup>468</sup> Voir *infra* partie II chap.I sect.I §3.

Ce système financier s'inscrit dans un Etat fédéral et nécessiterait donc des adaptations s'il devait être transposé à l'Union européenne. Au-delà, il peut être souligné que la question de la création d'un impôt sur le revenu européen ou d'un impôt visant les sociétés européennes ou du versement d'une part d'un de ces deux impôts, à l'instar de ce qui existe dans les autres systèmes fédéraux étudiés, apparaît prématurée. La Commission souligne notamment concernant le versement d'une part de l'impôt sur les sociétés qu'il pose le problème de l'absence d'harmonisation en la matière entre les Etats membres et que les différences reposent sur des choix politiques que les Etats ne sont pas encore prêts à modifier. En outre, elle ajoute que la complexité de la réforme engendrée serait énorme puisqu'elle impliquerait une réorganisation de l'ensemble des systèmes fiscaux des Etats membres et la mise en place d'un système de contrôle au niveau européen<sup>469</sup>.

**192.** Pour terminer, il est à noter que l'union monétaire a pris du temps et que la nécessité d'une stabilisation économique en Allemagne ne s'est faite sentir qu'au XX<sup>e</sup> siècle. Le traité de l'Union douanière (Zollverein) de 1833 précise certes dans son art.14§1 que les Etats membres veulent agir dans le sens de l'adoption d'une monnaie commune, mais il faut attendre le Second Empire pour qu'une telle monnaie soit adoptée. L'unification monétaire n'a pu aboutir qu'avec l'unification politique sous l'égide de la Prusse<sup>470</sup>. Elle a été au départ un système avec des monnaies étalon avant d'évoluer vers une monnaie commune. En 1876, la Reichsbank est établie par une transformation de la banque centrale de Prusse, mais si au départ 33 banques régionales pouvaient émettre des billets<sup>471</sup>, c'était à des conditions strictes concernant leur dénomination et leur volume<sup>472</sup>. Par ailleurs, les banques privées étaient forcées de choisir entre l'émission de billets valide au seul plan régional et pouvoir avoir une activité sur l'ensemble du territoire impérial. Il n'y a donc pas eu le même problème qu'aux Etats-Unis d'actions divergentes entre différentes banques portant atteinte à la stabilité de l'union monétaire. Par ailleurs, il n'y avait pas de nécessité de discuter la compétence fiscale fédérale de stabilisation en 1871 car les Etats avaient des budgets en équilibre ; le rôle financier fédéral n'a été augmenté en Allemagne qu'avec la Première guerre mondiale et surtout avec l'augmentation des dépenses sociales et militaires à l'approche de la seconde guerre mondiale<sup>473</sup>.

## ***Conclusion du chapitre préliminaire***

**193.** Le pacte fédératif est conclu entre des Etats sur une base volontaire comme les traités ordinaires mais s'en différencie car il encadre l'ensemble des domaines de compétence des Etats contractants et fonde non pas une simple organisation internationale mais une union politique fédérale.

La théorie de l'Institution d'Hauriou permet alors d'expliquer comment un pacte entre Etats peut créer une Fédération ainsi que le mécanisme général permettant de la stabiliser. L'adaptation de cette théorie par Jacques Chevallier met ensuite en exergue un aspect peu étudié par Hauriou mais qui se révèle essentiel dans la perspective de la Fédération, le caractère

---

<sup>469</sup> SEC(2011) 876 final, pp.42-43.

<sup>470</sup> VANSAY (X. de), *Monetary Unions in Historical and Comparative Perspective*, p.21 [http://www.umar.gov.si/fileadmin/user\\_upload/konference/08/08\\_xv1.pdf](http://www.umar.gov.si/fileadmin/user_upload/konference/08/08_xv1.pdf). Voir aussi sur cette union monétaire et la comparaison avec la zone euro : HOLTFRERICH (C.-L.), PORTES (R.), *The monetary unification process in 19th century Germany : relevance and lessons for Europe today*, in : DE CECCO (M.), GIOVANNINI (A.) (éd.), *A European Central Bank ? Perspectives on monetary unification after ten years of the EMS*, Cambridge University, 1989, pp. 216-243.

<sup>471</sup> VANSAY (X. de), *Ibid.*, p.15.

<sup>472</sup> BORDO (M.), JONUNG (L.), *The future...* (*op.cit.* note 386), p.13.

<sup>473</sup> JAMES (H.), *Monetary and fiscal unification in nineteenth century Germany : What can Kohl learn from Bismarck ?*, Princeton University, 1997, pp.32-33.

dynamique créé par les tensions entre l'institué et l'instituant ou, traduit en terme fédéral, entre les autorités fédérales et les Etats membres.

**194.** Il est possible de dégager un modèle général de nature politique du pacte fédératif à partir de trois éléments qui se retrouvent dans une Fédération à un niveau variable : la défense, les relations économiques, et le statut d'appartenance fédérale.

Il n'est pas nécessaire que les autorités fédérales possèdent une compétence de défense, mais il est par contre indispensable qu'un conflit militaire entre les Etats soit empêché non seulement directement, mais encore indirectement par le biais d'alliances. Le but fondamental de la construction européenne était d'assurer la paix entre les Etats membres et non de mettre en place une union destinée à assurer une défense commune vis-à-vis de l'extérieur. En outre, les risques de conflits indirects par le jeu d'alliances contraires sont écartés puisque les Etats membres sont soit neutres soit membres de l'OTAN. En outre, une clause de défense militaire mutuelle en cas d'agression a été introduite dans le cadre des traités européens. Par contre, l'Union européenne a vocation à mettre en œuvre une politique étrangère et de défense commune afin d'assurer une protection effective des intérêts européens au plan international.

Concernant les relations économiques, elles n'étaient pas particulièrement favorisées entre les Etats membres au début des Fédérations américaine, suisse et allemande. L'Acte de 1815 prévoyait certes la possibilité d'une union douanière, la Zollverein, entre les Etats membres de la Confédération germanique, mais celle-ci n'a été possible qu'en dehors de ce pacte, et entre un certain nombre d'Etats membres. Cette Zollverein a, par contre, utilement contribué au renforcement des liens entre ces Etats favorisant l'unification allemande ultérieure. *A contrario*, la prévention d'une guerre commerciale entre les Etats membres de l'Union américaine a été l'une des raisons de la réunion de la tenue de la Convention de Philadelphie destinée à renforcer les pouvoirs d'action fédérale. Pour l'Union européenne, la mise en place d'un marché commun était au cœur du pacte fédératif originel, les buts de ses auteurs étant d'assurer la paix par l'interdépendance qui en résulterait entre les Etats l'ayant conclu.

Cependant, que la Fédération soit basée sur la défense ou sur un marché commun, l'important est qu'il y ait la volonté des auteurs du pacte de conférer un statut d'appartenance à l'entité créée. La part de ce statut dans la stabilité de la Fédération joue un rôle différent en fonction du régime politique des Etats membres de la Fédération et augmente avec leur démocratisation. Ainsi, dans le système de la Confédération germanique, les liens entre les Etats membres reposent encore très largement sur la parole donnée entre les monarques, faisant le lien avec le régime féodal du Saint Empire ; le sentiment d'appartenance commun s'y est développé tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle permettant dans ce cas à la Fédération de soutenir l'action de la Prusse pour un nouveau fondement avec la Constitution de la Confédération du Nord. Dans les systèmes américain, suisse – à partir de 1848 –, et européen, le statut d'appartenance fédérale joue un rôle stabilisateur encore plus essentiel en raison du régime démocratique des membres.

Il est enfin à noter que la capacité financière des autorités instituées par le pacte n'est pas un critère de qualification du pacte fédératif. Par contre, c'est un facteur de stabilisation.

A cet égard, l'Union européenne s'est développée dans un système marqué par la mondialisation économique qui exige une action de stabilisation économique de la part des autorités fédérales. L'évolution des capacités d'action européennes doit donc être plus rapide que celle constatée dans le cadre des Fédérations créées au XIX<sup>e</sup> siècle.

Ainsi, l'autonomie financière de l'Union européenne lui permettant de mener à bien les politiques dans ses domaines de compétence doit être renforcée, même si son évolution peut être plus lente que le développement de mécanismes de stabilisation de l'économie. Nous soulignerons, pour terminer sur ce point, que les dernières propositions d'évolution formulées par la Commission, et qui sont en cours de discussion, ont peu de chances d'aboutir. En effet, de nombreux Etats membres, au premier rang desquels le Royaume-Uni, ont indiqué qu'ils désiraient voir le budget européen réduit ou tout au moins stable, tout comme le sont actuellement les budgets nationaux.

## ***Chapitre I : La stabilisation de la Fédération : le processus d'institutionnalisation***

**195.** Il est possible de dégager une différence entre deux grands types de fédéralisme, dualiste et coopératif, qui implique des effets sur les caractéristiques du processus d'institutionnalisation qui permet la stabilisation de la Fédération. Comme le souligne Ulrich Häfelin, l'expression fédéralisme coopératif peut donner l'impression fautive qu'il peut y avoir fédéralisme sans coopération, alors qu'en réalité elle renvoie à l'idée qu'une constitution fédérale peut mettre l'accent plutôt sur la séparation des compétences comme les Etats-Unis ou plutôt sur l'interpénétration comme la Suisse<sup>474</sup>.

Dans le cas du fédéralisme dualiste, il y a en théorie une séparation stricte entre les domaines de compétences des deux niveaux, fédéral et étatiques<sup>475</sup>. Chacun dispose de compétences qu'il exerce avec ses propres autorités législatives, exécutives et judiciaires. S'y oppose le fédéralisme coopératif dans lequel les deux niveaux sont dépendants au moins partiellement l'un de l'autre pour la législation, le financement, l'exécution<sup>476</sup>. Comme le souligne Fritz Scharpf, une participation des gouvernements des Etats membres à la formation de la volonté du niveau fédéral n'a pas de justification en soi dans le cas du fédéralisme dualiste<sup>477</sup>. Les problèmes rencontrés par la Confédération américaine qui dépendait de la bonne volonté des Etats pour l'exécution de ses décisions permettent *a contrario* d'expliquer le choix du dualisme avec la Constitution de 1787. Au contraire, comme le relève le même auteur, les Etats membres ayant une tradition d'administration propre qui fondent une union fédérale lui donnent une forme coopérative, et se réservent une participation par le biais de leurs gouvernements à la législation fédérale<sup>478</sup>. Ceci permet d'expliquer l'adaptation du modèle coopératif au contexte de l'Union européenne ainsi que les différences entre ce dernier, l'Allemagne, et la Suisse d'une part (2), et les Etats-Unis d'autre part (1). Il est à noter qu'il ne s'agit que d'une dominante, aucun des systèmes fédéraux appliqués ne correspondant aux modèles théoriques dualiste et coopératif. Ainsi, même dans un système principalement dualiste comme celui des Etats-Unis, une coopération s'est développée dans un certain nombre de domaines, et dans les cas de fédéralismes coopératifs, certains domaines ressortent de la compétence exclusive du niveau fédéral ou du niveau fédéré.

### ***1) Le fédéralisme à dominante dualiste des Etats Unis***

**196.** Dans le cadre de la Convention de Philadelphie, deux propositions relatives à l'interprétation et au contrôle de l'application du droit fédéral s'opposaient<sup>479</sup>. Selon une

---

<sup>474</sup> HÄFELIN (U.), *Der Kooperative Föderalismus in der Schweiz*, ZSR, 1969, NF 88, II, p.573.

<sup>475</sup> Voir sur cette théorie notamment : CORWIN (E.), *The Passing of dual federalism*, *Virginia Law Review*, 1950, vol.36 n°1, pp.1-24.

<sup>476</sup> Le fédéralisme coopératif englobe les "*techniques, moyens et institutions qui doivent permettre l'accomplissement dans les meilleures conditions d'efficacité, mais sans rompre l'équilibre fédéral, de tâches d'intérêt national ou régional, en tant que cela implique l'action concertée des administrations centrales et locales ou la coordination des activités législatives ou administratives locales*" (DOMINICE (C.), *Fédéralisme coopératif*, ZSR, 1969, NF 88, II, p.755).

<sup>477</sup> En ce sens : SCHARPF (F.), *Föderalismusreform. kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2009, p.14.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>479</sup> cf. : LENAERTS (K.), *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, 1988, p.679 ; ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000,



première, des juridictions fédérales étaient mises en place pour régler les questions de droit fédéral, sachant que dans le cas où le litige présenterait également des questions relevant du droit d'un Etat, elles devaient appliquer la jurisprudence de l'Etat concerné sur ces points. Selon une seconde, les juges des Etats étaient juges de droit commun du droit fédéral, pour reprendre la terminologie du droit de l'Union européenne où un tel système est appliqué, et une Cour suprême fédérale était seule compétente pour se prononcer en cas de problème d'interprétation ou d'application du droit fédéral. Mais même dans ce second système, la Cour suprême était chargée de régler le litige en se prononçant sur l'application des règles fédérales dans l'espèce. Le choix se traduisant à l'article III de la Constitution américaine a été de donner au Congrès la compétence de créer des juridictions fédérales. Sur cette base, des cours de districts (US District Courts), juridictions de première instance, et des cours d'appel (US circuit Courts) ont été créées. Les Etats ont quant à eux trois niveaux de juridiction avec au sommet une cour suprême, tout comme le niveau fédéral.

Au niveau de l'exécution du droit fédéral, il est à noter que le gouvernement fédéral américain ne disposait au XIX<sup>e</sup> siècle que d'une administration limitée<sup>480</sup>. Il faut toutefois souligner pour éviter tout contresens que le contexte américain est marqué par une domination de la doctrine politique libérale en faveur d'une limitation du rôle des autorités publiques aussi bien au niveau fédéral que fédéré. Ce n'est qu'avec un certain recul de cette doctrine dans les années 1920-1930 et le développement de l'Etat providence que des besoins importants en termes d'exécution vont requérir la création de nombreuses administrations fédérales. Ainsi si en 1887 le Congrès vote l'Interstate Commerce Act qui crée l'Interstate Commerce Commission, considérée comme la première agence fédérale de régulation, chargée de lutter contre les abus et discriminations dans le domaine des chemins de fer, c'est essentiellement sous le New Deal et surtout après la 2<sup>e</sup> guerre mondiale, que les agences fédérales ont été développées.

Nous rejoignons Arthur Gunlicks quand il rejette l'idée que la guerre de Sécession ait marqué la fin du fédéralisme dualiste, estimant qu'il y a eu en réalité des vagues successives, d'abord en faveur des Etats, puis de l'Etat fédéral et depuis quelques temps de nouveau en faveur des Etats<sup>481</sup>.

Un argument contre l'interprétation du système américain en termes de dualisme rigide se trouve toutefois dans l'art. I sect. 10. Il ne serait en effet pas nécessaire de préciser que, dans certains domaines, les Etats membres ne peuvent agir si les compétences étaient réparties de façon toujours exclusive<sup>482</sup>. En outre, même les Etats-Unis ont connu une évolution du fédéralisme dualiste vers une certaine forme de fédéralisme coopératif par le biais notamment du développement important des subventions fédérales et des agences fédérales. De même, si jusque dans les années 1930, la Cour suprême faisait une présentation dualiste du fédéralisme américain, sa décision *Stewart Machine Co. v. Davis*<sup>483</sup> de 1937 constitue une rupture<sup>484</sup>. La théorie dualiste revient toutefois au sein de la Cour avec l'affaire *National league of cities v. Uesery* de 1976<sup>485</sup>.

---

p.16.

<sup>480</sup> Cf. SKOWRONEK (S.), *Building a new American state. The expansion of national administrative capacities, 1877-1920*, Cambridge University Press, 1982, 389 p. ; GUNLICKS (A.), *Föderative Systeme im Vergleich : die USA und Deutschland*, in : ARNIM (H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Duncker & Humblot, 2000, p.9.

<sup>481</sup> GUNLICKS (A.), *Ibid.*, p.44. Nous nous en séparerons par contre sur la question du détenteur de la souveraineté qui reste selon lui encore non tranchée. Ces vagues successives concernant le poids respectif des deux niveaux s'inscrivent bien pour nous au sein d'un Etat fédéral, et non plus d'une Fédération

<sup>482</sup> REDISH (M.), NUGENT (S.), *The Dormant Commerce Clause and the Constitutional Balance of Federalism*, *Duke Law Journal*, 1987, n°4, p.585.

<sup>483</sup> 301 U.S. 548 (1937).

<sup>484</sup> En ce sens : HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p.36.

<sup>485</sup> 426 U. S. 833 (1976). Cf. partie II chap. sect.I §2 B. 2) sur l'évolution de cette jurisprudence.

D'une façon générale, malgré les atténuations par le phénomène des subventions et la présentation fluctuante de la jurisprudence, le système américain reste fondamentalement dualiste<sup>486</sup>. Un exemple de l'intériorisation du dualisme par les américains est donné par la présentation faite par Joseph Hoffmann et Peter Law au début de leur ouvrage sur le droit pénal fédéral américain. Ils écrivent que l'existence d'une compétence pénale fédérale pour la tentative d'attentat contre le Président Reagan en mars 1981 alors qu'une telle compétence n'existait pas lors de l'assassinat du Président Kennedy en novembre 1963 a permis de mieux protéger l'auteur des faits<sup>487</sup>. Joseph Hoffmann et Peter Law le justifient par la protection des intérêts du gouvernement fédéral<sup>488</sup>. Le raisonnement ne va néanmoins pas de soi car il part de la moins bonne protection assurée par la police étatique que par la police fédérale. Or, si une négligence en 1963 est manifeste, elle ne permet pas de justifier qu'une compétence fédérale serait nécessaire. La défense de l'intérêt fédéral pourrait certes se justifier par la fonction de la victime, Président des Etats-Unis, mais l'effectivité du droit fédéral n'est pas ici en jeu, il est seulement possible invoquer l'opportunité d'une compétence pénale fédérale pour mener l'enquête dans l'ensemble du territoire des EU. La seule justification relative à l'intérêt fédéral est sinon *a posteriori*, éviter l'application d'une loi de l'Etat dans lequel l'auteur des faits les aurait commis. Seulement cet argument n'est pas valable car le dualisme appliqué en matière pénale a conduit la Cour suprême à écarter le principe *non bis in idem*, aussi appelé "double jeopardy clause" aux EU quand l'Etat fédéral et l'Etat fédéré ou quand deux Etats fédérés poursuivent car ils sont considérés comme des Etats souverains distincts<sup>489</sup>. Ainsi le raisonnement de Joseph Hoffmann et Peter Law ne peut se comprendre que par leur intériorisation du dualisme fédéral.

Le dédoublement de compétence en matière de poursuite pénale n'est pas sans poser problème. La jurisprudence en la matière a été justifiée par la Cour en raison du caractère "choquant" de la peine souvent bien plus faible en droit fédéral par rapport au droit étatique, à l'instar de l'affaire *Screws v. United States* de 1945<sup>490</sup> où la peine maximale était de un ou deux ans de prison alors que le droit de l'Etat prévoyait la peine capitale<sup>491</sup>. Si elle est critiquée, et que de nombreux Etats interdisent une poursuite étatique après une poursuite fédérale, il est rétorqué qu'elle permet de lutter contre le cas de violations des droits par les fonctionnaires locaux le risque d'un procès non équitable à l'instar de l'affaire *Rodney King*, dans laquelle des policiers qui avaient battu à mort un afro-américain avaient été acquittés par un jury entièrement composé de blancs<sup>492</sup>. Toutefois l'argumentation de la discrimination par des fonctionnaires étatiques et celle de la double citoyenneté ne peut être reprise pour justifier l'application cumulée du droit de deux Etats fédérés comme dans l'arrêt *Heath v. Alabama* de 1985<sup>493</sup>.

<sup>486</sup> Pour un avis contraire, estimant déjà en 1979 que le fédéralisme américain ne présentait plus une allocation exclusive de pouvoir à chaque niveau, qu'un tel système ne pouvait fonctionner à une époque de système de gouvernement multiniveaux, voir BEER (S.), federalism, nationalism, and democracy in America, *The American Political Science Review*, 1979, vol.72, p.9.

<sup>487</sup> LOW (P.), HOFFMANN (J.), *Federal Criminal Law*, New York, Foundation Press, 1997, p.13.

<sup>488</sup> "Alors qu'on pourrait discuter le besoin d'invoquer la majesté de la procédure pénale fédérale pour protéger [...] [les auteurs dans ces deux cas], il n'y a pas de doute que la protection des intérêts gouvernementaux des Etats-Unis est une fonction appropriée pour le droit pénal fédéral" : *Ibid.*

<sup>489</sup> Dans deux arrêts de 1959, la Cour suprême indique en effet que cette clause n'interdit que les poursuites multiples par le même souverain : *Bartkus v. Illinois* (359 U.S. 121 (1959)) et *Abbate v. United States* 359 U.S. 187 (1959) cités par LOW (P.), HOFFMANN (J.), *Federal...* (*op.cit.* note 487), p.14.

<sup>490</sup> 325 U.S. 91 (1945).

<sup>491</sup> Un passage de l'arrêt *Bartkus* l'affirme (cité par LOW (P.), HOFFMANN (J.), *Ibid.*).

<sup>492</sup> Une poursuite fédérale n'était en effet possible que sur la base des droits fondamentaux énoncés aux 13<sup>e</sup>, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> amendements, avec nécessité de prouver que les policiers avaient agi avec l'intention de violer les droits civils de M. King. Voir sur cette question : AMAR (A.), MARCUS (J.), Double jeopardy law after Rodney King, *Columbia Law Review*, 1995, vol. 95 n°1, pp.1-59.

<sup>493</sup> 474 U.S. 82 (1985). Dans l'espèce, un homme qui avait engagé deux hommes pour kidnapper sa femme en

## 2) *Le fédéralisme coopératif allemand, suisse et européen*

197. A la différence des Etats-Unis, les systèmes allemand, suisse et européen connaissent un fédéralisme coopératif.

198. Dans le contexte allemand, l'exécution des lois fédérales relève sous la Confédération du Nord et le Second Empire en principe de la compétence des Länder. L'art.4 RV (4 CCN) confère seulement un droit de contrôle aux autorités impériales sauf pour les rares matières où il est directement compétent en vertu de la Constitution ou d'une loi impériale. Néanmoins les fonctionnaires impériaux ont joué un rôle unificateur grâce à leur neutralité vis-à-vis des différents intérêts dans la société et des conflits politiques, mais aussi parce qu'ils ont su coopérer avec les Länder, le Bundesrat, et les différents partis au Reichstag<sup>494</sup>.

Sous la République de Weimar, l'art.14 WRV reprend le principe selon lequel l'administration et l'exécution des lois essentiellement affaire des Länder. Il est toutefois à noter qu'un certain nombre d'administrations fédérales ont été établies sur la base des art.78 et s. WRV, et suite à la réforme financière de 1919<sup>495</sup>.

Sous la Loi fondamentale, l'art.83 LF pose la compétence de principe des Länder en matière d'exécution des lois fédérales et les domaines de l'administration fédérale, qui restent limités, sont énumérés à l'art.87 LF. Il s'agit pour l'essentiel pour l'essentiel des affaires étrangères, de l'armée, de la perception des impôts fédéraux et des douanes. Ainsi, les agents publics fédéraux ne forment qu'un cinquième de l'ensemble des agents publics<sup>496</sup>.

Le rôle unificateur joué par une juridiction explique l'âpreté des débats à l'époque de la Confédération germanique pour introduire un tribunal fédéral, les Etats membres craignant une perte de leur influence, et permet *a contrario* de comprendre que les partisans d'un pouvoir central fort, lors de la préparation du projet de Constitution en 1848 et dans les années ayant précédé la fondation de la Confédération du Nord, aient soutenu la mise en place d'une cour fédérale<sup>497</sup>. Le Reichsgericht est finalement mis en place par une loi de 1877<sup>498</sup>. Cette loi encadre également l'organisation des juridictions au sein des Länder ainsi que la procédure qui est appliquée en leur sein, et prévoit leur subordination au pouvoir de révision du Reichsgericht en matière de droit civil et de droit pénal, que le litige relève du droit fédéral ou du droit des Länder<sup>499</sup>. Il n'existe pas par contre de compétence juridictionnelle administrative générale, et des juridictions administratives fédérales sont mises en place dès cette époque<sup>500</sup>. Enfin, pour les litiges entre les Länder ou entre les Länder et les autorités fédérales, c'est le Bundesrat qui est compétent.

Le Reichsgericht est maintenu sous Weimar pour l'uniformité des décisions de justice en matière civile et pénale, mais la compétence juridictionnelle de principe reste du ressort des Länder<sup>501</sup>. En outre, le Reichsgericht se voit conférer la compétence en matière de règlement des litiges entre Länder et entre les Länder et les autorités fédérales.

Sous la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle reprend cette dernière compétence. En

---

Alabama puis la tuer en Géorgie est condamné à la prison à vie en Géorgie, puis condamné à mort en Alabama.

<sup>494</sup> Souligné par : HUBER (E. R.), *Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.III*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1988, pp.966-968.

<sup>495</sup> BOLDT (H.), *Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.II*, éd. deutscher Taschenbuch Verlag, 1993, p.232.

<sup>496</sup> FROMONT (M.), *La réforme du fédéralisme allemand de 2006, RFDC*, n°70, 2007, p.239.

<sup>497</sup> Souligné par HUBER (E. R.), *Deutsche... (op.cit. note 494)*, Bd.III, pp.974-975.

<sup>498</sup> Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, *Deutsches Reichsgesetzblatt*, 1877, n°4, p.41.

<sup>499</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche... (op.cit. note 494)*, Bd.III, p.979.

<sup>500</sup> *Ibid.*, p.985.

<sup>501</sup> BOLDT (H.), *Deutsche... (op.cit. note 495)*, p.232.



outre, il existe plusieurs juridictions suprêmes au niveau fédéral : un Tribunal fédéral administratif, un Tribunal fédéral du travail, un Tribunal fédéral en matière sociale, une Cour fédérale des finances et une Cour fédérale (Bundesgerichtshof) compétente pour les litiges en droit pénal et en droit civil qui ne relèvent pas des autres juridictions fédérales.

199. Le fédéralisme est qualifié en Suisse comme en Allemagne de "*fédéralisme d'exécution*" car pour l'essentiel ce sont les cantons qui sont responsables de la mise en œuvre des lois fédérales<sup>502</sup>. En théorie, comme dans le cas américain la Confédération suisse est certes habilitée à exercer les fonctions législatives et exécutives qui ressortent de ses domaines de compétence, mais dans la pratique, les dérogations prévues dans la Constitution ou la législation fédérale sont plutôt la règle que l'exception<sup>503</sup>. Pour l'exécution des lois fédérales, les autorités fédérales peuvent choisir l'organe compétent, et conservent un droit de surveillance<sup>504</sup>. Il est à noter que la Constitution de 1999 a rapproché le texte constitutionnel de la réalité en posant à l'art.46§1 une clause énonçant que "*les cantons mettent en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi*".

En matière juridictionnelle, le juge cantonal est "*juge ordinaire du droit fédéral*" sauf quand la Constitution fédérale réserve cette compétence<sup>505</sup>. Au-delà, un Tribunal fédéral a été créé comme juridiction fédérale en 1848 comme institution non permanente se réunissant quand elle est saisie d'un litige. L'art.101 aCS 1848 précise qu'il a compétence pour les litiges de droit civil entre cantons, entre les cantons et la Confédération, en cas d'action de personnes privées contre la Confédération dans des cas déterminés par la loi fédérale. L'art.103 aCS 1848 ajoute qu'une loi fédérale doit préciser les compétences en matière pénale. L'art.105 aCS prévoit en outre qu'il peut connaître des violations des droits garantis par la Constitution si l'Assemblée fédérale le saisit. Par contre, c'est l'Assemblée fédérale qui est chargée de trancher les litiges entre cantons ainsi que des litiges de droit public entre la Confédération et les cantons.

Avec la révision constitutionnelle totale de 1874, le Tribunal fédéral remplace l'Assemblée fédérale dans le règlement des litiges de droit public entre cantons, et entre les cantons et la Confédération. L'art.110 et l'art.113 lui donnent compétence au tribunal pour l'ensemble des litiges respectivement civils et publics, sous la réserve qu'une loi n'attribue pas compétence à l'Assemblée fédérale pour en connaître<sup>506</sup>.

Avec la révision constitutionnelle totale de 1999, cette réserve a été abolie et les différentes compétences antérieures du Tribunal sont reprises à l'art.189 CS. L'Assemblée fédérale conserve toutefois une compétence en matière de règlement des litiges entre les autorités fédérales suprêmes selon l'art.173§1 i) CS. En outre, deux juridictions fédérales ont été créées sur la base de l'art.191a CS pour désengorger le Tribunal fédéral : un Tribunal pénal

---

<sup>502</sup> Souligné par : OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, Avis de droit du 10 novembre 1998 : "Surveillance fédérale. Notion et modalités", *JAAC*, 2000, vol.64, n°24, pt.II. Cf. aussi : FLEINER (F.), *Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz*, in : ID., *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1941, pp.197-213 ; SCHOLLENBERGER (J.), *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berlin, éd.

fédéral et un Tribunal administratif fédéral qui sont entrés en fonction respectivement en 2004 et en 2007.

**200.** Concernant l'Union européenne, un rapport du Sénat de 2002 résume un même type de contexte qu'en Suisse et en Allemagne. Il énonce qu' "*on ne peut espérer tracer une frontière entre les compétences de l'Union et celles des États membres, ce qu'en termes juridiques, on appelle le « fédéralisme dualiste » ; la construction européenne relève plutôt du « fédéralisme coopératif » où les compétences sont très largement partagées*"<sup>507</sup>.

L'administration propre de l'UE est limitée, le nombre de ses fonctionnaires et agents contractuels était en 2009 de 40000, à rapprocher des 56000 de la seule ville de Paris<sup>508</sup>. Il est en particulier à relever que ses ressources "*sont perçues par les administrations nationales, tandis que les dépenses communautaires sont pour l'essentiel réalisées par les services nationaux*"<sup>509</sup>, et que l'art.299 TFUE (256 CE ; 192 CEE) prévoit que l'exécution forcée d'une sanction pécuniaire est réalisée par l'Etat sur le territoire duquel se trouve la personne soumise à cette sanction.

Comparant avec l'Allemagne où la Loi fondamentale distingue selon que les Länder ont un pouvoir propre ou un pouvoir délégué d'exécution des lois fédérales aux art.83 à 85 LF, Marc Blanquet relève qu'au niveau européen, la compétence d'exécution des Etats du droit européen n'est pas considérée comme une délégation de l'UE<sup>510</sup>. Il résume la qualification de la nature de l'action des autorités étatiques en soulignant qu'elles "*n'agissent pas comme des organes indirectes des Communautés ni purement et simplement en tant qu'autorité étatique*", mais en tant qu' "*organes d'un Etat membre d'une Communauté*"<sup>511</sup>. L'importance du système de réseau d'application du droit communautaire entre les autorités administratives des Etats et la Commission est par ailleurs à souligner<sup>512</sup>.

L'Union européenne connaît par ailleurs une subsidiarité juridictionnelle<sup>513</sup>. Comme le résume Bélig Nabli, "*la protection directe, immédiate et effective des droits que les particuliers tirent du droit communautaire dépend du juge national*"<sup>514</sup>. Toutefois, comme le souligne le même auteur, "*l'expression de « juge communautaire de droit commun » ne doit pas être entendue « de manière littérale, mais plutôt symbolique » car « lorsque le juge national connaît du droit communautaire, c'est en tant qu'organe d'un Etat membre, et non en tant qu'organe communautaire, à la suite d'une opération de dédoublement fonctionnel »*"<sup>515</sup>. Des juges au niveau européen assurent ensuite une interprétation et une application uniforme du droit de l'UE, mais ils ne sont pas, contrairement à ce qui est le cas dans les contextes allemand

<sup>507</sup> SENAT, Rapport sur la répartition des compétences dans l'Union européenne (rapporteurs : HAENEL (H.), BLIN (M.), LAGAUCHE (S.), VICON (S.)), 19 février 2002, p.5.

<sup>508</sup> Chiffres donnés par JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, p.197.

<sup>509</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), La coopération interinstitutionnelle. Approche comparative et tentative de systématisation, in : AUVRET-FINCK (J.) (dir.), *L'Union européenne, carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, p.18.

<sup>510</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5 du traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, LGDJ, 1994, p.81.

<sup>511</sup> *Ibid.*, p.84.

<sup>512</sup> En ce sens : BLANQUET (M.), La coopération entre les Etats membres et les institutions communautaires, in : AUVRET-FINCK (J.) (dir.), *L'Union...* (*op.cit.* note 509), p.149.

<sup>513</sup> Voir : SIMON (D.), La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?, *RAE*, 1998, pp.84-94. DUPONT-LASSALLE (J.), La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ?, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, pp.47-71.

<sup>514</sup> NABLI (B.), L'Etat membre : l'« hydre » du droit constitutionnel européen. Une figure étatique à visages multiples, in : *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, p.23 : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/nabli.pdf>.

<sup>515</sup> *Ibid.*, p.24. L'auteur cite les conclusions de l'avocat général Léger dans l'aff.C-224/01 *Köbler*, *Rec.*2003 p. I-10239.



ou suisse une juridiction suprême, compétents pour réformer les jugements des tribunaux des Etats. A la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) qui existe depuis l'origine des traités a été adjoint un Tribunal de première instance (TPI) avec l'Acte Unique européen de 1986 et un Tribunal de la fonction publique en 2004, qui forment depuis le Traité de Lisbonne la Cour de justice de l'Union européenne. Nous précisons toutefois que si l'expression Cour de justice est désormais la dénomination officielle de la CJCE, l'expression Cour de justice de l'Union européenne de manière alternative ainsi que l'abréviation CJUE sont toutefois utilisés en pratique pour parler des arrêts de l'ancienne CJCE rendus depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Par contre la dénomination Tribunal qui remplace celle de TPI s'est imposée.

En contrepartie de ces compétences des Etats membres en matière juridictionnelle, il existe "une obligation de coopération loyale à la charge de toutes les autorités étatiques y compris [...] juridictionnelles"<sup>516</sup>.

**201.** Cette distinction entre fédéralisme dualiste et fédéralisme coopératif a un impact important sur l'impératif de cohérence de la Fédération et d'effectivité du droit fédéral qui constitue une condition de stabilisation de la Fédération (section I). Les mécanismes les garantissant doivent en effet être plus importants dans le second cas que dans le premier.

Aucune différence n'est par contre à relever pour l'autre volet indispensable à la viabilité de l'entité créée par le pacte fédératif, le développement d'un sentiment d'appartenance fédéral (section II). Concernant ce développement d'une identité collective, Raymond Aron estimait certes que le cadre de l'Etat nation était indispensable<sup>517</sup>, et que la citoyenneté était intrinsèquement liée à la nationalité<sup>518</sup>. Mais, les exemples d'unions fédérales montrent qu'une identité peut se créer en dehors d'un cadre national.

## **Section I : L'impératif de cohérence de la Fédération et d'effectivité du droit fédéral**

**202.** La cohérence peut être définie comme la "*propriété attribuée à une totalité en fonction de certains éléments de ses parties relativement à leur intégration dans la totalité*", sachant que "*ses qualités peuvent être d'ordre logique (non contradiction), matériel (homogénéité) voire recourir à la finalité (intégration en fonction d'un projet)*"<sup>519</sup>. Toute Fédération implique des exigences en termes de cohérence que ce soit entre ses membres, entre l'action des autorités fédérales et celle des autorités des Etats membres, et dans l'action des autorités fédérales (§1). Différents moyens existent pour assurer cette cohérence et garantir l'effectivité du droit fédéral même s'ils ne sont pas tous à la disposition de l'Union européenne (§2). Quels que soient les moyens à disposition des Fédérations, les obligations de coopération loyale ou de fidélité fédérale jouent un rôle important dans l'effectivité du droit fédéral et dans la cohérence de l'ensemble, qui est toutefois d'autant plus indispensable que la bonne application du droit fédéral dépend des administrations et juges des Etats membres comme cela est le cas lorsque le système fédéral est coopératif (§3).

---

<sup>516</sup> GAUTRON (J.-C.), Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, pp.5-6.

<sup>517</sup> LAPPARENT (O. de), L'identité européenne selon Raymond Aron : entre mythe et réalité, *RI*, 2009/4, n° 140, p.42.

<sup>518</sup> ARON (R.), Is multinational citizenship possible ?, *Social research*, 1974, n°41, p. 638 (cité par SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr, 2005, p.1).

<sup>519</sup> *Les notions philosophiques, Encyclopédie philosophique universelle*, PUF, 1990, p.349 (cité par BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3 du traité UE : recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, pp.18-19).

## §1. Le contenu de l'impératif de cohérence

**203.** L'impératif de cohérence renvoie tout d'abord à l'homogénéité entre les membres nécessaire afin d'éviter des conflits entre le niveau fédéral et les Etats ou entre les Etats entre eux qui mettraient en danger l'existence de la Fédération, mais aussi une condition préalable au développement d'un sentiment d'appartenance (A). L'idée d'union sans fusion, d'une union garantissant le maintien des unités politiques, suppose en effet qu' "*il existe entre les Etats membres certaines affinités pour que l'union réussisse*", rapprochant le pacte fédératif du mariage<sup>520</sup>.

L'impératif de cohérence vise ensuite un certain nombre de conditions de fonctionnement de la Fédération (B). Si elle ne se pose guère dans les autres systèmes fédéraux étudiés, c'est un problème réel au sein de l'Union européenne que ce soit au regard de l'égalité d'application du droit européen au sein des Etats, ou par rapport à l'action des institutions de l'Union européenne<sup>521</sup>.

### A. La nécessité préalable d'homogénéité des Etats membres

**204.** Montesquieu énonce déjà dans son ouvrage *L'esprit des lois* que la "*constitution fédérative doit être composée d'Etats de même nature*", que monarchies et républiques ne peuvent coexister au sein d'une République fédérative que de manière forcée<sup>522</sup>. Ainsi, il souligne que dans le cas du Saint Empire allemand, le système composé de villes libres et de princes ne fonctionnait que parce qu'il avait un chef, un monarque. De même, il relève que la participation de Philippe de Macédoine au conseil des cités grecques a conduit à la domination de la ligue des Hellènes. Madison a aussi renvoyé à cette exigence pour justifier la disposition imposant la forme républicaine des gouvernements des Etats membres de l'Union américaine<sup>523</sup>. Schmitt reprend l'exigence d'homogénéité en l'élargissant en dehors du régime politique des Etats membres et lui confère le rôle essentiel de prévention des conflits pouvant résulter des oppositions intrinsèques au sein de la Fédération.

Les réflexions sur l'impératif d'homogénéité entre les Etats membres fournissent les conditions préalables nécessaires à la Fédération pour se stabiliser (1). Elles permettent en outre de décrypter les exigences posées à l'appartenance à l'Union européenne et aux autres Fédérations étudiées, et de dégager les failles potentielles pouvant exister en leur sein (2).

#### *1) Les réflexions sur l'impératif d'homogénéité*

**205.** Si la théorie schmittienne permet d'approfondir la question essentielle de l'homogénéité au sein d'une Fédération, nous ne la reprenons pas en l'état à cause de son caractère anti-démocratique et en raison de l'interprétation statique qu'elle impose et qui est d'ailleurs suivie par une partie de la doctrine et par la Cour constitutionnelle allemande, (a). La théorie de l'intégration de Smend permet de la corriger sur ces deux points. Elle propose en effet une approche dynamique de l'homogénéité qui permet, contrairement à la théorie schmittienne, d'expliquer qu'une Fédération peut exister en l'absence d'une identité commune préalable (b). Une forme de synthèse peut alors être proposée à partir de ces deux théories pour résumer les impératifs d'homogénéité qui s'imposent aux Etats membres pour que la Fédération fondée par le pacte fédératif soit viable (c).

<sup>520</sup> BEAUD (O.), La question de l'homogénéité dans une Fédération, *Lignes*, 2004, n°13, p.114.

<sup>521</sup> Voir pour un ouvrage récent sur cette question : MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 436 p.

<sup>522</sup> MONTESQUIEU (C.-L. de Secondat de), *Esprit des lois*, livre IX, chap.2, Gallimard, 1995, pp.289-290.

<sup>523</sup> MADISON (J.), n°43, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, p.360.



## a) L'approche statique et ses limites

### La doctrine schmittienne sur l'homogénéité : une approche statique et antidémocratique

**206.** Pour Schmitt, "la résolution des antinomies de la fédération tient à ce que toute fédération repose sur une condition préalable capitale, l'homogénéité de tous les membres de la fédération, c'est-à-dire une similitude substantielle qui fonde un accord (*Übereinstimmung*) concret, découlant de leur être, entre les désirs des Etats membres, et garantit qu'il ne se produit pas de cas de conflit extrême au sein de la fédération"<sup>524</sup>. Cette homogénéité permet d'expliquer que dans le cas de guerre, l'ennemi des Etats membres sera le même, et permet donc pour Schmitt de justifier indirectement que leur renoncement au *jus belli* au profit de la Fédération ne pose pas problème<sup>525</sup>. Elle rend par ailleurs acceptable les "ingérences de la fédération dans les affaires de ses membres" par rapport à la garantie de l'indépendance des Etats membres, leur maintien en tant qu'unités politiques à part entière.

Cette homogénéité renvoie tout d'abord à une "similitude du principe politique" et une identité des réponses données à des questions fondamentales, Schmitt soulignant que des différences sur ces points conduisent à mettre en danger la Fédération comme l'a illustré l'absence de réponse commune concernant la question fondamentale du statut de l'esclavage aux Etats-Unis<sup>526</sup>.

Il pose ensuite une nécessité d'homogénéité de la population dont il précise qu'elle peut être "nationale, religieuse, liée à la civilisation, sociale, de classe, ou de toute autre nature". C'est cette seconde exigence qui conduit à un caractère statique de la théorie schmittienne. Carl Schmitt estime que dans le cas de la constitution de la Confédération allemande du Nord du 26 juillet 1867, "l'homogénéité qui caractérise toute fédération véritable reposa d'abord sur la cohésion nationale du peuple allemand, puis sur l'analogie des Constitutions des Etats membres de la Confédération"<sup>527</sup>.

**207.** Mais au-delà du caractère statique, le problème essentiel de la doctrine schmittienne de l'homogénéité est que l'auteur ne considère pas de manière neutre les différents types de régime politique. Il estime que la démocratie est incompatible avec le fédéralisme. En effet, selon lui "une constitution fédérative à fondement démocratique [...] entraîne une difficulté particulière : la fédération présuppose chez ses membres une certaine similitude, une homogénéité substantielle" qui implique un degré bien plus important que dans une Fédération non démocratique. Estimant ce degré en contradiction avec le respect de la diversité qui s'impose dans une Fédération, il conclut à l'incompatibilité entre démocratie et Fédération<sup>528</sup>. Pour lui, "l'évolution naturelle de la démocratie a [...] pour propriété de faire franchir les frontières politiques des Etats membres à l'unité homogène du peuple, et d'éliminer l'état instable de la coexistence d'une fédération et d'Etats membres politiquement autonomes pour créer une unité complète"<sup>529</sup>. Schmitt affirme ainsi par exemple concernant le Second Empire allemand que "dans la mesure même où la démocratie progressait, l'autonomie politique des Etats membres diminuait" et que "cette évolution a commencé par l'adoption de la constitution fédérale par le peuple de chaque Etat membre, et non par les Etats membres"<sup>530</sup>. Ce passage est une illustration de son opposition au régime -démocratique puisqu'il n'y a en effet rien de contraire à l'esprit fédéral de passer par le biais des peuples des Etats membres au lieu des gouvernements des

<sup>524</sup> SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, trad. de DEROCHE (L.), PUF, 1993, p.522.

<sup>525</sup> *Ibid.*, p.524.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p.522.

<sup>527</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (op.cit. note 524), p.189

<sup>528</sup> *Ibid.*, p.198 : "si le sentiment de l'unité nationale est suffisamment fort, l'homogénéité nationale du peuple dans les différents Etats de la fédération conduit facilement à des contradictions avec l'idée même de la constitution fédérative".

<sup>529</sup> *Ibid.*, p.536-537.

<sup>530</sup> *Ibid.*, p.537.



Etats, ce qui l'est est de ne pas tenir compte de la diversité des sensibilités au sein des Etats. Schmitt ajoute que dans la démocratie, la question du détenteur de la souveraineté est tranchée, c'est le peuple conçu comme un et indivisible ; or, il relève que cela est en contradiction avec une Fédération qui suppose que la question de la souveraineté entre les deux niveaux reste ouverte<sup>531</sup>. Mais outre que la démocratie peut se concevoir au sein d'une entité politique composée de plusieurs peuples, Schmitt se contredit. En effet, alors qu'il a parlé de "*l'adoption de la constitution fédérale par le peuple de chaque Etat membre*", ce qui suppose une pluralité des peuples, il parle ensuite de peuple constituant qui vaut un et indivisible<sup>532</sup>. Il n'explique en outre pas en quoi le caractère monarchique de la Fédération permettrait une meilleure garantie de la diversité. Et pour cause, dans le cas de l'Empire allemand, l'hégémonie prussienne a favorisé la centralisation, ce qu'il n'évoque pas du tout. Schmitt dénonce par ailleurs la démocratisation des années 1918-1919 qui a transformé en simples Länder les Etats membres, aboutissement du processus de démocratisation initié par la participation du Reichstag et des assemblées des Etats au processus de ratification, mais en réalité, le mouvement d'unification qu'il critique avait été favorisé par les autorités fédérales dominées par la Prusse sous le second Empire.

Son approche critique de la démocratie, et surtout de la démocratie parlementaire, transparait aussi dans sa distinction entre le pacte fédératif et les compromis politiques, tels qu'on peut les trouver entre un Roi et une représentation populaire, qui ne sont pas pour lui de véritables pactes. Il ne conçoit en effet un pacte qu'entre plusieurs unités politiques. Dans le cas de la fondation de la Confédération du Nord et de l'Empire, les deux formes de pactes susmentionnées se retrouvent : un pacte fédératif, et un faux pacte puisqu'en plus de l'accord des gouvernements des Etats, l'accord du Reichstag, représentant de la population de la Fédération, était nécessaire pour que le pacte fédératif entre en vigueur<sup>533</sup>. Or, pour Schmitt, outre le problème de l'opposition irréductible entre monarchie et démocratie, il y a dans ce cas une absence de désignation claire d'un détenteur du pouvoir constituant<sup>534</sup>. Il relève que pendant toute la durée de la validité de la constitution du second Empire il y a eu des conflits entre les institutions relativement à l'interprétation intégrative, défendue par le Reichstag, ou fédéraliste de la constitution, retenue par le Bundesrat et le gouvernement fédéral, démontrant selon lui l'incompatibilité entre fédéralisme et parlementarisme.

On retrouve un autre exemple de son antiparlementarisme quand il affirme que les compromis entre partis politiques pour former des gouvernements sont un artifice qui masque la volonté réelle du peuple<sup>535</sup>. Il faut toutefois préciser sur ce second point que l'idée que parlementarisme et fédéralisme s'excluent était très largement partagée sous le Second Empire et demeurait encore très présente sous la République de Weimar. La majorité de la doctrine de l'époque déduisait ainsi de l'art.21§2 de la Constitution de 1871, qui prévoyait qu'un député devait abandonner son mandat quand il passait au service de l'Etat, qu'un membre de gouvernement ne pouvait être choisi parmi les membres du Parlement<sup>536</sup>.

**208.** La démocratie suppose certes un certain sentiment commun pour accepter la décision majoritaire, et il est vrai que des tensions existent comme l'a illustrée l'élection de George W

---

<sup>531</sup> "*La notion démocratique de pouvoir constituant du peuple entier supprime le fondement fédératif*" (*Ibid.*).

<sup>532</sup> *Ibid.*

<sup>533</sup> *Ibid.*, p.199. Le texte officiel du 26 juillet 1867, portant sur la constitution de la Confédération d'Allemagne du Nord (*BGBL.*, p.1), précise : "*lorsque la constitution de la Confédération d'Allemagne du Nord eut été approuvée d'un commun accord par Nous (le roi de Prusse), Sa Majesté le roi de Saxe, Son Altesse Royale le grand-duc de Hesse, etc., et le Reichstag convoqué à cet effet*".

<sup>534</sup> *Ibid.*, p.197-198. On ne sait en effet pas qui du Roi ou du peuple est représentant de l'unité politique.

<sup>535</sup> DREIER (H.), *The essence of democracy – Hans Kelsen and Carl Schmitt juxtaposed*, in : DINER (D.), STOLLEIS (M.) (éd.), *Hans Kelsen and Carl Schmit. A juxtaposition*, Gerlingen, Blecher Verlag, 1999, p.75.

<sup>536</sup> BOLDT (H.), *Deutsche... (op.cit. note 495)*, p.182.



Bush en 2000 minoritaire en pourcentage sur l'ensemble du territoire mais bénéficiant de plus de grands électeurs qu'Al Gore par une répartition des voix qui lui était favorable entre les Etats<sup>537</sup>, mais cela signifie simplement qu'il doit y avoir un compromis entre démocratie et fédéralisme. Il y a certes des tensions mais elles existent aussi dans les monarchies, elles sont intrinsèques à l'existence de divergence d'intérêts. Il n'y a de contradiction entre fédéralisme et démocratie que si la démocratie n'est pas organisée au niveau fédéral de telle sorte qu'elle rende possible la préservation de l'identité des Etats membres<sup>538</sup>. Comme le note Anton Greber, la démocratie n'est pas une fonction d'homogénéité du peuple, elle est un fondement de légitimation et il n'existe donc aucun fondement à l'incompatibilité entre pacte fédératif et principe démocratique, l'idée de pacte fédératif démocratique remplace simplement l'idée de pouvoir constituant au sein d'une union fédérale<sup>539</sup>.

Un autre problème provient du niveau d'homogénéité de la population exigé par Schmitt car il implique inéluctablement une centralisation alors qu'un tel niveau n'est nécessaire ni dans une Fédération, ni dans une démocratie. Il présuppose en réalité un sentiment d'appartenance fédéral dû à des conditions de langues, cultures,... communes, ce qui revient à nier la possibilité d'union entre les cantons suisses, entre les Etats européens,... Si un pacte fédératif est conclu entre des unités politiques différentes, il n'est pas logique d'exiger comme condition préalable l'homogénéité de la population. Il suppose le dépassement et non la négation des différences<sup>540</sup>.

L'incompatibilité entre démocratie et Fédération défendue par Schmitt convainc d'autant moins que les homogénéités qu'il exige pour la démocratie et pour la Fédération ne sont pas si éloignées, au point qu'Anton Greber souligne que l'on pourrait croire que pour Schmitt la démocratie est une condition nécessaire de la Fédération<sup>541</sup>. En effet, l'homogénéité de la population est pour Schmitt un élément essentiel à la Fédération qui peut être "*nationale, religieuse, liée à la civilisation, sociale, de classe, ou de toute autre nature*"<sup>542</sup>. Or l'obligation d'homogénéité substantielle exigée par Schmitt pour la démocratie nationale est très proche puisqu'elle consiste en une langue commune, un destin historique, une tradition,...<sup>543</sup>. Son interprétation de l'homogénéité est pour cette raison qualifiée de statique car elle implique l'absence d'évolution de la population. Habermas remarque en ce sens que pour Schmitt "*l'affirmation collective d'un peuple*", qui forme sa "*volonté politique directrice*", "*n'a aucun contenu normatif raisonnable, mais se réduit au contenu expressif d'un esprit du peuple naturalisé*" et il n'est donc pas "*nécessaire qu'elle soit le résultat d'un débat public*"<sup>544</sup>. Cette lecture statique s'explique notamment par le caractère existentiel joué par l'homogénéité, nous retrouvons la même dramatisation que dans le cas de la protection de la Constitution<sup>545</sup>.

#### L'application de l'interprétation statique par Karlsruhe au contexte européen

**209.** La perspective statique de l'homogénéité se retrouve dans la position de la Cour constitutionnelle allemande dans ses arrêts Maastricht<sup>546</sup> et Lisbonne. Elle adopte la même

<sup>537</sup> Voir : *infra* partie II chap.II sur l'équilibre des intérêts dans le cadre institutionnel fédéral.

<sup>538</sup> BIEBER (R.), *Gefährdet eine Demokratisierung der Europäischen Gemeinschaft die Identität der Mitgliedstaaten?*, in : WEIBEL (E.), FELLER (M.) (dir.), *Schweizerische Identität und Europäische Integration*, Bern, Haupt, 1992, p.79.

<sup>539</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Fribourg Suisse, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, pp.193-195.

<sup>540</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.192.

<sup>541</sup> *Ibid.*, p.188 et p.190.

<sup>542</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (*op.cit.* note 524), p.522.

<sup>543</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...* (*op.cit.* note 539), p.188.

<sup>544</sup> HABERMAS (J.), *L'État-nation a-t-il un avenir?*, in : ID., *L'intégration républicaine : essais de théorie politique*, trad. par ROCHLITZ (R.), Fayard, 1998, p.128.

<sup>545</sup> cf. *supra* : Introduction, sect.I. note 22 dans l'annonce des §1 et 2.

<sup>546</sup> En ce sens : PERNICE (I.), *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, *AöR*, 1995, n°120, p.105.



lecture conservatrice que Schmitt, une lecture fondée sur l'idée d'un "*peuple homogène au plan ethnoculturel*" et de "*la sainte Trinité Peuple-Etat-nationalité*"<sup>547</sup>. La Cour affirme en effet l'impossibilité d'une légitimation démocratique européenne par le biais du Parlement européen en raison de l'absence de peuple européen<sup>548</sup>, ce qui fait écrire à Ingolf Pernice que la Cour constitutionnelle n'aurait ainsi pas pour référence le principe démocratique, mais le maintien de l'Etat-nation<sup>549</sup>. La Cour constitutionnelle renvoie certes à un ouvrage d'Heller dans sa décision *Maastricht* pour fonder sa référence au principe d'homogénéité<sup>550</sup>, mais comme le souligne Joseph Weiler, cette référence à un "*socialiste, juif, antifasciste*", pour fonder la nécessité d'homogénéité du peuple souligne une "*trace subtile de honte*"<sup>551</sup>. En outre, Heller propose au contraire une lecture dynamique de l'homogénéité comme sa condition de la démocratie<sup>552</sup>. Heller affirme même, en complète contradiction avec ce qu'énonce la Cour quand elle le cite, que les conditions d'homogénéité nécessaires à la démocratie ne pourraient plus être réunies au niveau national et l'être uniquement au niveau européen<sup>553</sup>...

La lecture de la Cour revient paradoxalement à faire de la prise de décision classique par le Conseil une procédure plus respectueuse du principe démocratique que la procédure d'adoption conjointe par le Conseil et le Parlement européen en raison du contrôle exercé par les parlements nationaux sur les gouvernements représentés au Conseil. Elle enferme par sa compréhension du principe démocratique le débat dans une alternative insoluble, soit une union d'Etats conservant la légitimité des parlements nationaux, soit un Etat fédéral européen avec un peuple européen. La Cour ne laisse pas la voie ouverte pour une interprétation permettant une démocratie en dehors de l'Etat malgré ses annonces de nécessité d'adaptation des concepts étatiques au contexte de l'UE. En ce sens, Josef Weiler critique le statocentrisme, et, au-delà, l'exigence préalable de l'existence d'un peuple pour permettre une union politique, rappelant que dans l'histoire l'Etat a précédé le peuple qui a été créé en imposant une langue, en créant des mythes et symboles, voire une histoire<sup>554</sup>. De même, Jürgen Habermas note que l'exigence posée par la Cour est contraire aux mouvements de population dans l'histoire, et ajoute qu' "*en règle générale, les États-nations ne se développent pas de façon pacifique à partir de différentes ethnies vivant isolément, mais empiètent sur des régions, des tribus, des subcultures, des communautés linguistiques et religieuses voisines*"<sup>555</sup>.

Comme le souligne Joseph Weiler, il est étonnant au regard des exigences qu'elle pose que la Cour conclut à la constitutionnalité de l'Union européenne telle qu'elle s'est développée jusqu'alors et alors qu'elle aurait pu donner un certificat de validation sous réserve du développement à moyen et long terme du principe démocratique<sup>556</sup>. Cela aurait eu au moins, comme le conclut le même auteur, le mérite de la cohérence.

<sup>547</sup> WEILER (J.), The State 'über alles'. Demos, Telos, and the German Maastricht decision, *Festschrift für Everling*, p.1654.

<sup>548</sup> Cf. *infra* : chap.II sect.II §1. B.

<sup>549</sup> PERNICE (I.), Carl...(*op.cit.* note 546), p.106.

<sup>550</sup> BVerfGE 89, 155 (p.186).

<sup>551</sup> WEILER (J.), The State...(*op.cit.* note 547), p.1654.

<sup>552</sup> Souligné par : PERNICE (I.), Carl...(*op.cit.* note 546), p.104 : "*l'homogénéité sociale [est] [...] un état psycho-social dans lequel les oppositions existantes et les conflits d'intérêts apparaissent liés par une conscience et un sentiment du nous, par une volonté commune (Gemeinschaftswillen) qui est toujours en cours d'actualisation*" (HELLER (H.), *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, in : ID., *Gesammelte Schriften*, vol.2, 1971, p.428).

<sup>553</sup> Il écrit : "*dans l'Europe d'après guerre l'idée d'Etat-nation souverain a beaucoup perdu de sa force de persuasion auprès de toutes les classes. La question de savoir si l'Etat nation contemporain sert mieux la conservation de la Nation qu'un Etat fédéral européen est devenue hautement problématique pour la classe dirigeante elle-même. Très bientôt l'idée nationale va se révéler pour cette raison comme insuffisante pour légitimer la constitution de l'unité démocratique*" (HELLER (H.), *Ibid.*, p.433).

<sup>554</sup> WEILER (J.), The State...(*op.cit.* note 547), pp.1671-1672.

<sup>555</sup> HABERMAS (J.), L'État-nation...(*op.cit.* note 544), p.136.

<sup>556</sup> WEILER (J.), The State...(*op.cit.* note 547), p.1663 et p.1670.



**210.** La vision de l'identité présentée par la Cour et la conclusion qui découle de son application dans le contexte européen, l'impossibilité d'une démocratie, est d'ailleurs défendue par une partie de la doctrine allemande<sup>557</sup>. Paul Kirchhof affirme ainsi que l'Allemagne et les Etats-Unis, au contraire de l'Union européenne aujourd'hui, présentaient une homogénéité de langue, culture, économie, et donc un peuple, ajoutant que cette homogénéité avait permis à ces unions fédérales de se stabiliser<sup>558</sup>. Il est à noter qu'il ne vise pas le cas de la Suisse qui aurait eu du mal à rentrer dans cette démonstration. Dieter Grimm cherche quant à lui certes à différencier sa position de celle de Schmitt pour éviter les critiques qui ont été adressées à ce dernier en rejetant l'homogénéité ethnique et en affirmant la capacité d'une société à former une identité commune<sup>559</sup>. Mais, ayant constaté l'absence de parti réel, d'organisations de la société civile, et plus globalement d'espace public au niveau européen, il conclut qu'en l'état actuel la légitimité au fondement d'un Etat fédéral européen ne serait pas suffisante en utilisant le même cadre de l'Etat fédéral que la Cour pour penser la démocratie<sup>560</sup>. Mais, comme le souligne Jürgen Habermas, Dieter Grimm n'explique pas ce qu'est l'identité collective nécessaire à l'existence politique d'un peuple, et donc à la soumission à la décision de la majorité, à la possibilité de solidarité ainsi qu'à la résolution pacifique des conflits<sup>561</sup>. Jürgen Habermas reconnaît que "*les processus démocratiques structurés par les États-nations sont désespérément en retard par rapport à l'intégration économique supranationale*"<sup>562</sup>, mais il rejette la solution ainsi prônée de *statu quo* en l'absence de peuple européen en tant qu'elle conduit à laisser se poursuivre cette dynamique d'intégration économique qui limite les compétences des Etats, tout en bloquant toute démocratisation<sup>563</sup>. A cet égard, nous verrons que si la démocratisation doit se poursuivre, des avancées ont été faites depuis que Jürgen Habermas a écrit ces lignes<sup>564</sup>. Par contre, son constat sur le caractère contre-productif du *statu quo* sur la démocratisation reste valable.

#### Tocqueville ou l'impossible existence de la Suisse

**211.** La pensée de Tocqueville peut être aussi rattachée à la conception statique de l'homogénéité. Certes, Joseph Weiler interprète au contraire les conditions d'homogénéité qu'il pose comme traduisant une lecture dynamique du sentiment d'appartenance. Il lit ainsi une lettre de 1831 dans laquelle Tocqueville affirme que malgré les différences de croyances, de langues, d'opinions, comme signifiant que "*l'adhésion à des valeurs comme la démocratie, l'autogouvernement, égalité, ... se trouvant dans la Constitution*" permettrait la création d'un peuple<sup>565</sup>. Mais Olivier Beaud relève d'autres passages de ses écrits qui manifestent une acception "*restrictive ou stricte de l'homogénéité comme « présumé » d'une véritable Fédération*", due à la déformation engendrée par le schéma de lecture de l'Etat-nation qui est

---

<sup>557</sup> ISENSEE (J.), Nachwort, Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in : ID. (dir.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlin, 1993, p.137 ; DI FABIO (U.), Der neue Artikel 23 des Grundgesetzes, *der Staat*, 1993, pp.202 et s. ; KIRCHHOF (P.), Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in : ISENSEE (J.), KIRCHHOF (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Vol.VII, Heidelberg*, 1992, p.855.

<sup>558</sup> KIRCHHOF (P.), *Ibid.*, p.855.

<sup>559</sup> MARRAMAIO (G.), L'Europe après le Léviathan. Technique, politique et Constitution, *Lignes*, 2004, n°13, p.49.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p.49.

<sup>561</sup> HABERMAS (J.), L'État-nation...(*op.cit.* note 544), p.154.

<sup>562</sup> *Ibid.*, p.67. Voir aussi : *Ibid.*, p.78.

<sup>563</sup> *Ibid.*, pp.152-153.

<sup>564</sup> Cf. *infra* partie II chap.II sect.II.

<sup>565</sup> Lettre à Ernest de Chabrol du 9 juin 1831 (cité par WEILER (J.), *The State...*(*op.cit.* note 547), p.1672). Cf. *infra* Section II §2 sur le patriotisme constitutionnel comme moyen de développement un sentiment d'appartenance européen.



utilisé<sup>566</sup>. Tocqueville considère que des conditions concrètes sont nécessaires pour assurer la stabilité de la Fédération, en complément des facteurs juridiques et d'une communauté d'intérêts. Il énonce que "*ce qui maintient un grand nombre de citoyens sous le même gouvernement, c'est bien moins la volonté raisonnée de demeurer unis que l'accord instinctif et en quelque sorte involontaire qui résulte de la similitude des sentiments et de la ressemblance des opinions*"<sup>567</sup>. Il ajoute qu'il "*ne conviendr[ai] jamais que des hommes forment une société par cela seul qu'ils reconnaissent le même chef et obéissent aux mêmes lois*". Ces affirmations le conduisent à écarter la Confédération helvétique de la qualification d'union fédérale en tant qu'elle présente de trop grandes différences entre cantons pour pouvoir permettre la constitution d'un peuple suisse<sup>568</sup>. Suivant cette même perspective, il affirme que l'extension du territoire américain est un risque pour la viabilité de l'ensemble, et que toute union fédérale est impossible au Canada en raison de la présence de deux "*nations ennemies*"<sup>569</sup>. Nous renverrons à la critique formulée dans les considérations méthodologiques de l'introduction générale concernant les théories qui conduisent à nier la possibilité de l'existence d'entités alors pourtant qu'elles existent...

### **b) L'apport dynamique de la théorie de l'intégration de Smend**

**212.** Il est possible d'opposer à cette conception statique de l'homogénéité le processus dynamique d'approfondissement de l'intégration de Smend<sup>570</sup> qui implique que l'Etat n'est pas un donné immuable, mais qu'il évolue, qu'il "*vit et n'existe que par ce processus de renouvellement permanent*"<sup>571</sup>. Il ne repousse ainsi pas, contrairement à Schmitt, ce qui apparaît hétérogène mais estime que le lien commun se refonde continuellement<sup>572</sup>.

**213.** Smend critique Kelsen et sa présentation de l'Etat comme ordre juridique car pour lui une norme ne peut jamais être comprise de façon isolée par rapport à la réalité<sup>573</sup>. Il récuse aussi toute réduction de la pluralité de la vie constitutionnelle par une unité statique à laquelle aboutit la théorie schmittienne<sup>574</sup> ainsi que le décisionnisme qui la caractérise<sup>575</sup>. Smend affirme en effet orienter sa propre théorie non pas vers le cas limite, l'exception, mais vers le cas normal de la vie étatique<sup>576</sup>. Il explique que le chaos politique de la République de Weimar l'a poussé à chercher les éléments de stabilisation permettant à un système constitutionnel de fonctionner.

Dans son ouvrage *Verfassung und Verfassungsrecht* de 1928, il développe le concept d'intégration compris comme production d'une unité qui est quelque chose de plus que la simple somme des unités qui la composent<sup>577</sup>. Il part de l'hypothèse que l'individu ne doit pas être compris séparément, mais comme membre de cette communauté, et qu'à l'inverse la société ne doit pas être conçue comme un être abstrait collectif, mais comme une unité de vies

<sup>566</sup> BEAUD (O.), La question...(*op.cit.* note 520), pp.119-120.

<sup>567</sup> TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique, t. I*, 1835, rééd. Garnier Flammarion, 1981, p.492 (cité par BEAUD (O.), *Ibid.*, p.117).

<sup>568</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.119 renvoie à TOCQUEVILLE (A. de), *Ibid.*, pp.246-247.

<sup>569</sup> TOCQUEVILLE (A. de), *Ibid.*, p.249 cité par BEAUD (O.), *Ibid.*, pp.120-121. Olivier BEAUD voit dans l'important mouvement sécessionniste du Québec un élément permettant de relativiser l'erreur de Tocqueville concernant le Canada (*Ibid.*, p.121).

<sup>570</sup> En ce sens : PERNICE (I.), Carl...(*op.cit.* note 546), p.115.

<sup>571</sup> SMEND (R.), *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, 1928, rééd. in : ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von Rudolf Smend*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p.136.

<sup>572</sup> PERNICE (I.), Carl...(*op.cit.* note 546), p.113.

<sup>573</sup> SMEND (R.), Integrationslehre, in : *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, 1956, pp.299-302, réédité in : ID., *Staatsrechtliche...*(*op.cit.* note 571), p.478.

<sup>574</sup> *Ibid.*, p.479.

<sup>575</sup> Cf. *supra* sur le décisionnisme schmittien : Introduction sect.I §2 B. 1).

<sup>576</sup> *Ibid.*, pp.480-481.

<sup>577</sup> Définition ici reprise à partir d'un article ultérieur : *Ibid.*, p.482.



individuelles ; il y a une dialectique continue entre eux<sup>578</sup>. L'Etat n'est pas, selon cette perspective, un ensemble statique, il se renouvelle parallèlement à l'évolution des individus sur lesquels il repose<sup>579</sup>. Il cite d'ailleurs la fameuse expression de Renan selon laquelle "*l'existence d'une nation est [...] un plébiscite de tous les jours*"<sup>580</sup>. Pour Smend, la production de l'unité n'est pas un but en soi mais est une condition à l'existence d'une capacité de volonté (Willensfähigkeit) de la société<sup>581</sup>. Dans un Etat, il n'existe pas de pouvoir extérieur prévenant le délitement, l'unité ne peut être réalisée que par un accord volontaire continuellement renouvelé des ressortissants<sup>582</sup>.

La version positivée de cette intégration conçue comme processus dialectique est selon Smend la Constitution, si bien que pour lui la théorie de la Constitution (Verfassungslehre) est en même temps une théorie de l'intégration (Integrationslehre)<sup>583</sup>. La Constitution n'est "*pas un simple statut d'organisation*" permettant à un Etat de fonctionner, elle est un "*ordre vivant (Lebenordnung) qui saisit le processus fondamental de la vie politique de l'Etat en ce qu'il devient véritablement réalité par l'intégration continue des individus*"<sup>584</sup>. Elle doit aussi soutenir, favoriser l'intégration<sup>585</sup>. Ce processus d'intégration est le plus souvent inconscient, ainsi les règles constitutionnelles qui y contribuent n'ont souvent pas été volontairement incluse dans ce but<sup>586</sup>. Smend donne dans un article de 1966 le contre-exemple d'un échec d'intégration avec la République de Weimar<sup>587</sup>. Il indique que les partis politiques extrémistes y avaient "*désintégré la vie politique du peuple allemand*", agissant ainsi en contradiction avec la Constitution dont l'obligation fondamentale est l'objectif d'intégration.

**214.** Smend distingue trois formes d'intégration<sup>588</sup>. L'intégration personnelle tout d'abord. L'intégration fonctionnelle ensuite, qui renvoie à une intégration par le biais de débats suscités par certaines procédures. Enfin l'intégration matérielle, qui correspond aux buts de l'Etat, ses valeurs.

Concernant l'intégration personnelle, il critique le fait que la plupart des études qui l'ont pour objet ne prennent pas en compte les individus<sup>589</sup>. Il souligne à cet égard que s'il ne peut y avoir de vie commune au sein d'un Etat sans dirigeant, il ne peut non plus y avoir de fonctionnement sans échange avec les individus qui en font partie. Ainsi, si dans une monarchie, Smend considère bien que l'intégration est effectuée par le Roi, et souligne que celui-ci est en même temps un symbole de l'unité du peuple et donc un facteur d'intégration matérielle, il poursuit que cette image n'est pas figée mais évolue avec la société<sup>590</sup>. Selon cette perspective, l'acclamation du souverain n'est pas tant destinée à sa personne physique qu'une manifestation, une actualisation de la conscience de l'unité du peuple. De même, si dans une démocratie les dirigeants ont aussi un rôle d'intégration personnelle, ils doivent s'assurer qu'ils

<sup>578</sup> *Ibid.*, p.473.

<sup>579</sup> *Ibid.* SMEND le résume ainsi dans un autre article : "*L'Etat ne se comprend pas comme consistant en un Je collectif, mais comme une structure unifiée (Einheitsgefüge) de la vie individuelle de personnes séparées qui se rassemblent ici dans une discussion (Auseinandersetzung) permanente [suivant un raisonnement] dialectique*" (SMEND (R.), *Integration*, in : *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, pp.803-805, réédité in : ID., *Staatsrechtliche...*(*op.cit.* note 571), p.483). Voir aussi pour une présentation moins ramassée : ID., *Verfassung...*(*op.cit.* note 571), pp.126-127 et p.136.

<sup>580</sup> RENAN (E.), *Qu'est-ce qu'une nation ?* (1882), Paris, Presses pocket, 1992, p.55.

<sup>581</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 539), p.117.

<sup>582</sup> SMEND (R.), *Integration* (*op.cit.* note 579), pp.484-485.

<sup>583</sup> SMEND (R.), *Integrationslehre* (*op.cit.* note 573), p.476.

<sup>584</sup> SMEND (R.), *Integration* (*op.cit.* note 579), p.484.

<sup>585</sup> SMEND (R.), *Integrationslehre* (*op.cit.* note 573), p.480.

<sup>586</sup> *Ibid.*, p.476.

<sup>587</sup> SMEND (R.), *Integration* (*op.cit.* note 579), p.485.

<sup>588</sup> SMEND (R.), *Integrationslehre* (*op.cit.* note 573), pp.476-477.

<sup>589</sup> SMEND (R.), *Verfassung...*(*op.cit.* note 571), pp.142-143.

<sup>590</sup> *Ibid.*, p.145.



ont le soutien selon les cas d'une majorité parlementaire ou d'une majorité des électeurs, afin d'intégrer l'ensemble du peuple car quand ce dernier considère que les dirigeants ne peuvent plus avoir ce rôle d'intégration, il en change<sup>591</sup>. L'administration joue également un rôle d'intégration personnelle, en tant que rouage de l'Etat<sup>592</sup>.

L'intégration fonctionnelle se traduit quant à elle par des procédures qui jouent le rôle de synthèse sociale, de renforcement du sentiment du commun, de trancher dans le cadre constitutionnel un conflit politique<sup>593</sup>. Ces procédures servent à actualiser le contenu matériel de l'intégration, après avoir contribué à la créer. Les formes traditionnelles de domination dans l'Etat sont caractérisées par un système d'intégration plus statique, par une évolution lente car elle repose plus fortement sur l'intégration matérielle. L'expression la plus forte de ce type d'intégration fonctionnelle traditionnelle, que Smend désigne par la domination (*Herrschaft*)<sup>594</sup>, correspond aux systèmes monarchiques classiques. Les Etats modernes en ont une part plus faible, le processus central étant joué par un combat formalisé, sous forme d'élection, de vote, ... qui conduit à une décision majoritaire<sup>595</sup>. L'important n'y est pas le résultat mais la discussion. Peu importe qu'on soit dans la minorité ou la majorité car le débat a joué le rôle de "catharsis", d'évacuation des tensions. Cette discussion suppose un accord sur des valeurs communes<sup>596</sup>, ainsi qu'une participation de tous les citoyens à la discussion<sup>597</sup> pour que l'élection ou le vote puissent jouer un rôle d'intégration. Smend ajoute que les majorités doivent pouvoir bouger, que le maintien dans la minorité, voire des droits conférés à un groupe particulier voué à toujours rester dans la minorité, empêche le processus de jouer ce rôle d'intégration fonctionnelle<sup>598</sup>.

Enfin, l'intégration matérielle est la substance de la communauté de valeur sur laquelle repose une communauté<sup>599</sup>. Les citoyens doivent partager des buts pour qu'il y ait intégration, ces buts ne doivent pas être imposés par l'extérieur. Par ailleurs l'Etat est fondé pour leur réalisation, c'est ce qui lui confère sa légitimité<sup>600</sup>. La Constitution ne fait que les positiver<sup>601</sup>. Des symboles, consistant notamment dans des drapeaux ou des cérémonies politiques, peuvent en outre être formés à partir de ces valeurs afin de les rendre plus tangibles pour le citoyen ; Smend ajoute que la réciproque n'est pas vraie et qu'aucun symbole ne peut être formé sans support de valeur car il doit exister une matière d'intégration<sup>602</sup>. En outre, les représentations symboliques des valeurs présentent l'avantage d'être élastiques, chacun pouvant comprendre ce qui lui convient<sup>603</sup>. Outre l'histoire, le territoire joue également pour Smend une fonction symbolique d'intégration, renvoyant au sentiment de la patrie, notamment dans les périodes de guerre. Cela lui fait conclure qu'une modification territoriale n'est pas seulement une transformation quantitative de l'Etat, mais qu'elle en constitue aussi une modification qualitative<sup>604</sup>. A cet égard, si le territoire est sûrement un facteur d'intégration, son rôle est, comme le souligne Anton Greber, exagéré par Smend car tous les peuples n'ont pas le même rapport au territoire<sup>605</sup>.

<sup>591</sup> *Ibid.*, p.144 et note 6.

<sup>592</sup> *Ibid.*, p.146.

<sup>593</sup> *Ibid.*, pp.149-150. On rapprochera à cet égard de la réflexion sur la démocratie de Kelsen mais également et surtout de celle d'Heller : cf. *infra* introduction conclusion de la sect.I.

<sup>594</sup> *Ibid.*, p.151 et pp.157-159.

<sup>595</sup> SMEND (R.), *Verfassung...*(*op.cit.* note 571), pp.151-152.

<sup>596</sup> *Ibid.*, p.155. Smend donne l'exemple du parlement de l'Autriche impériale qui ne pouvait plus jouer ce rôle d'intégration faute d'un tel accord (*Ibid.*, p.156).

<sup>597</sup> Voir : SMEND (R.), *Integration* (*op.cit.* note 579), p.486 ; ID., *Integrationslehre* (*op.cit.* note 573), p.480.

<sup>598</sup> SMEND (R.), *Verfassung...*(*op.cit.* note 571), p.156.

<sup>599</sup> *Ibid.*, p.160 et p.162.

<sup>600</sup> *Ibid.*, p.166.

<sup>601</sup> *Ibid.*, p.215 et p.216.

<sup>602</sup> *Ibid.*, p.163 et note 9.

<sup>603</sup> *Ibid.*, p.164.

<sup>604</sup> *Ibid.*, respectivement p.167 et pp.169-170.

<sup>605</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 539), pp.122-123.

Smend conclut qu'aucun des trois types d'intégration ne trouve une expression pure, séparée des deux autres, il y a tout au plus prééminence de l'un dans une traduction concrète<sup>606</sup>. Ainsi, le Moyen Age se caractérisait par une intégration avant tout matérielle, et statique d'un ordre social et culturel caractérisé par une répartition par "Etat" (Noblesse, Clergé,...), des valeurs fondées de façon coutumière<sup>607</sup>, là où la période moderne met l'accent sur l'intégration fonctionnelle<sup>608</sup>. Il souligne aussi le passage de valeurs irrationnelles, à des valeurs rationnelles. Enfin, les dirigeants ont toujours eu un rôle d'intégration, un système ne pouvant fonctionner sur la base des seules valeurs et les procédures devant se clore par des prises de décision<sup>609</sup>.

**215.** Enfin, Smend donne quelques éléments de réflexion sur l'intégration dans un Etat fédéral. Il affirme tout d'abord que les facteurs d'intégration matériels que l'on retrouve dans les Etats fédéraux sont de deux ordres : l'un relève de "*la nécessité technique, de rendre l'ensemble du peuple capable d'agir dans les domaines financiers, militaire et de politique étrangère*", l'autre d'un lien relevant du domaine des Idées "*au nom duquel on veut être uni [...] qui donne à l'Etat son caractère propre*"<sup>610</sup>. Il note par ailleurs que l'extension des compétences fédérales peut favoriser un mouvement de désintégration si elle ne traduit pas encore une volonté existante d'intégration dans les matières concernées<sup>611</sup>. Enfin, il souligne que les Etats membres ne sont pas seulement objet d'intégration, mais qu'ils sont aussi moyen d'intégration<sup>612</sup>. Il indique ainsi que la Constitution fédérale "*cherche par le biais des Länder à saisir, à intégrer leurs ressortissants (Angehörige) directement et ainsi plus complètement qu'il ne serait possible de le faire sans l'existence des Länder*"<sup>613</sup>.

Comme le souligne Anton Greber, Smend se préoccupe de l'intégration et non du pouvoir politique, il traite de la domination (Herrschaft) uniquement comme élément d'intégration, ce qu'elle peut être mais n'est pas forcément, pouvant au contraire jouer un rôle de désintégration<sup>614</sup>. Smend reconnaît lui-même des limites à sa théorie, relevant qu'elle se focalise sur la recherche de rapprochement, de l'accord entre la norme et le fait, laissant de côté pour une large part les éléments de tension entre les deux, notamment les phases de formation de la volonté<sup>615</sup>. Néanmoins, sa théorie permet de concevoir une homogénéité des Etats membres qui ne conduit pas à rendre impossible toute idée d'union fédérale à partir de populations distinctes.

La reprise du dynamisme d'intégration de Smend permet de comprendre que l'identité constitutionnelle des Etats membres d'une Fédération évolue sous l'effet de cette appartenance, et ainsi d'expliquer par exemple comment les éléments de l'art.79§3 LF sont touchés par l'intégration européenne<sup>616</sup>.

### c) Synthèse pour la Fédération

**216.** Il est possible à partir de ces deux perspectives, statique et dynamique, de proposer une synthèse pour comprendre l'exigence d'homogénéité dans le cadre d'une Fédération.

A cet égard, Ingolf Pernice n'est pas convaincu par l'homogénéité des Etats membres

<sup>606</sup> SMEND (R.), *Verfassung...*(*op.cit.* note 571), p.142.

<sup>607</sup> Il est à noter que Smend n'emploie pas cette expression de coutume, mais sa présentation recoupant sa définition on l'emploie ici pour une meilleure lisibilité pour le lecteur.

<sup>608</sup> *Ibid.*, pp.172-173.

<sup>609</sup> *Ibid.*, p.174.

<sup>610</sup> *Ibid.*, p.227.

<sup>611</sup> *Ibid.*, p.165.

<sup>612</sup> *Ibid.*, p.225.

<sup>613</sup> *Ibid.*, p.270.

<sup>614</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 539), pp.121-122.

<sup>615</sup> SMEND (R.), *Integrationslehre* (*op.cit.* note 573), p.481.

<sup>616</sup> Affectation soulignée par : PERNICE (I.), Carl...(*op.cit.* note 546), p.116.



comme condition préalable au fonctionnement d'une union fédérale, car il estime qu'elle est en contradiction avec le respect de leur existence en tant qu'unités politiques<sup>617</sup>. Mais ce rejet s'appuie sur la définition statique et le degré important de l'homogénéité proposés par Schmitt. Ainsi, comme le souligne *a contrario* Olivier Beaud, "*une Fédération dans laquelle les formes de gouvernement fédérées seraient hétérogènes n'est pas viable à long terme*", "*l'homogénéité [étant] ici facteur de pacification et de cohésion fédérative*"<sup>618</sup>. Dans le même sens, Murray Forsyth souligne que "*la réussite d'une confédération demande un certain sentiment de parenté, ou de similarité, entre ses membres*"<sup>619</sup>. En effet, "*en créant une confédération, on permet à ses voisins d'exercer un certain pouvoir sur soi*" si bien qu' "*il est crucial de pouvoir supposer que leur attitude fondamentale à l'égard de questions critiques comme les droits de l'homme, les procédures juridiques, les droits des parlements, le statut politique de la religion, etc., [est] analogu[e] aux siennes propres d'une manière non seulement formelle mais réelle*". C'est cette "*impression authentique de ressemblance*" qui permet la confiance<sup>620</sup>.

Il n'est certes pas nécessaire qu'il y ait un consensus même sur certaines valeurs considérées comme fondamentales comme l'illustre la diversité des réponses données par les différents Etats américains concernant la peine de mort et l'avortement<sup>621</sup>, et il n'y a pas non plus besoin qu'il y ait un accord sur tous les points au niveau moral comme l'illustre le maintien de l'interdiction de l'avortement en Irlande, en Pologne et à Malte alors qu'il est autorisé dans les autres Etats membres de l'Union européenne. Mais un consensus doit exister sur un certain socle de valeurs, de principes pour permettre au système de fonctionner.

Nous développerons la conception d'Anton Greber qui permet de résumer l'exigence d'un consensus minimal sur les modes de légitimation du pouvoir, avant d'évoquer la problématique de la frontière entre l'Etat fédéral et la Fédération au regard de la question de l'homogénéité.

#### L'impératif d'accord sur la bases de légitimation posée par Anton Greber

**217.** L'explication de l'unification allemande est souvent réduite à une langue, une culture et une histoire communes, mais l'exclusion de l'Autriche au XIX<sup>e</sup> siècle a montré l'importance du facteur politique<sup>622</sup>. Anton Greber souligne à cet égard que le degré d'intégration d'une communauté politique dépend de la capacité des dirigeants à l'adapter au substrat sociologique<sup>623</sup>, substrat qu'il définit comme "*une communauté de principes et de savoirs qui, à l'intérieur d'un groupe déterminé, génère une séparation spécifique entre le juste et l'injuste dans le sens d'une compréhension propre de la justice*"<sup>624</sup>. Les cas de désintégration, de sécession s'expliquent ainsi pour lui par la perte de légitimité de l'ordre de domination existant pour une partie significative des citoyens<sup>625</sup>, et les guerres civiles s'interprètent comme des conflits visant non pas à nier la domination, mais à remplacer l'ordre de domination existant par un autre reposant sur une légitimité différente<sup>626</sup>.

<sup>617</sup> *Ibid.*, pp.110-111.

<sup>618</sup> BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.378.

<sup>619</sup> FORSYTH (M.), Vers un nouveau concept de confédération, in : COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le concept contemporain de confédération*, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, n°11, p.67.

<sup>620</sup> *Ibid.*

<sup>621</sup> Souligné par : OPIELKA (M.), Soziale Verfassungswerte. Die Entwicklung des Wohlfahrtsstaates als Projekt Europas, in : HEIT (H.)(hrsg.), *Die Werte Europas. Verfassungspatriotismus und Wertegemeinschaft in der EU* ?, LIT Verlag, Münster, 2006, p.122.

<sup>622</sup> En ce sens : GREBER (A.), *Die vorpositiven...* (*op.cit.* note 539), p.166.

<sup>623</sup> *Ibid.*, p.167. Des principes de justice ne peuvent avoir un effet de légitimation que s'ils sont développés et discutés à partir de la perspective sociologique, et Anton GREBER critique à cet égard la volonté actuelle des occidentaux de plaquer leur système démocratique sur certains Etats d'autres régions du monde (*Ibid.*, p.149).

<sup>624</sup> *Ibid.*, p.134.

<sup>625</sup> *Ibid.*

<sup>626</sup> *Ibid.*, p.146.



Dans le cas d'une Fédération, le système est compliqué par la coexistence de plusieurs unités politiques. Les fondements de légitimité de l'unité politique fédérale doivent s'accorder avec ceux des unités politiques fédérées, ce qu'Anton Greber désigne par l'expression congruence verticale<sup>627</sup>. En outre, une congruence horizontale est exigée entre les fondements de légitimité des unités politiques fédérées<sup>628</sup>. Anton Greber évoque quatre fondements de légitimité devant faire l'objet d'une homogénéité sur ces deux plans<sup>629</sup>. Le premier renvoie à la base servant de vérité pour la société. Anton Greber donne comme exemple de conflit possible sur cette base la présence concomitante d'Etats membres sécularisés se fondant sur la science et d'Etats renvoyant au cadre de vérité d'une religion<sup>630</sup>. Le second fondement renvoie à la question des principes à la base de la désignation du personnel politique : naissance, mérite, élection. Le troisième vise l'existence d'un bien commun recherché par la communauté, qui fait naître une solidarité. Le quatrième concerne l'exercice du pouvoir et l'existence de limitations constitutionnelles, renvoyant aux principes de l'Etat de droit. Anton Greber précise par ailleurs que les réponses données à ces questions évoluent avec la société, rejoignant ainsi Smend<sup>631</sup>.

#### Le degré d'homogénéité comme critère de distinction entre la Fédération et l'Etat fédéral

**218.** Il faut une homogénéité minimale entre les Etats membres, un accord sur les valeurs pour permettre le développement d'un sentiment d'appartenance fédéral et éviter un conflit existentiel, mais une trop forte homogénéité conduit *a contrario* à créer les conditions d'un Etat fédéral. Jean-François Aubert souligne cette tension entre la nécessité d'homogénéité minimale, et l'obligation de préserver la diversité justifiant le maintien des unités politiques fédérées. Il estime que "*l'union fédérale est condamnée à l'insuccès, quand elle veut embrasser des corps hétérogènes*", mais qu' "*à l'inverse, l'union fédérale est dépassée et se muera bientôt en un bloc indifférencié si les Etats qu'elle rassemble sont en tous points pareils*", concluant qu' "*il faut qu'une certaine diversité justifie le maintien des frontières intérieures*"<sup>632</sup>.

La forte homogénéité de la population en Allemagne favorisait ainsi l'évolution vers un Etat fédéral. S'y ajoute une large disparition de l'élément identitaire historique des Länder en 1919 avec leur redécoupage. Au contraire, en Suisse, l'élément identitaire des cantons est resté très fort. Les différences de langue, de religion, ... ont favorisé le maintien d'une diversité, au point qu'Olivier Beaud se demande s'il ne s'agit pas encore d'une Fédération<sup>633</sup>. La situation des Etats-Unis est intermédiaire. Il n'existait pas d'ancrage historique ancien des Etats membres comme c'est le cas des Etats européens, et les américains partageaient la même origine de descendants de colons et la guerre d'Indépendance. Tocqueville souligne en outre l'homogénéité politique constituée par la forme de gouvernement et la vision des droits fondamentaux<sup>634</sup>. Mais, d'un autre côté, il existait en dehors de l'esclavage, des différences entre les Etats sur des questions importantes, différences qui ont été maintenues malgré le passage à l'Etat fédéral, si l'on songe notamment au droit pénal et plus particulièrement à la peine de mort.

Murray Forsyth résume la portée des différences de degré d'homogénéité en indiquant que "*dans un système fédéral hétérogène, il y aura une limite inhérente, additionnelle et naturelle, à la capacité du centre à former une nation fédérale, tandis que, dans une Fédération homogène,*

<sup>627</sup> *Ibid.*, pp.183-184.

<sup>628</sup> *Ibid.*, p.184.

<sup>629</sup> Voir sur ces éléments : *Ibid.*, p.157 puis ppp.164-170.

<sup>630</sup> *Ibid.*, pp.195-196.

<sup>631</sup> *Ibid.*, p.167.

<sup>632</sup> AUBERT (J.-F.), *Traité de droit constitutionnel suisse, t. 1, éd. Ides et calendes Neuchâtel, 1967, pp.203-204.*

<sup>633</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.425.

<sup>634</sup> Il relève que dans tout le territoire des EU, "*on conçoit les mêmes idées sur la liberté et l'égalité; on professe les mêmes opinions sur la presse, le droit d'association, le jury, la responsabilité des agents au pouvoir*" : TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie...*(*op.cit.* note 567), p.492 cité par BEAUD (O.), *Ibid.*, p.118.



*le sentiment d'être un peuple unique peut se développer jusqu'au point où le système fédéral lui-même est perçu comme une forme qui restreint arbitrairement l'expression de l'unité nationale*"<sup>635</sup>. Nous concluons dans le même sens et à l'instar d'Olivier Beaud que le premier type de Fédération risque moins de se transformer en "*Etat fédéral à tendance centralisée*"<sup>636</sup>.

## **2) La traduction de l'exigence d'homogénéité dans la pratique**

**219.** Les principes en matière d'homogénéité des Etats membres dégagés, il reste se pencher sur leur application dans la pratique au sein de l'Union européenne et des systèmes fédéraux allemand, suisse et américain.

Il convient de voir tout d'abord les exigences concrètes qui ont été imposées aux Etats membres fondateurs en termes d'homogénéité politique (a), avant d'étudier les conditions posées à l'acceptation de nouveaux Etats membres<sup>637</sup> (b).

### **a) La nécessité d'homogénéité politique**

#### L'exigence d'homogénéité des régimes politiques des Etats membres

**220.** Dans le cas américain, il était uniquement précisé dans les Articles de la Confédération une interdiction pour les Etats de délivrer des titres de noblesse à partir de laquelle pouvait être déduite une interdiction de remplacer le système républicain par une monarchie héréditaire. La Constitution de 1787 impose par contre expressément la "*forme républicaine de gouvernement*" dans son art.IV sect.4. Une faille existait toutefois avec l'absence de règlement de la question de l'esclavage.

Dans le cas suisse, aucune clause d'homogénéité n'était posée dans le Pacte de 1815, les cantons ayant des régimes politiques différents, ce qui constituait une certaine faiblesse de l'ensemble. La guerre du Sonderbund est ainsi provoquée par une opposition religieuse recoupant une opposition politique, les cantons protestants qui avaient des régimes démocratiques libéraux étant opposés aux cantons catholiques qui avaient des régimes conservateurs. Cette guerre a d'ailleurs eu pour conséquence de permettre peu à peu une évolution des régimes dans les cantons conservateurs, et favorisé ainsi une homogénéisation politique en étendant à tous les cantons le régime démocratique libéral. Estimant que la garantie fédérale ne pouvait être compatible avec la neutralité politique, le rapport de Pellegrino Rossi avait dès 1832 proposé une révision du pacte incluant une garantie protégeant le principe démocratique<sup>638</sup>. Mais c'est uniquement avec la Constitution de 1848 adoptée après la fin de la guerre qu'une telle clause d'homogénéité est prévue à l'art.6 aCS 1848<sup>639</sup>. Ce dernier énonce que les constitutions des cantons doivent respecter le principe de démocratie représentative républicaine ainsi que les dispositions de la Constitution fédérale, et ajoute qu'elles doivent pouvoir être révisées à la demande de la majorité absolue des citoyens. Ces exigences ont été reprises à l'art.6 aCS1874 et à l'art.51 CS.

Dans le cas allemand, l'art.13 de l'Acte de 1815 prévoit uniquement que tous les Etats membres doivent avoir une constitution prévoyant une assemblée d'Etats (Ländständige

---

<sup>635</sup> FORSYTH (M.), *Unions of States. The theory and practice of confederation*, Holmes & Meier publishers,, p.33 (cité et traduit par : BEAUD (O.), *La question...*(*op.cit.* note 520), p.123).

<sup>636</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.123.

<sup>637</sup> On ne vise ici que l'admission et non la création de nouveaux Etats membres à partir de la sécession ou la séparation du territoire d'un autre Etat membre comme cela a été le cas aux Etats-Unis de cinq Etats (Vermont, Kentucky, Tennessee, Maine, Virginie occidentale), et du canton du Jura en Suisse.

<sup>638</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.377.

<sup>639</sup> Art.5 aCS 1848 : "*la liberté et les droits du peuple, les droits constitutionnels des citoyens ainsi que les droits et les attributions que le peuple a conféré aux autorités*".



Verfassung) sans qu'il soit précisé s'il s'agit d'une représentation par classe comme les Etats généraux français d'Ancien Régime ou d'un parlement moderne<sup>640</sup>. L'art.54 de l'Acte finale de Vienne renvoie à cette obligation mais son art.57 conduit à une lecture restrictive de sa portée car il énonce que "*l'intégralité de la puissance publique doit nécessairement rester réunie entre les mains du chef de l'Etat et que le souverain ne peut être tenu, par la constitution d'Etats, de coopérer avec les Etats qu'en ce qui concerne l'exercice de certains droits déterminés*"<sup>641</sup>. La Confédération germanique a ainsi été marquée, comme le souligne Olivier Beaud, par le "*triomphe du principe d'homogénéité monarchique*", "*incarnation de la politique réactionnaire de Metternich*"<sup>642</sup>. Il est à souligner que l'opposition des deux puissances, Autriche et Prusse, constituait un danger pour la stabilité de la Confédération germanique qui ne s'est résolue que par une guerre. Si le Reichstag et des assemblées au sein des Etats correspondent à un certain assouplissement du régime monarchique, il n'empêche qu'il y a sous la Confédération du Nord et le Second Empire également en pratique imposition du respect du régime monarchique, et *de jure* pour ce qui est de la Prusse puisqu'il est prévu dans la Constitution l'Empereur est le Roi de Prusse. Et l'affirmation de la souveraineté du Bundesrat, tout comme les discours sur la Fédération de Princes est, comme le remarque Anton Greber, avant tout une stratégie de défense face à la vague démocratique en Europe<sup>643</sup>. Dans la Constitution de Weimar, l'art.17 impose le principe d'une démocratie libérale dans les Länder. Il est enfin à noter que sous la Loi fondamentale, l'art.79 LF impose non seulement une limite au pouvoir de révision constitutionnel mais constitue aussi une clause d'homogénéité imposant la République, la Démocratie et l'Etat de droit au sein des Länder.

Dans l'Union européenne, une forme de clause d'homogénéité fédérale peut être trouvée dans l'art.2 TUE qui inclut le respect de la démocratie, de l'Etat de droit et des droits fondamentaux, cette version modifiée par le Traité de Lisbonne précisant davantage ces éléments par rapport à la version antérieure qui était issue du Traité d'Amsterdam (art.6§1 UE)<sup>644</sup>.

#### Le problème de la loyauté à la Fédération de l'Etat membre

**221.** L'homogénéité renvoie enfin à la question de la loyauté des Etats membres envers la Fédération. Il s'agit ici de soulever la question de la possibilité même d'une loyauté envers la Fédération, indispensable à sa cohérence, dans le cas de la dépendance d'un Etat membre vis-à-vis d'un Etat tiers, ou dans une moindre mesure, dans le cas de l'absence de rattachement à la Fédération d'une partie du territoire d'un Etat membre. En effet, il peut y avoir des conflits d'intérêts posant problème au regard de l'accomplissement de leurs obligations fédérales, voire même des conflits de loyauté dans le cas de la dépendance à un Etat tiers.

---

<sup>640</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 495), p.135. L'origine de cet article serait la volonté d'une limitation du pouvoir des princes, par opposition à la Monarchie absolue tout en maintenant une représentation par classe /ordre, proposant ainsi un système de "monarchie limitée" (BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.391).

<sup>641</sup> Trad. par : BEAUD (O.), *Ibid.*, p.393.

<sup>642</sup> *Ibid.*, p.387. Olivier BEAUD renvoie (*Ibid.*, p.288) dans le même sens à : FORSYTH (M.), *Unions...*(*op.cit.* note 635), p.42.

<sup>643</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 539), p.204. Il en déduit qu'il n'est pas étonnant que les auteurs allemands de la fin du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècles aient dégagé une opposition entre fédéralisme et démocratie.

<sup>644</sup> Art.2 TUE : "*L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes*".

Dans la Confédération germanique, certains territoires relevaient de l'autorité de monarques à la tête d'Etats qui n'en étaient pas membres : l'Etat de Hanovre était lié à la Couronne britannique par une union personnelle jusqu'en 1837, le Luxembourg à la Couronne des Pays-Bas, et l'Etat du Holstein à la Couronne du Danemark. En Suisse, le canton de Neuchâtel a eu comme Prince le Roi de Prusse jusqu'en 1848, date à laquelle ce canton est devenu une république.

Quand le membre de la Fédération est soumis à l'autorité d'un Etat tiers ou partage simplement avec lui un chef d'Etat, cet Etat tiers dispose d'un pouvoir de participation pour les décisions concernant une Fédération à laquelle il n'appartient pas, et peut chercher à les influencer dans un sens contraire aux intérêts de la Fédération. Dans le cas de la Confédération germanique, l'art.4 de l'Acte de 1815 précise ainsi que dans la Diète, les Pays-Bas et le Danemark ont chacun une voix, respectivement pour le Luxembourg et pour le Holstein. De même, il est à noter que le Roi de Prusse a participé à la conclusion du Pacte suisse de 1815, même s'il est possible de relativiser cette participation en soulignant que d'autres Etats tiers y ont également pris part dans le cadre du Congrès de Vienne.

Un risque majeur existe dans la mesure où l'Etat tiers dont dépend l'Etat membre peut conclure des alliances contraires aux intérêts de la Fédération, ou déclencher une guerre contre cette dernière ou un de ses membres. Une illustration en est donnée avec le cas du Holstein. Ce dernier était très lié au Schleswig qui n'était pas contrairement à lui membre de la Confédération germanique, et les deux avaient comme dirigeant le Roi du Danemark. En 1848 éclate une guerre entre le Danemark d'une part et l'Autriche et la Prusse d'autre part visant à déterminer l'annexion de ces territoires à l'Etat danois ou le rattachement du Schleswig à la Confédération, guerre qui se termine par le maintien du *statut quo*<sup>645</sup>. Finalement le Danemark annexe ces territoires en 1864, déclenchant une nouvelle guerre avec la Prusse et l'Autriche qui se termine par l'indépendance de ces territoires de la Couronne danoise.

Certes un tel risque n'existe pas toujours. Il faut en effet voir dans quelle mesure le chef d'Etat commun exerce un pouvoir réel ou n'a qu'un rôle symbolique, de représentation, à l'instar de la Reine d'Angleterre qui est chef d'Etat du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle Zélande et de plusieurs îles.

Dans le cas où une partie du territoire d'un Etat membre ne fait pas partie de la Fédération, il n'y a pas de risque d'influence politique extérieure, mais l'Etat membre peut avoir quelques problèmes à maintenir sa cohérence interne et se trouver face à des divergences entre cet impératif et ses obligations fédérales.

Dans la Confédération germanique, certains territoires de certains Etats membres ne faisaient pas partie du territoire fédéral : pour l'Autriche c'était le cas de la Hongrie, la Dalmatie, et la lombardo-Vénétie, et pour la Prusse c'était le cas de sa partie orientale. L'Autriche a connu un tel problème de cohérence, ce qui a contribué à affaiblir son pouvoir en son sein à plusieurs périodes et à permettre finalement à la Prusse de dissoudre la Confédération. On trouve un exemple au niveau européen dans le cas du Danemark depuis 1984 avec le Groenland, mais il ne s'agit pas d'une partie de territoire pouvant influencer le comportement de cet Etat à un point tel que cela pourrait être un problème pour l'Union européenne ; ce territoire dispose de toute façon d'une très large autonomie.

Enfin, il faut souligner le cas où le chef d'Etat d'un Etat membre est également chef d'Etat d'un Etat tiers et qui peut là aussi poser des problèmes au regard de la loyauté envers la Fédération. Dans le cas du Royaume-Uni (RU), ce n'est pas tant l'union personnelle qui existe avec des Etats tiers que les liens historiques particulièrement forts existant avec ces derniers, mais également vis-à-vis d'autres de ses anciennes colonies qui soulève la question de potentiels conflits d'intérêt entre le RU et l'Union européenne. Ses liens avec les Etats-Unis lui avaient d'ailleurs valu de se voir reprocher par le Général De Gaulle d'en être le "cheval de Troie". Si l'on y ajoute de nombreux protocoles lui conférant un statut dérogatoire concernant différents

---

<sup>645</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...* (op.cit. note 495), p. 164.

domaines du droit de l'UE, la question se pose de savoir si, même si le contexte est différent, le RU sera l'Autriche de l'UE<sup>646</sup>.

## b) La problématique de l'admission de nouveaux Etats membres

**222.** Cette question de l'homogénéité à l'époque de la CEE avait conduit à faire opposer un veto à la demande d'adhésion du RU par la France alors que le Général De Gaulle était chef de l'Etat. L'acceptation de nouveaux membres risque en effet de fragiliser l'institutionnalisation jusqu'alors acquise par la Fédération.

**223.** Précisons en liminaire du développement que, si nous rejoignons Olivier Beaud concernant l'importance de la soumission du nouveau membre au pacte fédératif existant sans possibilité de dérogation, nous ne reprenons pas le principe selon lequel l'acte d'admission doit résulter d'une prise de décision des institutions de la Fédération comme preuve de la réalisation de son institutionnalisation<sup>647</sup>. En effet, étant donné l'impact de l'adhésion d'un nouveau membre sur le fonctionnement de la Fédération, et donc sur les anciens membres, il ne nous apparaît pas disproportionné de soumettre l'adhésion d'un nouvel Etat à la même procédure que celle de révision du pacte, d'autant qu'une telle adhésion peut imposer une telle révision pour des questions d'adaptation des institutions. Ainsi en Allemagne l'Acte de 1815 et l'Acte final de 1820 le complétant auraient par exemple dû être modifiés en cas d'adhésion d'un nouveau membre, ne serait-ce que pour y inclure les voix du nouveau membre au sein de la Diète.

**224.** Dans le cas suisse, aucune clause ne prévoyait l'adhésion de nouveaux membres ni dans le pacte de 1815, ni dans les Constitutions de 1848, 1874 ou 1999, et aucune adhésion n'a eu lieu ultérieurement à la conclusion du pacte de 1815, alors qu'auparavant la Confédération s'était élargie de 3 en 1291 à 22 cantons<sup>648</sup>. Le canton du Jura, qui devient le 23<sup>e</sup> canton, a en effet été créé par séparation du canton de Berne en 1979, et le passage à 26 cantons effectué par la Constitution de 1999 n'est que la conséquence du passage de six demi-cantons au statut de cantons<sup>649</sup>.

Dans le cas allemand, l'Acte final de 1820 prévoyait la possibilité de l'adhésion de nouveaux membres en son art.6. Cette disposition énonçait que "*l'admission de nouveaux membres ne p[ouvai]t avoir lieu que si l'ensemble des Etats membres la consid[érait] comme compatible avec les conditions existantes et conforme à l'avantage de la totalité*"<sup>650</sup>. Elle n'a jamais été utilisée. Dans le cadre de la Confédération du Nord l'art.79 de la Constitution prévoyait quant à lui la possibilité d'adhésion des Etats allemands du Sud sur proposition de la présidence fédérale, le Roi de Prusse, selon la procédure législative ordinaire. Aucune condition

---

<sup>646</sup> L'Autriche avait bloqué la mise en place de l'union douanière, poussant un certain nombre d'Etats allemands autour de la Prusse à créer la Zollverein en dehors de la Confédération germanique en raison de sa politique protectionniste, Zollverein qui a contribué à renforcer les liens entre les Etats allemands qui en étaient membres même si l'unité allemande ne s'est pas faite dans son cadre. Elle était par ailleurs en conflit avec la Prusse pour la domination de l'ensemble fédéral et elle connaissait des problèmes internes de cohésion en raison des différentes nationalités la composant, qui l'ont conduites à se délaissier à plusieurs reprises des affaires fédérales. Dans le cas du RU, il n'y a pas de problème de cohésion interne, mais plutôt un regard tourné vers ses anciennes colonies, et si l'on retrouve par contre la réticence à toute intégration européenne plus poussée, c'est pour d'autres raisons que l'Autriche. Si cette dernière a été poussée à la sortie par une guerre, le RU pourrait quant à lui l'être en raison de son histoire qui le pousse à s'intéresser plus à ses anciennes colonies, et de sa réticence à abandonner plus de compétences à l'UE.

<sup>647</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.243 et p.247.

<sup>648</sup> Souligné par : BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.234.

<sup>649</sup> Les anciens demi cantons ne disposent toutefois toujours que d'un membre au Conseil des Etats, au lieu de deux comme pour les autres cantons.

<sup>650</sup> Trad. par : *Ibid.*



spécifique n'était prévue. Nous avons déjà indiqué que des débats existaient dans la doctrine quant à l'utilisation de cette procédure ou la conclusion d'un nouveau pacte avec la Constitution de 1871<sup>651</sup>. Par ailleurs, on retrouve, dans le contexte de l'Etat fédéral allemand de 1949, une clause d'adhésion pour les Länder de la RDA à l'ex. art.23 LF, mais celle-ci n'est due qu'au contexte historique issu de la seconde guerre mondiale et ne constitue pas une clause d'élargissement au sens propre<sup>652</sup>. Aucune clause d'adhésion n'a été par contre incluse dans les Constitutions de 1871 ou 1919, et aucune n'était prévue dans le projet de Constitution de 1849.

Le cas des Etats-Unis fera l'objet d'un développement plus approfondi qui servira d'étalon de comparaison pour le cadre de l'élargissement dans l'Union européenne.

#### Un respect de l'homogénéité assez aisé dans le contexte de l'élargissement américain

**225.** Dans le cas américain, l'art.XI des Articles de la Confédération prévoyait que l'admission d'un autre membre devrait être admise par neuf Etats, sachant que les Etats ayant formé la Confédération étaient au nombre de 13. Il incluait toutefois une exception dans le cas du Canada qui pouvait être automatiquement admis sur sa simple demande. Aucun Etat n'a toutefois adhéré à la Confédération. La Constitution de 1787 prévoit quant à elle dans son art.IV sect.3 Cl.1 simplement que "de nouveaux Etats peuvent être admis par le Congrès dans l'Union". 27 nouveaux Etats ont été admis sur cette base avant la fin de la guerre de Sécession, et 15 l'ont été ultérieurement.

Si l'on met de côté la question de l'esclavage posée à chaque élargissement<sup>653</sup>, et qui pesait déjà sur les anciens membres, force est de souligner l'absence de problème d'homogénéité. Cela s'explique car la plupart des nouveaux Etats membres n'ont été formés comme Etats que dans la perspective d'une adhésion aux EU, et existaient auparavant en tant que Territoires des Etats-Unis<sup>654</sup>. Une loi du Congrès de 1784 avait fixé en leur sein des frontières et posé un statut prévoyant pour chacun un gouvernement républicain, garantissant ainsi le respect une homogénéité avec les autres Etats et l'Union américaine sur le plan du régime politique. Une ordonnance du Congrès de 1787 les a remplacés par un gouvernement commun, toujours républicain.

Olivier Beaud souligne que cette ordonnance précisait uniquement que la décision de l'admission d'un de ces Territoires sous forme d'Etat se faisait à la majorité du Congrès, mais ajoute qu'une pratique constante est à relever<sup>655</sup>. Le peuple d'un Territoire devait lancer une initiative pour devenir un Etat, puis demander au Congrès son admission dans l'Union. Un projet de constitution devait alors être préparé par le Territoire et transmis au Congrès qui pouvait soumettre l'acceptation de son adhésion à des modifications du projet.

Si le pouvoir de décision discrétionnaire des Etats membres quant à l'admission d'un nouveau membre est maintenu jusqu'à aujourd'hui, et permet de garantir l'homogénéité fédérale, la Cour suprême a précisé dans sa décision de 1911 *Coyle v. Smith*, que le Congrès ne disposait pas d'un tel pouvoir discrétionnaire concernant les conditions d'admission<sup>656</sup>. Dans l'espèce, l'acte d'admission de l'adhésion de l'Oklahoma aux EU prévoyait que ce dernier ne pouvait modifier sa capitale jusqu'en 1913, mais dès 1910, une loi en ce sens avait été adoptée par l'Etat. La Cour suprême rejette la possibilité pour le Congrès de se fonder sur la nécessité pour un Etat

<sup>651</sup> Voir : *infra* chap. préliminaire sect.I §1 A.

<sup>652</sup> Souligné par : *Ibid.*

<sup>653</sup> Cf. sur cette question *infra* chap.II sect.III §1 C. 2).

<sup>654</sup> *Ibid.* pp.239-240. S'ils disposaient d'une autonomie de gouvernement, les territoires situés à l'ouest de la frontière des EU étaient soumis au droit fédéral et à l'autorité directe du Congrès, et devaient servir "*le bénéfice commun des Etats-Unis*", en vertu de règles posées par le Congrès en 1780. Olivier BEAUD souligne bien la différence avec des colonies au sens où ils avaient en vertu de ces règles vocation à devenir des Etats, puis une fois ce statut obtenu, des membres de l'Union américaine (*Ibid.*, p.241, voir pour plus de détails sur ces territoires, leur organisation : *Ibid.*, pp.251-256).

<sup>655</sup> *Ibid.*, p.242.

<sup>656</sup> *Coyle v. Smith*, 221 US 559, p.568. Souligné par : BEAUD (O.), *Ibid.*, p.245.

membre d'avoir un gouvernement de forme républicaine pour poser une telle condition.

*L'élargissement de l'Union européenne face à l'impératif d'homogénéité*

226. Dans le cadre européen, le traité CEE prévoit dès 1957 à l'art.237§1 que *"tout Etat européen peut demander à devenir membre de la Communauté"*. Il en est déduit que l'entité adhérant à la CEE doit avoir une qualité étatique et qu'elle doit être européenne. Le caractère européen fait débat. Sa nature géographique est ainsi souvent invoquée à l'encontre de la candidature de la Turquie dont seule une petite partie du territoire se trouve sur le continent européen, mais il lui est rétorqué que Chypre, qui est entrée dans l'Union européenne en 2004, fait géographiquement partie de l'Asie. Dans un rapport intitulé *"L'Europe et le défi de l'élargissement"* présenté au Conseil européen de Lisbonne les 26 et 27 juin 1992, la Commission a précisé que ce qualificatif *"associe des éléments géographiques, historiques et culturels qui, tous, contribuent à forger l'identité européenne"*<sup>657</sup>.

En dehors de ces deux éléments, le respect de la démocratie représentative et des droits fondamentaux est considéré depuis longtemps comme une condition implicite d'adhésion, la déclaration sur la démocratie du Conseil européen de 1978 énonçant déjà que *"le respect et le maintien de la démocratie représentative et des droits de l'Homme dans chacun des Etats membres constituent des éléments essentiels de l'appartenance aux Communautés européennes"*<sup>658</sup>. Ainsi, la Grèce, l'Espagne et le Portugal n'ont vu leur demande d'adhésion accueillie positivement qu'après la fin des régimes dictatoriaux. La Commission reprend dans ses avis sur leur adhésion la même formule : *"les principes de démocratie pluraliste et de respect des droits de l'homme font partie du patrimoine commun des peuples des Etats-Unis dans les Communautés européennes et constituent donc des éléments essentiels de l'appartenance à ces Communautés"*<sup>659</sup>.

Alors que l'élargissement à plusieurs pays d'Europe centrale et orientale (PECO) est en discussion, les conclusions de la présidence du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993 incluent ce qui sera appelé par la suite les critères de Copenhague, à savoir un certain nombre de critères d'adhésion complétant ceux prévus dans les traités<sup>660</sup>. Pour ce qui est des critères politiques, l'Etat candidat doit avoir des institutions stables démocratiques et garantissant les droits fondamentaux, et notamment le droit des minorités. Pour ce qui est des critères économiques, il doit avoir une économie de marche et pouvoir faire face aux règles de concurrence applicables au sein de l'UE. En outre, l'Etat candidat doit, ce qui peut relever des deux critères, avoir la capacité de respecter ses obligations découlant de l'union politique, économique et monétaire au sein de l'UE, ce qui renvoie à la reprise de l'acquis communautaire. Enfin, l'UE doit avoir la capacité d'admettre cet Etat, l'élargissement ne doit pas constituer un frein à l'intégration européenne<sup>661</sup>.

Le Traité d'Amsterdam a introduit dans les traités, à l'art.49§1 UE (49§1 TUE), la condition que les Etats candidats respectent les principes formulés à l'art.6§1 UE (2 TUE), à savoir la démocratie, les droits fondamentaux et plus globalement l'Etat de droit. Le critère

<sup>657</sup> Bull.CE, 1992, supplément n°3, p.11..

<sup>658</sup> Bull.CE, 1978, n°3, p.5. Souligné par : VAHLAS (A.), *Appartenance de l'Union européenne*, in : CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), MICHEL (V.), (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p.242

<sup>659</sup> Avis du 23 mai 1979 pour la Grèce, JOCE n°L 291 du 19 novembre 1979, p.3 ; avis du 31 mai 1985 pour l'Espagne et le Portugal, JOCE, n°L 302 du 15 novembre 1985, p.4 (cités par : VAHLAS (A.), *Ibid.*, p.242).

<sup>660</sup> Pt.7 portant sur les relations avec les pays d'Europe centrale et orientale, dans le A) iii).

<sup>661</sup> Valéry GISCARD D'ESTAING a rappelé ce critère de la *"capacité d'absorption"* dans un discours à la Humboldt et appelé dans ce but à la clarification des frontières de l'Union européenne. Il est à noter qu'il reproche par ailleurs dans ce discours le manque d'information et de participation démocratique des populations des Etats membres aux élargissements qui ont eu lieu dans l'UE, renvoyant à la problématique de la légitimité démocratique de l'UE (Peut-on créer un patriotisme européen ?, Humboldt-Rede zu Europa, Berlin, 9 novembre 2006, pp.5-6 : [http://whi-berlin.de/documents/HRE-Giscard\\_dEstaing.pdf](http://whi-berlin.de/documents/HRE-Giscard_dEstaing.pdf)).



économique n'a pas été repris dans les traités, mais, comme le soulignent Claude Blumann et Louis Dubouis, celui-ci n'a jamais été interprété de façon aussi stricte que le critère politique comme l'a illustré la validation de l'élargissement aux PECO<sup>662</sup>. Concernant la capacité, aussi bien au niveau institutionnel que politique et financier, pour l'UE d'intégrer de nouveaux membres, le Conseil européen des 15 et 16 juin 2006 a invité la Commission à faire un rapport spécial sur les capacités d'absorption de l'UE au moment des rapports annuels sur l'état du processus d'élargissement et de préadhésion<sup>663</sup>. La Commission a en conséquence rédigé une communication la même année<sup>664</sup>. Claude Blumann et Louis Dubouis soulignent la prudence de la Commission dans cette communication tout en l'expliquant par son rôle de "*gardienne de la légalité communautaire*" et par l'absence de mention de ce critère dans l'art.49 UE<sup>665</sup>. Mais comme ils le précisent ensuite, ce critère peut jouer le rôle d'un motif discrétionnaire de rejet d'une candidature, permettant d'éviter un vote de rejet de l'adhésion qui pourrait tendre les relations avec l'Etat concerné.

Si la décision de l'acceptation du nouveau membre reste à la discrétion des Etats qui sont déjà membres, la question peut se poser de la validité des conditions supplémentaires à l'étude de la candidature à l'adhésion de nouveaux membres par rapport à ce qui était prévu dans les traités. Ainsi Claude Blumann et Louis Dubouis évoquent le caractère contestable du veto français à l'adhésion britannique avant toute négociation<sup>666</sup>, et nous avons vu dans le cas américain que la Cour suprême avait rejeté toute possibilité d'inclure des conditions supplémentaires à l'adhésion par rapport à ce que le texte constitutionnel fédéral prévoit. Au contraire, Alexis Vahlas souligne que le caractère d'*intuitu personae* fort justifie un pouvoir discrétionnaire au niveau des critères d'adhésion, et défend à ce titre ledit veto français, rappelant en outre que la question de l'existence possible de conditions supplémentaires à l'adhésion au-delà de celles posées art.237 CEE a été posée à la CJCE<sup>667</sup>. Celle-ci a répondu dans un arrêt de 1978 qu'il existait "*outre les conditions formelles définies à l'article 237, des limites juridiques de fond à l'adhésion d'Etats tiers aux Communautés européennes*"<sup>668</sup>. Elle poursuivait que les "*dispositions [du traité relatives à l'adhésion] établiss[ai]ent une procédure bien précise et circonscrite pour l'admission de nouveaux Etats membres, au cours de laquelle les conditions d'adhésion [étaient] à élaborer par les autorités indiquées par l'article lui-même*" et "*qu'ainsi les conditions juridiques de pareille adhésion rest[ai]ent à définir dans le cadre de cette procédure sans qu'il soit possible d'en fixer au préalable le contenu par voie judiciaire*"<sup>669</sup>. Alexis Vahlas souligne en outre la limite de la portée d'une éventuelle illégalité d'une telle condition supplémentaire dans le cas où l'adhésion aboutit et qu'un traité d'adhésion est conclu car un tel traité ayant la même valeur que les traités fondateurs, la Cour ne pourrait annuler la condition incluse contestée<sup>670</sup>, à la différence de la Cour suprême dans le cas américain susmentionné. Désormais l'art.49§1 TUE, tel qu'issu de la modification du Traité de Lisbonne, indique que les critères d'éligibilité approuvés par le Conseil européen sont pris en

<sup>662</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2010, p.42.

<sup>663</sup> Conclusions du Conseil européen des 15 et 16 juin 2006, pt.53.

<sup>664</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie d'élargissement et principaux défis 2006 – 2007*, 8.11.06, COM/2006/0649 final.

<sup>665</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.43.

<sup>666</sup> *Ibid.*, p.44

<sup>667</sup> VAHLAS (A.), *Appartenance...*(*op.cit.* note 658), pp.245-246.

<sup>668</sup> CJCE, 22 novembre 1978, *Mattheus*, aff.93/78, *Rec.*1978 p. 2203, pt.3

<sup>669</sup> *Ibid.*, pt.8.

<sup>670</sup> VAHLAS (A.), *Appartenance...*(*op.cit.* note 658), p.249. Dans l'arrêt du 28 avril 1988 *LAISA c/ Conseil* qui visait l'annulation de certaines dispositions de l'annexe I de l'acte relatif aux conditions d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, la Cour a en effet rappelé qu'elle n'avait pas compétence pour prononcer l'annulation de telles dispositions qui ne constituaient pas des actes des institutions européennes (aff.31 et 35/86, *Rec.*1988 p 2285, pt.17).

compte, ce qui permet de conclure à une possibilité d'étendre ces critères..

**227.** L'art.237 CEE ne visait que la procédure d'adhésion à la Communauté économique européenne. Il faut attendre l'art.O du traité UE (49 UE ; 49 TUE) introduit par le Traité de Maastricht pour que les procédures d'adhésion aux différents traités européens soient unifiées. Il reprend le principe selon lequel le Conseil se prononce à l'unanimité après avis de la Commission sur cette demande. Il est vérifié que les critères d'adhésion sont remplis sur la base des rapports de la commission et cette phase se conclut par une décision sur l'acceptation du principe de l'adhésion au niveau européen et l'ouverture des négociations sur le traité d'adhésion. L'avis de la Commission joue un rôle primordial dans la phase d'examen de la demande. Claude Blumann et Louis Dubouis soulignent ainsi qu'un avis positif de sa part n'ayant été donné dans un premier temps que pour cinq des PECO et Chypre, les négociations n'ont alors été ouvertes qu'avec ces Etats<sup>671</sup>. Depuis l'Acte Unique européen a en outre ajouté la soumission du principe de l'admission d'un Etat membre à l'avis conforme du Parlement européen à la majorité de ses membres. Le Parlement a cherché à utiliser ce pouvoir lors de l'adhésion de l'Autriche, la Suède et la Finlande, en subordonnant son accord à une modification profonde du système institutionnel européen, mais a finalement cédé sans avoir eu gain de cause<sup>672</sup>. Une Conférence intergouvernementale comprenant les Etats membres et le ou les Etats candidat(s) est ensuite chargée de préparer un accord précisant les conditions d'adhésion et les adaptations des traités nécessaires, notamment en matière institutionnelle; Alexis Vahlas souligne qu'en pratique, c'est le Conseil avec l'aide de la Commission qui lui "*propose des positions communes de négociations*"<sup>673</sup>. S'ouvre alors la phase finale puisque l'accord d'adhésion doit être ratifié par l'ensemble des Etats membres.

## **B. Le problème du fonctionnement cohérent de l'Union européenne**

**228.** Au-delà de l'impératif d'homogénéité au sein de la Fédération, se pose la question de la cohérence de son fonctionnement, problème particulièrement sensible dans l'Union européenne.

Le souci de cohérence, même s'il n'a pas toujours été exprimé explicitement dans les traités, existe depuis l'origine en raison de la coexistence de plusieurs traités<sup>674</sup>. Alors que la CJCE et l'assemblée étaient déjà communs, la cohérence institutionnelle est réalisée par le Traité de fusion de 1965<sup>675</sup>. La notion expresse de cohérence apparaît seulement avec l'Acte unique européen à l'art.30 V CEE pour un domaine restreint, l'action extérieure européenne. Cette disposition vise la cohérence entre les politiques extérieures de la Communauté et les politiques dans le cadre des coopérations politiques européennes et les activités communautaires<sup>676</sup>. C'est avec le Traité de Maastricht que la cohérence se voit conférer une portée globale. L'art.A§3 du Traité sur l'UE (1§3 UE) tout d'abord donnait comme mission à l'Union européenne "*d'organiser de façon cohérente et solidaire les relations entre les Etats membres et entre leurs peuples*". Cette disposition n'a pas été reprise par le Traité de Lisbonne. L'art.C du traité sur l'UE (3 UE) ensuite posait le principe d'un cadre institutionnel unique pour l'Union européenne ainsi que le but d'assurer la cohérence de ses actions, notamment en matière de relations extérieures pour laquelle l'article précise que la Commission et le Conseil sont responsables. Isabelle Bosse-Platière concluait dans sa thèse qu'il n'était pas possible de faire valoir cette disposition devant le juge, sans pour autant lui ôter tout effet juridique<sup>677</sup>. Avec le Traité de Lisbonne, on relève une reprise en substance du cadre institutionnel unique visant à

<sup>671</sup> BLUMANN (C.), DUBOUI (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.44.

<sup>672</sup> *Ibid.*, p.45.

<sup>673</sup> VAHLAS (A.), *Appartenance...*(*op.cit.* note 658), p.249.

<sup>674</sup> Souligné par : BLUMANN (C.), DUBOUI (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.112.

<sup>675</sup> JO n° 152 du 13 juillet 1967, p.1.

<sup>676</sup> Souligné par : BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3...*(*op.cit.* note 519), p.5.

<sup>677</sup> *Ibid.*, pp.56-60.



assurer la cohérence de ses politiques et actions à l'art.13§1 TUE, et de la cohérence de l'action extérieure de l'UE à l'art.21§3 al.2 TUE. Comme le soulignent Claude Blumann et Louis Dubouis, si le fait que l'art.13 TUE puisse être invoqué devant la CJUE contrairement à ce qui était le cas de l'art.3 UE n'aura certainement que peu d'effet dans le cadre des recours en raison de son caractère vague, il "*pèse cependant sur l'ensemble des institutions une obligation de comportement, dont la violation manifeste pourrait se voir sanctionnée*"<sup>678</sup>.

S'il se pose dans tout système politique même non fédéral, le risque d'incohérence entre les actions menées prend un caractère aigu dans le contexte européen en raison de la diversité des procédures de prise de décision, et de compétences des institutions en fonction du domaine concerné (2). S'y ajoute une problématique liée à l'applicabilité différenciée entre les Etats membres du droit de l'Union européenne dans certains domaines, problématique que l'on retrouve peu dans les autres systèmes fédéraux (1).

### **1) L'impératif de cohérence entre les membres de la Fédération**

**229.** Valérie Michel considère que "*la forte augmentation des protocoles annexés au traité conduit à considérer que cette technique constitue aujourd'hui une nouvelle méthode d'attribution des compétences communautaires destinées à favoriser la prise en compte de la volonté des Etats*"<sup>679</sup>. Mais comme le soulignait déjà le Parlement dans une résolution de 1995, il est nécessaire d'avoir une "*flexibilité dans l'unité*"<sup>680</sup>. Il estimait ainsi que "*compte tenu de la diversité croissante de l'UE, de nouveaux aménagements flexibles pourraient fort bien être requis à l'avenir*", tout en affirmant que de tels aménagements "*ne sauraient remettre en cause le cadre institutionnel unique, l'acquis communautaire*", ni "*conduire à une « Europe à la carte »*"<sup>681</sup>. Olivier Beaud le résume dans une perspective plus générale en indiquant qu' "*une Fédération « à trous » ou à « géométrie variable » est théoriquement pensable si l'élément poussant vers les convergences l'emporte sur celui tirant vers les divergences*"<sup>682</sup>.

S'il existait dès l'origine des dérogations temporaires, correspondant aux périodes de transition lors de l'adhésion des Etats, et quelques cas particuliers<sup>683</sup>, il y a une rupture avec le Traité de Maastricht, si bien qu'il est possible de parler, à l'instar de Laurence Burgorgue-Larsen, de "*différenciation « déstructurante » [...] institutionnalisée*"<sup>684</sup>. Ce traité a en effet conféré à certains Etats des dérogations durables à l'application de certaines dispositions du droit de l'Union européenne, cela dans le but d'éviter que des Etats désireux de coopérer dans ces domaines ne concluent des accords en dehors des traités européens (a). Par la suite, et toujours dans ce but, le Traité d'Amsterdam a donné une base juridique habilitant certains Etats membres à coopérer dans des domaines dans lesquels l'accord de l'ensemble des Etats membres ne peut être atteint (b).

#### **a) Les accords entre Etats membres hors traité et les statuts particuliers**

<sup>678</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), pp.114-115.

<sup>679</sup> MICHEL (C.), *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, l'Harmattan, 2003, p.39

<sup>680</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 - Mise en œuvre et développement de l'Union (17 mai 1995), *JOCE*, n°C 151 du 19 juin 1995, p.56, pt.15.

<sup>681</sup> *Ibid.*, pt.16. Voir dans le même sens : BURGORGUE-LARSEN (L.), Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out, in : BLANQUET (M.) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p.121.

<sup>682</sup> BEAUD (O.), Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel, *Annuaire de droit européen*, 2003 (publié en 2005), vol.1, p.109.

<sup>683</sup> Voir l'exemple de l'art.233 CEE (306 CE ; 350 TFUE) qui constate l'existence de l'union du Benelux entre la Belgique, le Luxembourg, et les Pays-Bas.

<sup>684</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), Le droit...(op.cit. note 681), p.123.

**230.** Premier facteur d'incohérence, les Etats membres peuvent conclure entre eux des accords dès lors qu'ils respectent le droit de l'Union européenne, et ces accords peuvent également inclure des Etats tiers, ce qui complique doublement la cohérence de l'Union européenne. Ainsi en est-il des accords de Schengen en matière de contrôle d'identité aux frontières et de visas conclus en 1985 et en 1990. Les Etats européens du Nord connaissaient une libre circulation des personnes et pour éviter qu'il ne soit mis fin à cette liberté alors qu'ils n'étaient pas membres de l'UE contrairement au Danemark, la Suède, et la Finlande, la Norvège et l'Islande décident de participer à l'espace Schengen en 1999. Il est à noter qu'outre ces Etats, le Liechtenstein y participe depuis mars 2011 et la Suisse depuis 2008. Si la communautarisation effectuée par le Traité d'Amsterdam permet de mettre fin à un accord entre Etats membres hors traité, la complexité provenant de la participation d'Etats tiers demeure. Nous la relativiserons toutefois en soulignant qu'il n'y a pas d'impact sur le système institutionnel européen. En effet, ces Etats participent "aux comités de consultations mis en place par la Commission européenne, mais n'[ont] pas la possibilité d'influer réellement sur le vote" même s'ils "bénéficient formellement d'un droit de veto aux décisions prises par les membres de l'UE"<sup>685</sup>.

D'autres accords en dehors des traités ont été conclus depuis le début de l'intégration européenne. Ainsi en est-il de l'Agence spatiale européenne fondée en 1975 entre une partie des membres de la CEE et des Etats européens tiers, ou du traité de Prüm signé en 2005 en matière de la lutte contre le terrorisme, la criminalité transfrontière et la migration illégale<sup>686</sup>.

Nous donnerons enfin comme dernier exemple de cadre de coopération hors traité celui de l'UEO auquel renvoyait l'art.J.4§5 du traité sur l'UE (17§4 UE)<sup>687</sup>.

**231.** Autre facteur d'incohérence, des Etats membres bénéficient à l'inverse de dérogations à certaines dispositions des traités européens. Ainsi, le protocole n°3 (protocole n°20 annexé au Traité de Lisbonne) a permis au Royaume-Uni et à l'Irlande de continuer à procéder à des contrôles à leurs frontières de ressortissants des Etats tiers à l'UE, et le protocole n°2 (protocole n°19 annexé au Traité de Lisbonne) autorise ces Etats à ne pas être soumis à l'acquis Schengen intégré aux traités européens et au Danemark de rester soumis à la version non communautarisée des accords de Schengen, tout en leur ouvrant la possibilité d'une participation aux prises de décision s'ils en émettaient le souhait.

Annexés au Traité de Maastricht, les protocoles n°11 et 12 (devenus protocoles n°15 et 16 annexés au Traité de Lisbonne) prévoient une autre dérogation majeure aux traités. Ils permettent respectivement au RU et au Danemark de rester en dehors de la 3<sup>e</sup> phase de l'UEM. Même si tous les Etats membres ont vocation à devenir membres de la zone euro et que le protocole n°10 sur le passage à la troisième phase de l'UEM annexé au Traité de Maastricht affirmait que la signature des dispositions du Traité de Maastricht relatives à l'UEM "conférait à la marche vers la troisième phase de l'UEM un caractère irréversible"<sup>688</sup>, c'est

---

<sup>685</sup> Norvège et UE : "je t'aime, moi non plus", *Nouvelle Europe*, 17 mars 2007 : <http://www.nouvelle-europe.eu/node/140>. Ainsi par exemple "la Norvège ne s'en est jamais servie, à la fois parce qu'elle ne peut changer la décision initiale, parce que son veto risque de gêner ses partenaires, et parce qu'elle craint des mesures de rétorsion de la part des Etats membres". L'article soulève toutefois un autre problème, à savoir que la Norvège n'a plus qu'un pouvoir formel, ce qui peut être considéré comme portant atteinte aux principes démocratiques.

<sup>686</sup> Exemples cités par : NABLI (B.), *L'Etat...* (op.cit. note 514), p.4.

<sup>687</sup> Sur l'UEO, cf. : *supra* chap. préliminaire sect.II §1 B.

<sup>688</sup> Bien que ce protocole ait été abrogé par le Traité de Lisbonne, Jean-Victor LOUIS souligne que si par ce biais "disparaît aussi l'affirmation du caractère irréversible de l'union monétaire, [...] le principe n'en reste pas moins valable" car si la participation à la 3<sup>e</sup> phase de l'UEM est soumise à des conditions, il existe "pour chaque Etat l'obligation de faire tout ce qui est en son pouvoir en vue de remplir les conditions fixées par le traité pour participer à la monnaie unique" (*L'Union européenne et sa monnaie*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2009, p.43).



néanmoins les Etats membres actuels de la zone qui se voient reprocher de porter atteinte à la cohérence de l'UE. Le débat sur le risque d'une Europe à deux vitesses avec l'existence de la zone euro a été relancé avec la crise économique et la volonté de renforcement de l'intégration économique de cette zone. Les Etats non membres qui ne prennent pas, selon les traités, part aux discussions des décisions en matière de politique économique concernant la zone euro, le revendiquent de plus en plus avec le renforcement de la crise, ce qui provoque des tensions<sup>689</sup>. L'ancien Premier ministre britannique John Major a ainsi affirmé fin 2011 que si l'UEM s'approfondissait, les Etats membres hors zone euro voudraient aussi se coordonner, provoquant un risque de confrontation au sein de l'Union européenne<sup>690</sup>.

Nous relèverons par ailleurs les protocoles n°21 et 22 annexés au Traité de Lisbonne qui ouvrent au RU, à l'Irlande et au Danemark une dérogation à l'application du titre V de la 3<sup>e</sup> partie du Traité sur le fonctionnement de l'UE portant sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui les excluent des prises de décision et des textes ainsi adoptés sauf s'ils manifestent la volonté contraire d'une participation.

Un dernier exemple de dérogation prévue par les traités, le protocole n°30 annexé au Traité de Lisbonne, est à mentionner en raison de son objet symbolique puisqu'il concerne l'application de la Charte des droits fondamentaux à la Pologne et au Royaume-Uni. Claude Blumann qualifie de "*grande hypocrisie*" l'affirmation de la soumission de ces deux Etats à la Charte énoncée dans ce protocole car celle-ci ne peut être opposée à la validité d'une réglementation britannique ou polonaise devant la CJUE ou les juridictions de ces deux Etats<sup>691</sup>. Silvère Lefèvre estime certes *a contrario* qu'il s'agit uniquement d'une "*contradiction apparente*", et affirme qu' "*alors même que la lecture du dispositif s'apparente à la reconnaissance d'un statut dérogatoire au profit de ces deux Etats, celui-ci procède d'une interprétation de la Charte par les parties contractantes et non d'une logique d'exclusion du champ d'application de celle-ci*"<sup>692</sup>. Mais le protocole précise bien que ces deux Etats ne peuvent se voir appliquer le titre IV de la Charte sur la solidarité qui comporte les droits sociaux. Il est à cet égard à noter que l'hostilité du RU envers l'action de l'UE en matière sociale n'est d'ailleurs pas nouvelle comme l'a illustré la dérogation accordée au RU concernant le protocole n°14 sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht et finalement abandonnée par le Traité d'Amsterdam. Nous suivons par contre Silvère Lefèvre lorsqu'elle relativise la portée de cette dérogation en relevant que quand un contrôle de légalité d'un acte de droit dérivé a lieu au regard de la Charte, le RU ne peut s'y opposer<sup>693</sup>, et qu'il est toujours possible pour la Cour de dégager un principe général du droit européen, notamment par le biais du croisement de l'influence de la jurisprudence de la CEDH sur la Cour de justice et de l'utilisation par la CEDH de la Charte dans ses jugements<sup>694</sup>.

<sup>689</sup> Le 6 octobre 2011, la pression de ces Etats leur a permis d'être présents au début d'une réunion concernant la crise de la zone euro, mais l'agacement des Etats membres a été illustré par une anecdote : le Président Sarkozy a indiqué avec impatience au Premier ministre Cameron qu'il n'avait pas à donner son avis sur la gestion de la crise au sein de la zone euro.

<sup>690</sup> cité par Krisengipfel in Brüssel. Europa der zwei Klassen, *spiegel online*, 27 octobre 2011 : <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,794268,00.html>.

<sup>691</sup> BLUMANN (C.), La relance de l'Europe : le traité simplifié, *La Semaine Juridique (Ed. générale)*, 11 juillet 2007, n°28, p.317.

<sup>692</sup> LEFEVRE (S.), Le Royaume-Uni et la Charte des droits fondamentaux, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir), *Le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2009, p.165 et p.170.

<sup>693</sup> Souligné par : *Ibid.*, p.175.

<sup>694</sup> *Ibid.*, pp.175-176. Silvère LEFEVRE donne tout d'abord l'exemple d'une telle application indirecte de la Charte au Royaume-Uni avec l'arrêt de *Goodwin c/ RU* du 11 juillet 2002 dans laquelle la CEDH interprète l'art.12 CESDH comme ouvrant le mariage aux transsexuels en se fondant très largement sur l'art.9 de la Charte des droits fondamentaux qui ne vise pas la référence à un mariage entre homme et femme (*Rec. des arrêts et décisions*, 2002-VI. p.79, pt.100). Elle donne comme second exemple l'arrêt *K.B.* du 7 janvier 2004 dans lequel la CJCE se fonde largement sur la jurisprudence *Goodwin* pour aboutir à cette conclusion, qui s'était elle-même largement fondée sur l'art.9 de la Charte (Aff.C-117/01, *Rec.*2004 p.I-541, pts.33 et s.)

Il est à noter que le but recherché par ces protocoles d'éviter des accords hors traité n'a pas fonctionné comme l'illustre l'accord conclu le 2 mars 2012 entre 25 Etats membres de l'Union européenne sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'UEM<sup>695</sup>. Présenté dans la presse comme renforçant une Europe à deux vitesses<sup>696</sup>, il souligne surtout l'isolement du RU<sup>697</sup>, même s'il faut noter que la République tchèque a finalement décidé de ne pas non plus le signer. Le comportement du RU dans les négociations doit être remis dans le contexte plus large qui est qu'il s'agit du principal Etat bénéficiaire de dérogations au droit de l'UE.

**232.** Nous soulignerons pour terminer que les exemples de tels statuts dérogatoires sont rares dans les systèmes fédéraux étudiés. Il est toutefois possible de citer comme exemple la dérogation dont a bénéficié la Bavière jusqu'en 1916 concernant la loi allemande sur le domicile d'assistance de 1870 qui prévoyait qu'après une durée de séjour de deux ans le Land de résidence d'un citoyen remplace le Land d'origine comme responsable de l'obligation d'aide<sup>698</sup>. Mais surtout, un exemple majeur de coopération entre certains des Etats membres de la Fédération en dehors du pacte fédératif est donné par la Zollverein qui a été créée en dehors du cadre de la Confédération germanique.

### **b) Les coopérations renforcées**

**233.** Un autre moyen de différenciation a été ouvert par la possibilité de mettre en place des coopérations renforcées. Comme le souligne Laurence Burgorgue-Larsen, cette possibilité, qui ouvre la voie à une dimension de différenciation bien plus grande que les dérogations prévues par les protocoles, met, outre le problème de lisibilité en résultant pour le citoyen européen, l'Union européenne face à un défi majeur en matière de cohérence<sup>699</sup>.

**234.** Le Traité d'Amsterdam avait posé des clauses générales aux art.43 à 45 UE, et des clauses spécifiques pour le pilier communautaire (articles 11 et 11 A CE), et le 3<sup>e</sup> pilier (articles 40, 40 A et 40 B UE), auxquelles le Traité de Nice avait ajouté des dispositions particulières pour le 2<sup>nd</sup> pilier en ouvrant ces domaines aux coopérations renforcées (articles 27 A à 27 E UE)<sup>700</sup>. Le Traité de Lisbonne regroupe ces différentes dispositions au sein d'un art.20 TUE et aux art.326 à 334 TFUE. Mais deux possibilités de coopérations renforcées faisant l'objet de procédures spécifiques sont par ailleurs à noter, à l'art.86§1 TFUE qui prévoit la possibilité de mettre en place un Parquet européen pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, et à l'art.87 TFUE concernant différents aspects de la coopération policière.

L'art.325§1 TFUE (43 a) UE) souligne le but de "*renforcer le processus d'intégration*" visé par le système des coopérations renforcées, ces coopérations peuvent être envisagées comme un premier pas vers une action commune des Etats membres.

Il demeure qu'elles sont une entorse à la cohérence de l'Union européenne. Laurence Burgorgue-Larsen souligne ainsi qu' "*en voulant éviter le statu quo potentiel de l'intégration*

---

(LEFÈVRE (S.), *Ibid.*, p.176).

<sup>695</sup> <http://european-council.europa.eu/media/639232/08 - tscg.fr.12.pdf>.

<sup>696</sup> EU-Gipfel. Ein Europa, zwei Klassen, *Spiegel online*, 9 décembre 2011 :

<http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,802676,00.html>.

<sup>697</sup> La Grande-Bretagne plus insulaire que jamais, *Le Monde*, 9 décembre 2011 :

[http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/12/09/la-grande-bretagne-plus-insulaire-que-jamais\\_1616027\\_3232.html#ens\\_id=1268560](http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/12/09/la-grande-bretagne-plus-insulaire-que-jamais_1616027_3232.html#ens_id=1268560) (consulté le 9/12/11).

<sup>698</sup> Souligné par : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, 2005, p.104 et note 225 p.106.

<sup>699</sup> Souligné par : BURGORGUE-LARSEN (L.), *Le droit...* (*op.cit.* note 681), p.134.

<sup>700</sup> Toutefois une limite est prévue à ces coopérations à l'art.27 B UE, reprise à l'art.333§3 TFUE, elles ne peuvent pas porter sur des questions "*ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense*".



*dans une Europe élargie [...] le système de l'intégration restreinte constructive [...] pourra générer à terme une hétérogénéité de grande envergure qui pourra, à elle-seule, être la source d'une complexité inouïe, elle-même génératrice de blocage et donc de désordre*"<sup>701</sup>. Elle note en particulier le risque à cet égard né de la suppression par le Traité de Nice des exclusions de coopérations renforcées en matière de citoyenneté alors qu'il s'agit d'un "*domain[e] majeure[r]* tout à la fois du point de vue symbolique et effectif"<sup>702</sup>. Si les possibilités d'atteinte à la cohérence de l'UE sont restées longtemps théoriques en raison de la complexité des procédures pour mettre en œuvre les coopérations renforcées, la simplification desdites procédures rend ce risque plus sérieux<sup>703</sup>.

Plusieurs dispositions visent à limiter ces risques. Il est tout d'abord précisé que la coopération respecte les compétences et les intérêts des Etats non participants (art.327 TFUE ; 43 f) UE) et que ces coopérations sont "ouvertes à tous les Etats membres" (art.328 TFUE (43 B UE)). Il est ensuite indiqué qu'il ne peut y être recouru qu'en "*dernier ressort, lorsqu[e] [le Conseil] établit que les objectifs recherchés par cette coopération ne peuvent être atteints dans un délai raisonnable par l'Union dans son ensemble*" (art.20§2 TUE (43 A UE)). Enfin, il est précisé une exigence de "cohérence" au fond par rapport au droit de l'UE assurée par le Conseil et la Commission (art.334 TFUE (45 UE)). Des exigences spécifiques de cohérence des coopérations renforcées dans le cadre de la PESC avec les politiques de l'UE sont posées à l'art.329§2 TFUE (27 A UE))<sup>704</sup>.

La première coopération renforcée entre quatorze Etats membres a été autorisée par une décision du Conseil de 2010 concernant la loi applicable au divorce et à la séparation de corps<sup>705</sup>. Le considérant 9 relève que l'exigence de dernier ressort était remplie car le Conseil avait constaté en juin 2008 l'absence d'unanimité pour adopter un règlement en la matière qui avait été proposé par la Commission. Le considérant 10 souligne la contribution au processus d'intégration, la coopération visant à développer la coopération judiciaire en matière civile. Il est par ailleurs à noter que le considérant 13 constate l'absence d' "*atteinte à l'acquis préexistant*", ce qui permet de relativiser la suppression de la mention du respect de l'acquis communautaire et de l'apport des piliers (art.43 c) UE) avec le Traité de Lisbonne. Enfin, la décision confirme l'absence de contrariété au droit de l'UE, et rappelle l'ouverture de la coopération aux Etats membres qui n'y ont pas pris part.

Nous soulignerons par ailleurs que onze Etats membres ont récemment indiqué leur

<sup>701</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), *Le droit...* (op.cit. note 681), p.132.

<sup>702</sup> *Ibid.*

<sup>703</sup> Dans la version issue du Traité d'Amsterdam, l'art.43 UE exigeait qu'une majorité d'Etats membres y participent et les art.11§2 al.2 CE et art. 40§2 al.2 UE prévoyaient la majorité qualifiée au Conseil, et précisaient que si un Etat membre évoquait une raison politique nationale importante pour s'y opposer, le Conseil pouvait décider d'un renvoi au Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement "en vue d'une décision à l'unanimité". Le Traité de Nice a réduit l'exigence du nombre d'Etats minimum à 8 et remplacé pour le pilier communautaire et le 3<sup>e</sup> pilier le pouvoir d'opposition d'un Etat par un pouvoir d'évocation auprès du Conseil européen (art.27 C combiné à l'art.23§2 UE) et un pouvoir de dernier mot du Conseil à la majorité qualifiée (art.11§2 al.2 CE ; art.40§2 al.2 UE). Le Traité de Lisbonne assouplit encore la procédure en écartant le pouvoir d'évocation au Conseil européen, sauf dans le cas de la PESC où la décision du Conseil se fait à l'unanimité alors que le Traité de Nice prévoyait la majorité qualifiée sauf en cas d'opposition par un Etat d'une raison politique nationale importante. On notera enfin que l'exigence du nombre minimum d'Etats participants a connu un léger changement, passant de 8 à 9 (art.20§1 TUE) et que la coopération renforcée est soumise à l'approbation du Parlement européen (art.329§1 TFUE), sauf dans le domaine de la PESC.

<sup>704</sup> La Commission étant chargée de rendre un avis à cet égard (329§2 TFUE (27 C UE)), tout comme le Haut représentant depuis le Traité de Lisbonne (art.329§2 TFUE).

<sup>705</sup> Décision n°2010/405 du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JOUE*, n°L 189 du 22 juillet 2010, p.12.



intention de mettre en œuvre une coopération renforcée pour mettre en place une taxation sur les transactions financières<sup>706</sup>.

**235.** En Suisse, Dieter Schindler constate l'existence d'une différenciation qui s'est développée pour l'essentiel par le biais d'accords intercantonaux, différenciation que Bernard Dubey rapproche des coopérations renforcées dans l'Union européenne<sup>707</sup>. Ce dernier souligne notamment que les deux systèmes visent à "*favoriser et développer une meilleure intégration ou, au moins une meilleure cohésion des politiques et comportement des différentes composantes de la Confédération suisse et de l'Union européenne*"<sup>708</sup>.

Si toute alliance particulière et tout traité d'une nature politique entre cantons sont interdits, ces derniers ont en revanche le droit de conclure entre eux des conventions sur des objets de législation, d'administration ou de justice selon l'art.7 aCS 1848 (art.7§2 aCS 1874 ; art.48 CS). Avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1999, ils devaient les porter à la connaissance du Conseil fédéral, et si ces conventions renfermaient des dispositions contraires au droit fédéral, ce dernier était autorisé à en empêcher l'exécution. L'art.48 CS leur impose désormais uniquement d'informer le Conseil fédéral afin qu'ils puissent le cas échéant élever une réclamation. Bernard Dubey relativise toutefois la modification en soulignant que les cantons omettaient souvent de demander l'approbation des autorités fédérales<sup>709</sup>.

Le rapprochement avec les coopérations renforcées dans l'Union européenne est à relativiser. Il est à relever tout d'abord que le but de ces coopérations est "*une mise en œuvre plus cohérente des compétences cantonales propres et résiduelles*", et la "*recherche localisée de synergies et d'efficacité*"<sup>710</sup>. Par ailleurs, alors qu' "*au sein de l'Union européenne formellement et effectivement moins intégrée que ne l'est la Confédération suisse, le recours à ces nouveaux instruments d'intégration différenciée apparaît comme devant nécessairement être étroitement encadré, pour prévenir tout risque d'éclatement de l'Union, [...] les collaborations intercantionales [...] font figure, pour beaucoup, de bouffée d'oxygène devant rafraîchir et relancer un fédéralisme devenu, au fil du temps, trop rigide et trop centralisateur*".

## **2) L'impératif de cohérence entre les politiques et actions menées par la Fédération**

**236.** En dehors des risques impliqués par la différenciation entre les Etats membres existe un problème de cohérence entre les différentes politiques et actions menées par l'Union européenne.

Afin d'assurer une certaine cohérence entre les différentes politiques et actions de l'Union européenne, plusieurs clauses transversales ont été introduites dans les traités. Elles ont été regroupées par le Traité de Lisbonne après l'art.7 TFUE qui énonce que l'Union européenne veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions<sup>711</sup>. En posant de telles clauses pour de plus en plus de nouveaux domaines, la question se pose de la diminution de leur portée individuelle<sup>712</sup>. Mais au-delà de cette nécessité de cohérence que l'on retrouve au sein des autres

<sup>706</sup> Taxe Tobin : le banco de onze pays européens, *Le point*, 10 octobre 2012 :

[http://www.lepoint.fr/economie/taxe-tobin-le-banco-de-onze-pays-europeens-10-10-2012-1515291\\_28.php](http://www.lepoint.fr/economie/taxe-tobin-le-banco-de-onze-pays-europeens-10-10-2012-1515291_28.php).

<sup>707</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 502), pp.539 et s. (citant : SCHINDLER (D.), *Differenzierter Föderalismus*, in : HALLER (W.), KÖLZ (A.), MÜLLER (G.), THÜRER (D.) (Hrsg), *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zürich, Schulthess, 1989)

<sup>708</sup> *Ibid.*, p.595.

<sup>709</sup> *Ibid.*, p.547.

<sup>710</sup> *Ibid.*, p.560 et p.563.

<sup>711</sup> Art.8 (3§2 CE) égalité hommes femmes ; art.9 promotion d'un niveau d'emploi élevé, promotion d'une protection sociale adéquate, lutte contre l'exclusion, niveau élevé d'éducation et de formation, niveau élevé de protection de la santé humaine ; art. 10 combat contre les discriminations ; art.11 (6 CE) protection de l'environnement ; art.12 (153§2 CE) protection des consommateurs.

<sup>712</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.117

systèmes fédéraux et même des Etats unitaires, l'organisation institutionnelle et procédurale de l'UE entraîne des difficultés qui lui sont propres.

L'impératif de cohérence des actions européennes est devenu particulièrement important avec le Traité de Maastricht à cause de l'introduction de la structure en piliers et il le demeure malgré la disparition formelle de cette distinction (a). Cet impératif doit être plus particulièrement approfondi dans la perspective de l'action extérieure de l'Union européenne (b) où il renvoie en outre à un autre enjeu, celui de la crédibilité de l'UE comme acteur international.

### a) Le problème des piliers

237. Le 1<sup>er</sup> pilier correspondait au traité instituant la Communauté européenne, les deux autres étaient contenus dans le Traité sur l'Union européenne. Le 2<sup>e</sup> pilier correspond à la PESC et le 3<sup>e</sup> pilier au départ à la justice et aux affaires intérieures, puis avec sa communautarisation partielle à la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Le premier pilier fonctionnait selon la logique dite de la "méthode communautaire" alors que les deux autres piliers présentent une logique intergouvernementale<sup>713</sup>. Cette différence se caractérise par différents éléments : la Commission perd son monopole d'initiative, le Conseil a pour l'essentiel le pouvoir de décision car le Parlement européen a un degré moindre de participation au processus législatif et il décide plus fréquemment à la l'unanimité que dans le 1<sup>er</sup> pilier, la Cour a un rôle amoindri ou nul, l'effet direct est écarté. Isabelle Bosse-Platière souligne toutefois qu'avec les évolutions des différentes bases juridiques il "*serait sans doute désormais plus approprié de parler de logiques «à dominante supranationale » ou «à dominante intergouvernementale »*"<sup>714</sup>. Cette remarque se vérifie encore plus avec l'entrée en vigueur de ce dernier traité puisqu'en dépit de la suppression des piliers des spécificités perdurent comme le maintien de l'intergouvernementalisme en matière de PESC, pour certains aspects de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, et en matière de politique économique.

Afin d'empêcher de fonder un texte de droit dérivé sur la base du 2<sup>e</sup> ou du 3<sup>e</sup> pilier s'il relevait du champ d'application communautaire, et dans le but de prévenir toute atteinte à l'acquis communautaire, l'art.47 UE précisait que les dispositions du traité sur l'UE n'affectaient pas les dispositions du traité CE. L'art.40§1 TUE reprend cette disposition en l'adaptant à la suppression des piliers, précisant que la mise en œuvre de la PESC n'affecte pas celle des autres politiques et actions de l'UE<sup>715</sup>.

La Cour a contribué à atténuer des incohérences entre piliers, et à étendre les effets de la méthode communautaire aux autres piliers<sup>716</sup>. Ainsi, si l'article 34 UE énonce l'absence d'effet direct des décisions-cadres du troisième pilier, elle affirme la possibilité d'invoquer leur interprétation conforme dans son arrêt *Maria Pupino* de 2005<sup>717</sup>. Elle a en outre précisé dans cette même décision que le principe de coopération loyale s'appliquait aux décisions-cadres, équivalent des directives dans le 3e pilier<sup>718</sup>. Denys Simon voit par ailleurs dans le rattachement de sanctions pénales en matière d'environnement au 1<sup>er</sup> pilier par l'arrêt *Commission c/ Conseil* de 2005<sup>719</sup> une autre manifestation de cette atténuation des incohérences entre piliers<sup>720</sup>. Au

<sup>713</sup> Voir pour des précisions sur la procédure décisionnelle : *infra* partie II chap.II sect.II.

<sup>714</sup> BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3...*(*op.cit.* note 519), p.11

<sup>715</sup> L'art.40§2 TUE ajoute une interdiction réciproque dans la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'UE d'empiéter dans le domaine de la PESC, mais celle-ci renvoie plutôt au souci d'empêcher tout contournement de la base juridique de la PESC afin de faciliter la prise de décision.

<sup>716</sup> Souligné par : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.36 ; SIMON (D.), Cohérence et ordre juridique communautaire, in : MICHEL (V.) (dir.), *Le droit...*(*op.cit.* note 521), p.35.

<sup>717</sup> CJCE, 16 juin 2005, *Maria Pupino*, C-105/03, Rec.2005 p. I-5285, pt.34

<sup>718</sup> *Ibid.*, pt.42.

<sup>719</sup> CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff.C-176/03, Rec.2005 p.I-7879.



contraire, Eleftheria Neframi reprend cet arrêt comme exemple de la "rigidité" du juge européen dans le contentieux de la base juridique portant sur la répartition entre piliers et estime qu'il constitue un obstacle à une amélioration de la cohérence par "*l'uniformisation des méthodes et des instruments juridiques*"<sup>721</sup>. Elle cite également en ce sens un arrêt *Parlement c/ Conseil et Commission* de 2006<sup>722</sup> qui a annulé la décision de conclure un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis en matière de transmission par les compagnies aériennes aux services de sécurité américaines de données personnelles car la Cour considérait qu'il ne relevait pas d'une compétence communautaire. Eleftheria Neframi considérait la séparation stricte entre piliers défendue par la Cour comme "nuisible" à l'action extérieure de l'UE en mettant en avant pour les tiers l'incohérence de l'action de l'UE au plan international, qu'elle "*frein[ait] la consécration de l'Union comme acteur global*"<sup>723</sup>. A cet égard, si l'art.40 TUE conforte cette séparation stricte des bases juridiques.

### b) Le cas particulier de l'action extérieure de l'Union européenne

**238.** En dépit de la suppression des piliers, la problématique de la cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne demeure.

Au niveau institutionnel, Eleftheria Neframi soulignait avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne la cohérence institutionnelle de l'action de la Communauté européenne au niveau international grâce à une cohérence institutionnelle et une certaine cohérence matérielle<sup>724</sup>. En matière de politique commerciale, elle relevait ainsi le renforcement de la cohérence verticale par la substitution progressive de la Communauté à l'action conjointe de la CE et des Etats membres. Elle indiquait par ailleurs que la cohérence institutionnelle verticale s'exprimait avec le principe de parallélisme des compétences entre les politiques internes et les politiques externes avec la jurisprudence *AETR*. Eleftheria Neframi relevait enfin que l'art.300 CE jouait un rôle de cohérence institutionnelle horizontale en unifiant la procédure de conclusion des accords internationaux pour toutes les bases juridiques en matière de compétence externe de la CE. Ces remarques peuvent être reprises dans le contexte du Traité de Lisbonne. Il est notamment à relever que la disposition contenue à l'art.300 CE est reprise à l'art.218 TFUE.

Par contre, la cohérence entre les actions de l'Union européenne et de la Communauté européenne étaient plus difficile à réaliser. Seule la Communauté européenne ayant la personnalité juridique internationale (art.281 CE), l'UE était en effet représentée par la présidence de l'UE selon l'art.18 UE. Si le Conseil lui conférait le pouvoir de négocier et d'adopter les accords conclus dans le cadre des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> piliers, la ratification restait à opérer par chaque Etat. Cela avait par exemple pour conséquence que les accords d'association entre la CE et un Etat tiers devaient, dès lors qu'ils contenaient des dispositions touchant des domaines des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> piliers, être ratifiés non seulement par la CE mais également par l'ensemble des Etats membres, alors que l'article 310 CE posait une compétence communautaire exclusive<sup>725</sup>. Isabelle Bosse-Platière considère toutefois dans sa thèse de 2009 que malgré son caractère essentiellement incantatoire, l'art.3 UE<sup>726</sup>, repris en substance aux art.13§1 et 21 TUE, a contribué à une "*atténuation de la fragmentation de l'action extérieure de l'Union et à une affirmation de son identité sur la scène internationale*", et en conclut que ces deux aspects lui

<sup>720</sup> SIMON (D.), Cohérence...(*op.cit.* note 716), p.35.

<sup>721</sup> NEFRAMI (E.), Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne, in : MICHEL (V.) (dir.), *Le droit...*(*op.cit.* note 521), p.73.

<sup>722</sup> CJCE, 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff.C-317/04 et C-318/04, *Rec.*2006, p.I-4721.

<sup>723</sup> NEFRAMI (E.), Exigence...(*op.cit.* note 721), p.74.

<sup>724</sup> *Ibid.*, pp.50-53.

<sup>725</sup> RAUX (J.), De l'identité internationale à la personnalité internationale de l'Union européenne, in : BLANQUET (M.) (dir.), *Mélanges...*(*op.cit.* note 681), p.143.

<sup>726</sup> BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3...*(*op.cit.* note 519), p.62.

confèrent une certaine portée juridique<sup>727</sup>.

La personnalité juridique de l'UE introduite par le Traité de Lisbonne permet de donner une plus grande cohérence institutionnelle en permettant d'éviter l'action internationale par le biais des Etats membres<sup>728</sup>. Dans le contexte du Traité constitutionnel, Isabelle Bosse-Platière saluait l'avancée de la personnalité juridique, et la suppression des piliers comme une avancée vers plus de cohérence, mais elle jugeait le regroupement dans un seul titre des compétences en matière extérieure conduisait à une rationalisation surtout formelle soulignant que la PESC demeurait marquée par l'intergouvernementalisme alors que les autres actions internationales relevaient de la méthode communautaire<sup>729</sup>. En outre, elle relevait que s'il y avait en théorie une cohérence du cadre institutionnel en matière extérieure<sup>730</sup>, et notamment un rôle central du Conseil européen<sup>731</sup>, elle était en pratique limitée car des tensions demeuraient entre Etats et UE que ce cadre ne permettait pas de résoudre<sup>732</sup>, et parce que la création du poste de ministre des affaires étrangères, repris par le Traité de Lisbonne sous la dénomination de Haut représentant, contribuait plutôt à créer de nouveaux problèmes de cohérence qu'à les résoudre<sup>733</sup>. Ces remarques peuvent être reprises dans le contexte du Traité de Lisbonne, la seule différence avec le Traité constitutionnel étant l'absence de fusion entre les traités et donc le maintien de dispositions sur les relations extérieures dans le TFUE (partie 5) et dans le TUE (titre V).

Au niveau matériel, si un problème de cohérence entre la PESC, la politique commerciale<sup>734</sup>, et les autres actions extérieures de l'UE existe, un facteur de cohérence peut être vu dans les sanctions économiques à l'égard des Etats tiers ou des ressortissants des Etats tiers prévues art.215 TFUE (301 CE)<sup>735</sup>.

Un autre facteur de convergence existait, la stratégie commune adoptée en matière de PESC qui permettait de donner un cadre global pour des mesures relevant des trois piliers aux relations entre l'UE, la CE, et les Etats membres d'un côté, et les Etats tiers de l'autre<sup>736</sup>. Avec le Traité de Lisbonne, c'est la décision du Conseil européen portant sur les intérêts et objectifs stratégiques de l'Union qui peut jouer ce rôle entre la PESC et les autres relations extérieures de l'UE.

Par ailleurs, la pratique du renvoi des actes adoptés en matière de PESC à des actes du 1<sup>er</sup> pilier en matière extérieure pour des mesures complémentaires ou particulières qui visait également à assurer une certaine cohérence<sup>737</sup>, est toujours possible depuis l'entrée en vigueur

---

<sup>727</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>728</sup> NEFRAMI (E.), *Exigence...*(*op.cit.* note 721), p.72.

<sup>729</sup> BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3...*(*op.cit.* note 519), p.138 et p.140

<sup>730</sup> Voir : *Ibid.*, pp.243 et s.

<sup>731</sup> *Ibid.*, pp.270 et s.

<sup>732</sup> *Ibid.*, pp.323-335

<sup>733</sup> *Ibid.*, pp.350 et s. Voir aussi : *infra*, partie II chap.II sect.II.

<sup>734</sup> *Ibid.*, pp.168 et s.

<sup>735</sup> En ce sens : NEFRAMI (E.), *Exigence...*(*op.cit.* note 721), pp.69-70 ; BOSSE-PLATIERE (I.), *Ibid.*, pp.160-166.

<sup>736</sup> Souligné par : NEFRAMI (E.), *Ibid.*, p.70 note 45. L'auteur donne l'exemple de la stratégie de l'UE pour la Méditerranée n°2000/458 du 19 juin 2000 (*JOCE* du 22 juillet 2000, n° L 183, p.5) qui vise une coopération dans les domaines de sécurité, démocratie, justice, économie et environnement.

<sup>737</sup> En ce sens : l'art.12 de l'action commune n°2006/304 (*JOUE*, n°L 112 du 26 avril 2006, p.19) vise l'obligation de cohérence en matière extérieure posée art.3 UE, et son considérant n°3 renvoie aux "*programmes d'assistance communautaire*" ; l'action commune n°96/668 *JOCE*, n° L 309 du 29 novembre 1996 p.7) renvoie explicitement à plusieurs reprises au règlement n°2271/96 et énonce que "*la présente action commune et le règlement précité forment ensemble un système intégré dans lequel la Communauté et les Etats membres interviennent selon leurs compétences respectives*" ; l'action commune n°2004/796 visant à soutenir la protection physique d'un site nucléaire dans la Fédération de Russie (*JOUE*, n° L 349 du 25 novembre 2004, p.57) indique en son art.6§2 c) la possibilité de suspendre la mise en œuvre du projet qu'il vise dans le cas où un accord de partenariat entre la CE et la Russie auquel il renvoie ne serait pas respecté (exemples cités

du traité de Lisbonne, la simple différence formelle étant qu'il n'y a plus de différence de pilier et que l'acte PESC renvoie simplement à des actes de l'UE dans d'autres domaines de l'action extérieure de l'UE. Le renvoi inverse est aussi possible dans le cas où l'accord avec un Etat tiers est conditionné par des obligations en matière de PESC.

Les clauses de conditionnalité politique et de protection des droits de l'Homme souvent incluses dans les accords bilatéraux ou multilatéraux, notamment en matière d'aide au développement sont un autre moyen d'apporter de la cohérence<sup>738</sup>.

Enfin, il est à noter que le Traité de Lisbonne renforce la cohérence matérielle, notamment grâce à une liste d'objectifs communs coiffant les différentes actions extérieures prévues aux art.21 et 22 TUE<sup>739</sup>.

## ***§2. Les moyens du respect de la cohérence et de l'effectivité du système***

**239.** Ayant étudié les conditions de cohérence, à la fois préalables, qui renvoient à la question de l'homogénéité et ultérieures à la fondation de la Fédération, concernant son fonctionnement, il convient maintenant de se pencher sur les moyens juridictionnels, politiques, voire militaires d'assurer cette cohérence ainsi que l'effectivité du droit fédéral indispensables à la stabilité de la Fédération. La question n'est pas aisée puisque penser en termes de hiérarchie ne permet pas de comprendre le fonctionnement d'une Fédération caractérisée par l'équilibre entre le niveau fédéral et le niveau fédéré. Certes, pour que le système puisse fonctionner, il est nécessaire que les actes adoptés par le niveau fédéral aient primauté sur le droit des Etats membres dès lors qu'il a agi dans le cadre des fonctions qui lui ont été attribuées par le pacte, mais cela ne signifie pas une supériorité du niveau fédéral sur les Etats membres. Nous citerons en ce sens la Cour constitutionnelle espagnole qui dans sa décision de 2004 sur le projet de Traité-constitutionnel a distingué la "suprématie" de la Constitution, qui se caractérise par une supériorité hiérarchique sur les autres normes de l'ordre juridique espagnol et confère un fondement de validité, et la "primauté" du droit communautaire, qui signifie une simple délimitation du domaine d'application des différentes normes qui ne sont pas dans un rapport hiérarchique entre elles<sup>740</sup>. La Cour constitutionnelle tchèque dans son jugement de 2008 estime également que le principe de primauté ne fonde pas un rapport hiérarchique entre les ordres juridiques. Elle affirmait que "*même après que le Traité de Lisbonne s[erai]t entré en vigueur, la relation entre la Cour de justice des Communautés et les cours constitutionnelles des Etats membres ne ser[ai]t pas hiérarchique*", mais qu'elle "*devrait continuer d'être un dialogue entre partenaires égaux qui respectent et complètent les activités de l'autre, et ne rivalisent pas entre elles*"<sup>741</sup>.

Comme le résume Olivier Beaud, "*juridiquement, la clause de suprématie ne signifie pas [...] une clause établissant une hiérarchie des normes, mais une clause qui limite l'exercice d'une compétence détenue par le pouvoir fédéré*", sachant que "*cette limitation provient de l'existence même d'une Fédération*" les Etats n'étant "*plus souverains comme avant dans la mesure où ils sont contraints de respecter ce pouvoir concurrent et voisin qui est celui de l'Union*"<sup>742</sup>. En particulier l'égalité entre le niveau fédéral et le niveau étatique signifie, comme

---

par NEFRAMI (E.), *Ibid.*, p.70 notes 46 à 48).

<sup>738</sup> BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3...*(*op.cit.* note 519), pp.173-180

<sup>739</sup> Voir à ce sujet : *Ibid.*, pp.140 et s. L'apport du Traité-constitutionnel au sujet duquel écrit l'auteur se retrouvant dans les dispositions susmentionnées du Traité de Lisbonne.

<sup>740</sup> Voir sur cette décision : PERNICE (I.), Carl...(*op.cit.* note 546), p.30 note 32 ; BURGORGUE-LARSEN (L.), La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : "Un Solange II à l'espagnole", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, nov.2004-mars 2005, pp.210 et s.

<sup>741</sup> Décision 26 nov. 2008, *Lisbonne I*, PI ÚS 19/08 : <http://www.concourt.cz/clanek/pi-19-08>.

<sup>742</sup> BEAUD (O.), De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral, in : GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (É.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p.67. Eleftheria NEFRAMI écrit dans le même sens que "*le principe de primauté existe dans un espace juridique pluraliste et est appelé à résoudre le conflit de normes sans affecter le rapport des ordres et sans*



l'énonce Eleftheria Neframi, d'une part que "*le juge national, afin d'accomplir son devoir de loyauté, [es]t tenu de rechercher la coexistence harmonieuse des ordres juridiques*", et d'autre part que le "*respect de l'identité nationale*" est une limite à l' "*obligation absolue de primauté du droit de l'Union qui mettrait en cause une spécificité constitutionnelle de l'Etat*"<sup>743</sup>.

La difficulté de ce système non hiérarchique est de trouver une ou plusieurs autorités compétentes pour trancher les litiges et assurer l'effectivité du droit fédéral tout en apportant une garantie d'impartialité afin d'éviter le reproche de favoriser le niveau fédéral (A). Elle se pose également concernant les moyens d'action complémentaires d'assurer le respect de la cohérence et de l'autorité de la Fédération (B).

## **A. Les pouvoirs de règlement des litiges et de contrôle de l'application du droit fédéral**

**240.** Le choix d'une autorité politique peut se justifier au regard de la nature publique du litige, le premier débat porte donc sur la nature politique ou juridique de l'instance de règlement des litiges publics. Si celui-ci est tranché en faveur d'une instance juridictionnelle, reste à déterminer si celle-ci est obligatoire, ou s'il s'agit d'une juridiction arbitrale soumise à l'accord des parties. En pratique, on aura souvent une compétence d'un ou plusieurs organes politiques combinée ou alternative à une délégation du règlement des litiges à une juridiction arbitrale (1), ou bien une juridiction fédérale obligatoire (2). A cet égard, Olivier Beaud relève que le système d'arbitrage par une juridiction choisie par les parties est souvent "*l'ancêtre ou le prototype*" de la justice constitutionnelle des Etats fédéraux, et qu'il demeure dans certains cas au sein d'Etat fédéraux comme "*« résidu » de l'ancienne forme fédérative*"<sup>744</sup>.

### ***1) Le choix d'un organe politique et/ou d'un arbitre choisi par les parties***

**241.** Les organes politiques fédéraux peuvent avoir un pouvoir de règlement des litiges entre les Etats membres et entre les autorités fédérales et fédérées, en plus de pouvoirs de surveillance de la bonne application du droit fédéral (a). Dans ce cas, celui-ci va dans les faits fréquemment déléguer sa compétence à une juridiction choisie par les parties au litige, mais il peut également exister des cas où le pacte fédératif prévoit directement le règlement du conflit selon une telle procédure (b).

#### **a) Le choix de la compétence d'organes politiques**

**242.** En Suisse, l'art.74 n°16 et 17 aCS 1848 prévoit que les litiges de nature constitutionnelle entre cantons ou entre le niveau fédéral et les cantons, ainsi que les conflits de compétences entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral doivent être soumis à l'Assemblée fédérale. Dans ce cas, l'organe de règlement des conflits n'est pas composé des seuls représentants des Etats membres puisque l'Assemblée regroupe également la chambre représentant les citoyens suisses. Avec la révision constitutionnelle totale de 1874, l'Assemblée fédérale a perdu cette

---

*présupposer une subordination de l'ordre juridique national à l'ordre juridique de l'Union*" (A propos du principe de primauté, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir.), *Le Traité...* (op.cit. note 692), p.208).

<sup>743</sup> NEFRAMI (E.), *Ibid.*, p.212. Voir sur le dialogue entre les juges européens et étatiques : Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois. Dalloz-Sirey, Paris, 2009, 1166 p.7 ; *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166 p. ; PERTEK (J.), *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, Litec, Paris, 2001, 238 p. ; LICHÈRE (F.), POTVIN-SOLIS (L.), RAYNOUARD (A.) (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, 2004, 242 p.

<sup>744</sup> BEAUD (O.), *De quelques...* (op.cit. note 742), p.54.



compétence. Par contre, elle conserve une compétence en matière de règlement des litiges entre les autorités fédérales suprêmes selon l'art.85§13 aCS 1874 (173§1 i) CS).

En outre, le Conseil fédéral, en principe, et l'Assemblée fédérale, de façon exceptionnelle, sont chargés de la surveillance fédérale de la conformité des constitutions et traités cantonaux à la Constitution fédérale, selon respectivement l'art.90 n°2, 3 et 7 aCS 1848 (102 n°2, 3 et 7 aCS 1874 ; 186§4 CS), et l'art.74 n°5, 6 et 7 aCS 1848 (8§5 et 7 aCS 1874 ; 172 CS). Dans certains cas, des lois ou ordonnances cantonales doivent aussi obtenir une telle approbation quand l'exécution du droit fédéral l'exige comme le précise l'art.90§13 aCS 1848 (102§13 aCS 1874 ; 186§2 CS). L'office fédéral de la justice suisse souligne que "*les voies juridictionnelles, à elles seules, n'assurent pas entièrement l'unité d'interprétation du droit fédéral*", car les voies de recours ne sont pas toujours ouvertes ou les recours exercés, là où la surveillance non juridictionnelle est "*constante*", cherchant "*à prévenir l'erreur plutôt qu'à la réparer*"<sup>745</sup>. Il ajoute en outre que "*si une erreur a néanmoins été commise, elle s'efforce de la faire réparer par son auteur même plutôt que par une autorité extérieure*".

**243.** Dans le contexte allemand, la Prusse et l'Autriche ont tout fait, lors des négociations ayant abouti à l'Acte de 1815, pour qu'un tribunal permanent soit créé. Ayant échoué dans leur volonté d'une structure fédérale plus intégrée, ils désiraient "*maintenir au moins une institution centrale échappant au jeu diplomatique de l'Assemblée confédérale et donc une certaine intégration du système, même toute relative*", mais les Etats du Sud, qui étaient opposés à une plus grande intégration l'ont refusé<sup>746</sup>. En effet sous le Saint Empire, structure peu intégrée avec l'affirmation des principautés, "*les juridictions impériales avaient formé l'un des rares liens un peu efficaces entre ces souverainetés*"<sup>747</sup>. Finalement, en vertu de l'art.11§4 de l'Acte de 1815, les Etats membres doivent soumettre leurs litiges à la Diète qui tente une médiation et qui en cas d'échec renvoie le litige à une instance arbitrale.

Dans le cadre de la Zollverein, le mécanisme de surveillance fédérale est à relever car il constitue une prémisses de la surveillance exercée par les autorités impériales dans le cadre de la Constitution de 1871<sup>748</sup>. Il est à noter que ce pouvoir diffère du contrôle des mesures d'exécution adoptées par les Etats membres<sup>749</sup>. Dans le cadre de la surveillance fédérale, les Etats s'envoyaient mutuellement des agents<sup>750</sup>. Si un Etat établissait sur la base des informations des agents la violation du droit de l'Union, des négociations entre les ministres des deux Etats avaient lieu. Si elles échouaient, un recours en manquement était ouvert devant la Conférence générale, organe de décision de la Zollverein, qui pouvait trancher à l'unanimité. Cette exigence d'unanimité rendait la procédure ineffective.

<sup>745</sup> OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, Avis...(op.cit. note 502), pt.II. Voir le reste de ce document pour des précisions sur la surveillance fédérale en Suisse sous l'empire de la Constitution de 1874.

<sup>746</sup> Souligné par : JOUANJAN (O.), Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933), in : GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (É.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La Notion...*(op.cit. note 742), pp.18-19. Voir aussi : HUBER (E. R.), *Deutsche...*(op.cit. note 494), Bd.III, p.1065.

<sup>747</sup> JOUANJAN (O.), *Ibid.*, p.19. La Chambre impériale de justice et le Conseil aulique, juridictions suprêmes du Saint Empire, avaient compétence en cas d' "*ingérence dans un droit acquis d'un citoyen*", en cas de déni de justice, "*sorte de droit fondamental garanti par l'Empire*", et pour contrôler la conformité des normes, "*au moins formel*", et "*s'agissant des normes des Etats particuliers, un contrôle matériel de compatibilité avec les lois fondamentales de l'Empire*" (*Ibid.*, p.17). Par contre, Olivier JOUANJAN note que dans les litiges constitutionnelles et politiques plus sensibles, les villes, abbayes et principautés qui dépendaient directement de l'Empereur, "*en appelaient de ces décisions devant la Diète d'Empire elle-même, rendant ainsi à l'instance politique un contentieux essentiellement politique*" (*Ibid.*, pp.17-18).

<sup>748</sup> Souligné par : HUBER (E. R.), *Deutsche...*(op.cit. note 494), Bd.II, 1988, p.299.

<sup>749</sup> Souligné par : HUBER (E. R.), *Deutsche...*(op.cit. note 494), Bd.III, p.1023.

<sup>750</sup> Sur ces éléments cf. HUBER (E. R.), *Deutsche...*(op.cit. note 494), Bd.II, pp.297-300.

Sous les Constitutions de la Confédération du Nord et du Second Empire est repris pour garantir l'effectivité du droit fédéral un pouvoir de surveillance impérial (Reichsaufsicht) à l'art.4. On parlait de pouvoir de surveillance "autonome" (selbständige Reichsaufsicht) pour désigner la compétence impériale d'agir contre un comportement contraire à la Constitution d'un Etat membre dans les cas où il n'avait pas été fait usage du pouvoir législatif fédéral. On parlait de pouvoir de surveillance "dépendant" (abhängige Reichsaufsicht) quand une loi fédérale existait et qu'on forçait les Etats à la respecter. Ernst Rudolf Huber souligne qu'on ne peut simplement distinguer entre un moyen d'assurer le respect de la Constitution fédérale dans le premier cas, et celui de garantir le respect des lois fédérales dans le second car à l'époque la Constitution fédérale était considérée comme une loi fédérale<sup>751</sup>. Quand une norme constitutionnelle existait, c'était le pouvoir dépendant qui était appliqué et c'est seulement dans les domaines du droit constitutionnel non écrit que le pouvoir autonome était mis en œuvre. C'était ainsi en particulier le cas de la coopération loyale, et de l'obligation d'assurer la sécurité à l'intérieur de l'Empire<sup>752</sup>. Le contrôle autonome était très controversé car il était utilisé en pure opportunité<sup>753</sup>. Si les autorités impériales voyaient un intérêt fédéral alors sans égard à l'autonomie des Länder elles intervenaient, et dans le cas contraire, elles argumentaient l'inadmissibilité du recours à ce pouvoir. Il est à souligner que l'inclusion d'un pouvoir de surveillance autonome a été décidée à la demande du centre et de la gauche au Reichstag, et que la raison principale de cette demande était d'avoir un pouvoir d'action contre la politique menée par l'administration en Prusse à l'encontre des minorités polonaises. Il s'agissait ainsi de la défense d'une position libérale et qui visait un Etat qui avait fortement influencé le contenu de la Constitution. Une action impériale contre la pratique de l'administration prussienne n'était en effet pas possible sur la base du pouvoir de surveillance "dépendant" en l'absence de disposition constitutionnelle protégeant les minorités, d'où la nécessité du recours à un pouvoir autonome en tirant de l'obligation de fidélité fédérale une obligation d'égalité de traitement des ressortissants de l'Empire et en rappelant l'obligation sur cette base du maintien de la paix entre les différentes nationalités et confessions. Sur la base de la fidélité fédérale, le législateur d'un Land devait, dans le domaine des compétences partagées, tenir compte du pouvoir qu'avaient les autorités impériales d'adopter une réglementation harmonisée dans le futur<sup>754</sup>.

L'art.17 RV (17 CCN) conférait par ailleurs à l'Empereur un pouvoir de surveillance de l'exécution des lois fédérales. Si celles-ci n'étaient pas exécutées et que le pouvoir d'exécution était exercé par les Länder par délégation fédérale, l'Empereur disposait du pouvoir d'ordonner à une administration du Reich de procéder à l'exécution<sup>755</sup>. Par contre, si le pouvoir d'exécution des lois fédérales relevait du pouvoir propre des Länder, la procédure de surveillance impériale susmentionnée était mise en œuvre<sup>756</sup>. L'Empereur disposait à cette fin d'un pouvoir d'enquête sur un éventuel manquement, puis de mise en demeure dans le cas d'un tel constat, et enfin de plainte devant le Bundesrat dans le cas où le Land ne s'était pas conformé à la mise en demeure. La plainte devait être adressée contre le gouvernement du Land, il n'y avait pas de pouvoir d'agir contre l'autorité du Land qui était la cause du manquement<sup>757</sup>. L'art.7§3 RV (37§3 CCN) prévoyait le pouvoir du Bundesrat pour constater le manquement d'un Etat à son obligation d'exécution des lois fédérales. Il rendait dans ce cas une décision qui faisait autorité mais c'était l'Empereur, avec la contresignature du Chancelier, qui avait le pouvoir d'enjoindre sa mise en œuvre. Le Bundesrat ne décidait pas en tant que tribunal, même si la procédure était juridique, mais en tant qu'instance suprême politique de l'Empire, titre qu'il partageait avec l'Empereur. Le

<sup>751</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 494), Bd.III, p.1023.

<sup>752</sup> *Ibid.*, p.1024.

<sup>753</sup> *Ibid.*, pp.1025-1026.

<sup>754</sup> *Ibid.*, p.1026.

<sup>755</sup> *Ibid.*, p.1027.

<sup>756</sup> *Ibid.*, pp.1027-1029.

<sup>757</sup> A rapprocher de l'Union européenne où une action en manquement est menée contre un Etat représenté par son gouvernement quelle que soit l'autorité à l'origine de la violation du droit européen.

risque de voir cette instance rechigner à ouvrir une telle procédure contre un de ses membres s'est révélé en grande partie non fondé car il s'est senti responsable du rôle qu'on lui donnait<sup>758</sup>. Par ailleurs, le fait que l'instance compétente en la matière ait été celle dans laquelle ils étaient représentés poussait les Länder à agir, si bien qu'il n'y a jamais eu besoin d'utiliser la voie de le pouvoir d'exécution fédérale.

Les Constitutions de la Confédération du Nord et du Second Empire allemand avaient en outre adopté une procédure de règlement politique des litiges entre les Länder, et entre les autorités fédérales et les Länder, sous la houlette de Bismarck qui ne voulait pas de la compétence d'une juridiction car il jugeait le domaine trop politique<sup>759</sup>. Le Bundesrat était ainsi compétent en matière de règlement des litiges entre Etats membres et des litiges constitutionnels internes aux Etats en vertu des art.76 et 77 RV (76 et 77 CCN). Dans le cas des litiges entre Etats, sa décision avait valeur de jugement. Toutefois, il pouvait déléguer son pouvoir de décision à une juridiction existante ou un arbitre *ad hoc*. En outre, l'art.76§2 RV (76§2 CCN) prévoyait une procédure fédérale obligatoire dès lors qu'il n'existait pas de procédure interne de règlement des litiges constitutionnels entre le gouvernement et le parlement d'un Land. Il énonçait que si les négociations ne permettaient pas la résolution du litige, celui-ci devait être tranché par le biais d'une loi fédérale au sens formelle, ce qui signifie que dans ce cas le Bundesrat partageait la compétence avec le Reichstag. On voulait en effet éviter le reproche de partialité qui aurait pu être fait à un jugement par le seul Bundesrat dont les membres étaient des représentants des gouvernements des Länder<sup>760</sup>. L'art.77 RV (77 CCN) donnait enfin le droit à toute personne victime d'un déni de justice par un Land de saisir le Bundesrat d'un recours à l'encontre de ce dernier.

Si la Loi fondamentale ne reprend pas ce type de règlement des litiges, elle reprend par contre le pouvoir politique de surveillance fédérale aux art.84§3 et 85§4 LF. Dans le cas d'une compétence d'exécution propre des Länder, l'art. 84§3 LF donne au gouvernement fédéral le pouvoir d'envoyer des représentants auprès des autorités administratives suprêmes des Länder, voire, avec leur accord ou à défaut celui du Bundesrat, auprès des autorités administratives subordonnées. L'art.84§4 prévoit quant à lui que le Bundesrat se prononce dans les cas de carence d'un Land dans l'exécution des lois fédérales, et ajoute qu'un recours contre cette décision est possible devant la Cour constitutionnelle. Dans le cas de compétence d'exécution où la compétence d'exécution des Länder est déléguée par le niveau fédéral, l'art.85§3 LF prévoit que les administrations des Länder sont soumises aux instructions des autorités fédérales suprêmes compétentes.

## **b) L'arbitrage par une juridiction choisie par les parties au litige**

**244.** Pour ce qui concerne le règlement des litiges, par délégation de l'autorité politique ou directement sur la base du pacte, la compétence peut être donnée à une juridiction arbitrale choisie par les parties.

**245.** Dans le cas des Etats-Unis, l'art.IX§2 des Articles de la Confédération prévoyait que le Congrès était "*la dernière instance d'appel pour tout conflit [...] entre deux ou plusieurs États pour des questions de frontière, de juridiction ou pour tout autre raison*". Toutefois, il ne tranchait pas lui-même le litige, mais imposait simplement le règlement d'un litige à la demande

---

<sup>758</sup> On notera la grande différence avec ce qui a été la pratique au sein du Conseil de l'UE en matière de sanctions des déficits budgétaires.

<sup>759</sup> Bismarck affirme en 1863 devant le Landtag de Prusse : "*Aussi haut que je place le juge prussien comme autorité juridique, le gouvernement n'a toutefois pas cru que l'avenir politique du pays, la répartition des pouvoirs entre la couronne et la Diète comme d'ailleurs entre les chambres de cette Diète pussent être remis à la décision d'un tribunal*" (Cité et trad. par : JOUANJAN (O.), *Aperçu...* (op.cit. note 746), p.22).

<sup>760</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 494), Bd. III, p.1069.



d'une des parties concernées. L'art.IX§2 poursuivait en effet que les parties devaient désigner d'un commun accord des juges et qu'à défaut, le Congrès constituait une liste composées de trois personnes par Etat membre de la Confédération parmi lesquels les parties choisiraient treize personnes. Les juges étaient finalement désignés par tirage au sort parmi les personnes restantes. La juridiction ainsi constituée rendait un jugement qui s'imposait aux parties.

**246.** En Suisse, il existait dans la Confédération antérieure à 1798, comme le relève Olivier Beaud, "*une série de dispositions sur la faculté de faire appel à des arbitres, et même des « surarbitres » pour régler les litiges*", et renvoie à cet égard notamment aux clauses d'arbitrage des pactes de la Confédération helvétique de 1295 et 1310<sup>761</sup>. David Lasserre souligne même que "*la clause arbitrale [...] a toujours été considérée comme la pierre angulaire de [l']édifice confédéral*" suisse<sup>762</sup>. Le Pacte de 1815 s'inscrit dans cette logique. Son art.5 prévoyait une procédure arbitrale de règlement des litiges. Chaque canton partie au litige devait choisir un ou plusieurs arbitres parmi les magistrats des cantons qui n'y étaient pas parties. Les arbitres devaient chercher à régler le conflit à l'amiable par la voie de la conciliation. S'ils n'y parvenaient pas, ils devaient choisir un surarbitre parmi les magistrats d'un canton non partie au litige et dont aucun d'entre eux ne provenaient, et à défaut d'accord celui-ci était désigné par la Diète. Le surarbitre et les arbitres tentaient alors une ultime négociation et si elle n'aboutissait pas ils rendaient une décision qui s'imposait aux parties.

**247.** Dans le cas allemand, une juridiction arbitrale était chargée sous la Confédération germanique de régler les litiges entre Etats membres si la Diète n'avait pas réussi à trouver une solution de médiation en vertu de l'art.11§4 de l'Acte de 1815. Un règlement de 1817 précisait l'organisation de l'arbitrage par cette instance austrégale<sup>763</sup>. Il énonçait que les Etats parties au litige devaient choisir comme instance arbitrale la juridiction suprême d'un des Etats membres qui jugeait alors au nom et pour le compte de la Diète. La Diète contrôlait quant à elle la bonne application du jugement. L'Acte final de Vienne manifeste l'influence conservatrice de retour en 1820, notamment sous la houlette du chancelier autrichien Metternich<sup>764</sup>. Son art.21 reprenait le contenu de l'art.11§4 de l'Acte de 1815 et ajoutait un renvoi au règlement de 1817. Son art.22 précisait que la juridiction suprême d'un Etat était choisie comme arbitre. Cette procédure austrégale n'a toutefois guère fonctionné comme l'illustre un conflit entre Hanovre et la Hesse concernant la sortie de la Hesse de l'accord commercial entre les Etats allemands centraux au profit d'un accord avec la Prusse qui constituait le premier pas vers la Zollverein<sup>765</sup>. Ernst Rudolf Huber souligne que ce n'était là qu'une manifestation de l'inadéquation de ce système de règlement des conflits dans le cas de litiges constitutionnels hautement politiques. Il relève en effet qu'alors que le droit était clairement en l'espèce du côté du plaignant, les nécessités politiques étaient plus fortes que les engagements conventionnels<sup>766</sup>.

Comme les conflits entre les Princes et les assemblées d'Etats (Stände) relatifs à l'interprétation de la constitution étaient fréquents, une juridiction arbitrale ayant compétence subsidiaire a été créée en 1834<sup>767</sup>. Elle avait compétence pour régler les litiges entre l'exécutif et les assemblées au sein d'un Etat dans le cas où aucune juridiction n'était chargée d'une telle mission et sous la réserve de l'accord des parties au litige<sup>768</sup>. Deux juges de chaque Etat membre

<sup>761</sup> BEAUD (O.), De quelques...(*op.cit.* note 742), pp.59-60

<sup>762</sup> LASSERRE (D.), *Etapes du fédéralisme. L'expérience suisse*, éd. Rencontre, 1954, p.78 (cité par BEAUD (O.), *Ibid.*, p.55).

<sup>763</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 495), p.134.

<sup>764</sup> *Ibid.*, pp.130-131.

<sup>765</sup> Cf. *supra* chap. préliminaire sect.II §1. C. 2).

<sup>766</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 494), *Bd. II*, p.285.

<sup>767</sup> Souligné par : BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 495), p.136.

<sup>768</sup> Précisé par : JOUANJAN (O.), *Aperçu...*(*op.cit.* note 746), pp.21-22.

étaient désignés par la Diète. Cette instance n'a toutefois jamais été utilisée<sup>769</sup>.

Il est à relever que dans le cadre de la Zollverein, il était aussi prévu pour des litiges spécifiques la possibilité de saisir une juridiction arbitrale, sachant que celle-ci était choisie par la Conférence générale quand le litige portait sur les tarifs douaniers, et par les Etats parties au litige dans les autres cas.

Le projet de constitution de Francfort de 1849 cherchant à résoudre les problèmes connus par le système de juridiction arbitrale prévoyait d'établir une juridiction fédérale permanente<sup>770</sup>. Le §126 lui donnait compétence en matière de litiges de droit public entre les Etats, ainsi qu'entre ces derniers et les autorités fédérales. Comme le souligne Olivier Jouanjan, cette juridiction "*conserv[ait] ce trait archaïque*" d'être soumise à l'accord des parties afin d' "*« éviter autant que possible que les questions politiques fassent l'objet d'un jugement judiciaire »*"<sup>771</sup>.

Enfin, sous la Confédération du Nord et le Second Empire, le Bundesrat pouvait renvoyer le règlement du litige à une juridiction étatique existante ou à une juridiction arbitrale *ad hoc*. Quand les questions de droit étaient difficiles, un tel renvoi était la règle, et le Bundesrat ne se contentait alors pas de voir en elle un rapport d'experts sur la base duquel il se réservait le pouvoir de décider, il lui laissait toute liberté de décision<sup>772</sup>.

## 2) Le cas d'une juridiction fédérale obligatoire

**248.** Avec l'évolution des Fédérations, on constate un remplacement progressif des autorités politiques et juridictions arbitrales comme organes de règlement des litiges au profit de juridictions fédérales obligatoires. Mais le problème de la neutralité du juge fédéral est alors posé.

Une partie du débat est identique à celui de manque d'impartialité reproché aux juges des cours constitutionnelles, le "gouvernement des juges". Ainsi, pour Schmitt, "*distinguer ici les problèmes juridiques et les problèmes politiques [...] est une fiction douteuse*", "*une telle Cour de justice, décidant de tous les conflits d'interprétation des lois constitutionnelles, serait en réalité une instance de haute politique, puisqu'elle [...] devrait en fait prendre la décision de fond qui avait été ajournée par le compromis*" ayant donné lieu au texte constitutionnel<sup>773</sup>. Mais au-delà s'ajoute un problème propre à la structure fédérale, le rattachement des juges aux autorités fédérales pouvant influencer sur le jugement en faveur du niveau fédéral (a). Les systèmes fédéraux suisse (b), allemand (c), et américain (d) ont toutefois fini par adopter cette solution.

### a) Le problème de la neutralité du juge fédéral

**249.** Le risque de viser par le même terme Fédération "*à la fois l'ensemble global [...] et l'un des éléments inclus dans cet ensemble au même titre que les Etats membres*", est, comme le souligne Olivier Beaud, que l'on glisse de la conception bipartite à une "*relation de commandement et d'obéissance*"<sup>774</sup>. Dans cette perspective, une juridiction fédérale qui est chargée de régler des conflits entre le niveau fédéral et les Etats membres alors qu'elle est organe fédérale, peut apparaître comme juge et partie. Le seul moyen d'éviter un tel reproche est de supposer "*que la Cour agit non pas en tant qu'organe de l'instance fédérale, mais en tant*

<sup>769</sup> Relevé par : BOLDT (H.), *Deutsche...* (op.cit. note 495), p.136.

<sup>770</sup> Voir sur ce point : HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 494), Bd. II, p.833.

<sup>771</sup> JOUANJAN (O.), *Aperçu...* (op.cit. note 746), p.36. Il cite ici : Sten. Bericht, p.5669.

<sup>772</sup> Souligné par : HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 494), Bd. III, p.1067.

<sup>773</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (op.cit. note 524), p.257. Pour une présentation du débat avec Kelsen sur ce sujet du gardien de la Constitution : BEAUD (O.), PASQUINO (P.) (dir.), *La controverse sur le "gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2007, 212 p.

<sup>774</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 618), pp.138-139.



qu'organe de l'ordre globale de la Fédération"<sup>775</sup>.

Kelsen propose pour cette raison une conception tripartite dans laquelle la juridiction fédérale se comprend comme un tiers entre les deux parties que sont la fédération et les Etats membres<sup>776</sup>. La juridiction fédérale doit être selon lui conçue "*non comme un organe exclusif soit de la Confédération soit des Etats membres, mais comme l'organe de la collectivité qui les englobe également, de la constitution générale de l'Etat, dont il serait chargé d'assurer le respect*"<sup>777</sup>.

Alfred Kölz suit également cette perspective globale. Par ailleurs, il remarque que les dirigeants de la fédération oublient la double fonction qu'ils doivent exercer, compétences fédérales et "*garant de la constitution globale, à savoir maintenir l'équilibre entre l'unité et la diversité*"<sup>778</sup>, et relève qu'une "*conception tripartite rappellerait donc aux autorités fédérales les limites de leurs pouvoirs en leur indiquant qu'ils ne sont pas toute la Fédération, mais une partie seulement*"<sup>779</sup>.

Il est à relever que l'existence de la structure tripartite a été reprise par Karlsruhe dans certaines décisions, la Cour affirmant que "*dans le champ d'application de la Loi fondamentale, l'unité étatique est réalisée par la République fédérale d'Allemagne comme Etat fédéral, dont les membres sont le Bund et les Länder*"<sup>780</sup>.

Toutefois, nous avons déjà souligné les critiques que pouvait se voir opposer cette théorie<sup>781</sup>. A cet égard, la Cour constitutionnelle allemande a dans une décision de 1961 écarté définitivement tout recours à cette théorie en affirmant qu'"entre l'Etat ainsi créé et les Etats membres il ne peut exister une autre association fédérale (Bündnis) à partir de laquelle un prétendu Etat global (Gesamtstaat) naîtrait"<sup>782</sup>.

**250.** Olivier Beaud considère que le système d'arbitrage tel qu'il était pratiqué dans les systèmes fédéraux originels suisse, allemand et américain permet de mieux respecter l'intérêt des Etats membres, qu'il est plus égalitaire, et évite ainsi le reproche de partialité<sup>783</sup>. Il indique que le règlement des litiges par une juridiction fédérale obligatoire est certes en théorie, comme le soulignait Kelsen, un "*contentieux égalitaire*" dont le but est de garantir la "parité fédérative" en permettant à chacun des deux niveaux de saisir le juge fédéral en cas de violation du pacte fédératif<sup>784</sup>. Mais il poursuit qu'en pratique, il se transforme en un "*contentieux inégalitaire*", le niveau fédéral étant quasiment toujours gagnant<sup>785</sup>. Il relève en effet qu'il est réalisé non par "*un véritable tiers, mais par une partie qui est la juridiction fédérale*", et qu'il y a alors un contrôle visant uniquement à garantir la suprématie du droit fédéral "*dont l'achèvement signifie [...] une transformation graduelle de la Fédération en Etat fédéral, c'est-à-dire un mouvement de hiérarchisation des ordres juridiques*"<sup>786</sup>. Olivier Beaud indique ainsi qu'aux Etats-Unis le contrôle de la Cour suprême a joué un rôle important dans "*la subordination des Etats à la Fédération*" dans les premières décennies, sous l'impulsion du juge Marshall qui la présidait alors<sup>787</sup>. De même, il écarte notamment la qualification de Fédération dans le cas de l'Union européenne sur le fondement du manque d'impartialité de la Cour de justice. Il estime en effet

<sup>775</sup> *Ibid.*, p.140.

<sup>776</sup> Voir *supra* : introduction, sect.II §2. A.

<sup>777</sup> Kelsen (H.), La garantie juridictionnelle de la Constitution, *RDV*, 1928, pp.255-256.

<sup>778</sup> Kölz (A.), Bundestreue als Verfassungsprinzip, *ZfV*, 1980, p.143.

<sup>779</sup> Cité et traduit par Beaud (O.), *Théorie...* (*op.cit.* note 618), p.152.

<sup>780</sup> BVerfGE 6, 309 (2<sup>e</sup> sénat 26 mars 1957 *Reichskonkordat*) (p.364, pt.245)

<sup>781</sup> Voir *supra* : introduction, sect.II §2. A. 1).

<sup>782</sup> BVerfGE 13, 54 (2<sup>e</sup> sénat 11 juillet 1961 *Neugliederung Hessen*) (p.78, pt.62)

<sup>783</sup> Beaud (O.), De quelques... (*op.cit.* note 742), p.58.

<sup>784</sup> *Ibid.*, pp.65-66. Voir sur la pensée de Kelsen sur ce point *supra* introduction, sect.II §2. A.

<sup>785</sup> *Ibid.*, p.67.

<sup>786</sup> *Ibid.*, p.72.

<sup>787</sup> *Ibid.*, p.67.



que "si la logique fédérale se développait au sein de l'Union européenne, on peut supposer que la Cour de justice tenterait de mieux faire respecter l'équilibre entre l'Union et les Etats membres"<sup>788</sup>.

Une solution pour répondre à cette critique de l'absence d'impartialité a été proposée en premier par Kelsen<sup>789</sup> et reprise de façon récurrente, il s'agit d'une juridiction composée paritairement de membres de la juridiction fédérale et de membres des juridictions nationales, mais n'ayant jamais été mise en œuvre, il est difficile d'en juger les effets.

Nous considérons pour notre part que si une certaine tendance favorable au droit fédéral est à constater qui s'explique par le rôle de garant de l'effectivité du droit fédéral joué par les juridictions fédérales, une telle juridiction ne saurait néanmoins prendre une attitude trop partielle sans prendre le risque d'une remise en cause de son autorité par un ou plusieurs des Etats membres<sup>790</sup>. Certes, la Cour suprême a bien sûr joué un rôle intégrateur fondamental par sa jurisprudence lors du début du XIX<sup>e</sup> siècle sous la houlette de John Marshall, tout comme la Cour de justice dans le contexte européen. Mais nous considérons qu'il s'agit d'une tendance classique au début des systèmes fédéraux nécessaire pour affirmer l'autorité du droit fédéral et qu'il n'existe un problème que si aucun rééquilibrage n'a lieu par la suite et que la jurisprudence reste durablement favorable au niveau fédéral. La Cour suprême a ainsi vu sa jurisprudence varier après la présidence Marshall, variant entre des périodes plus favorables aux Etats et d'autres au niveau fédéral. En outre, la tendance plus centralisatrice s'inscrit surtout dans la ligne de l'Etat providence, donc bien après la guerre de Sécession alors que les Etats-Unis étaient devenus un Etat fédéral. Quant au niveau européen, même si des corrections peuvent encore être parfois nécessaires<sup>791</sup>, on constate une évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, notamment sous l'influence des mises en garde des juridictions constitutionnelles nationales.

**251.** L'évolution dans les systèmes fédéraux étudiés montre que le choix d'un règlement des conflits par une juridiction s'est imposé en dépit des reproches susmentionnés.

## **b) L'expérience suisse**

**252.** Dans le cas de la Suisse, la Constitution de 1874 a fait le choix d'une telle compétence juridictionnelle générale. L'art.113§1 aCS 1874 donne compétence au Tribunal fédéral pour trancher les conflits de compétence entre les autorités fédérales et les autorités cantonales, les différends de droit public entre cantons, et en matière de recours individuels pour violation des droits constitutionnels des citoyens ou des accords internationaux. L'art.189 CS reprend ces compétences.

En outre, toutes les autorités cantonales sont tenues de vérifier que les règles cantonales qu'elles doivent appliquer sont conformes à la Constitution fédérale, ce qui est qualifié dans le contexte suisse de "contrôle préjudiciel" même s'il n'a rien à voir avec la réponse donnée à une question posée par une juridiction dans le cadre d'un litige<sup>792</sup>. Préjudiciel renvoie au fait que "*la question de la conformité de la norme au droit supérieur se pose au moment de son application à un cas d'espèce et doit être tranchée par le juge avant qu'il n'aborde la question principale*

---

<sup>788</sup> *Ibid.*, p.71.

<sup>789</sup> KELSEN (H.), *La garantie...*(*op.cit.* note 777), pp.255-256.

<sup>790</sup> Voir *infra* chap.II partie I sur les risques d'une atteinte à l'identité constitutionnelle des Etats ou de dépassement de compétence par les autorités fédérales.

<sup>791</sup> Cf. pour une étude de la jurisprudence de la Cour au regard de la répartition des compétences et de l'exercice des compétences concurrentes : *infra* partie II chap.I.

<sup>792</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 502), p.372. Voir pour une présentation plus précise de ce contrôle : *Ibid.*, pp.671-683.



qu'il est appelé à résoudre"<sup>793</sup>.

La possibilité de faire respecter le domaine de compétence des cantons était limitée par l'art.113§3 aCS 1874 précisant que "*le Tribunal fédéral appliqué les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale*". Cette disposition n'interdisait certes pas au Tribunal de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales, mais seulement de refuser d'appliquer une loi fédérale sur la base de la reconnaissance de son inconstitutionnalité. Mais le juge en déduisait néanmoins l'interdiction d'un tel contrôle<sup>794</sup>. Le motif tiré de l'inconstitutionnalité des lois fédérales était écarté pour irrecevabilité<sup>795</sup>. La justification était que c'était le politique plutôt que le juridique qui devait se prononcer<sup>796</sup>, le cas échéant par le biais du référendum, de l'initiative populaire,... L'art.113§3 aCS 1874 "*traduisait fidèlement la conception, largement dominante à l'époque, selon laquelle le pouvoir judiciaire ne devait et ne pouvait pas s'élever au-dessus du pouvoir législatif et que l'autorité suprême de la Confédération était exercée par l'Assemblée fédérale*", que "*c'était l'Assemblée fédérale seule qui apparaissait comme la gardienne de la Constitution*"<sup>797</sup>. La jurisprudence s'est un peu assouplie<sup>798</sup>. Le Tribunal fédéral a accepté à partir d'une décision de 1969<sup>799</sup>, mais surtout il a implicitement reconnu dans une décision de 1991 qu'il pouvait appeler le législateur à modifier une loi inconstitutionnelle<sup>800</sup>, même s'il ne pouvait toujours imposer la Constitution à une loi fédérale<sup>801</sup>, en précisant que cette disposition posait une obligation d'application des lois fédérales, et non d'interdiction de leur contrôle. Toutefois, les propositions d'inclure un pouvoir de contrôle des actes fédéraux par le Tribunal fédéral n'ont pas abouti<sup>802</sup> et avec la Constitution de 1999, le principe selon lequel le "*Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales*" a été repris à l'art.190 CS, l'art.189§4 CS précisant en outre que "*les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral*", sauf "*les exceptions [...]déterminées par la loi*". Le Tribunal fédéral a ainsi réaffirmé dans une décision de 2002 que la requérante se trompe quand elle affirme que désormais la Constitution suisse autorise un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales<sup>803</sup>.

### c) L'expérience allemande

**253.** Le choix d'un système de règlement juridictionnel des conflits a été plus tardif dans le cas allemand. En effet, la Prusse s'est opposée sous la Confédération du Nord puis le Second

<sup>793</sup> *Ibid.*, p.671.

<sup>794</sup> *Ibid.*, p.370. Ils soulignent bien le caractère de "*restriction importante du contrôle des normes en Suisse*" constituée par cette disposition. (*Ibid.*, p.653).

<sup>795</sup> *Ibid.*, p.660 : les auteurs renvoient à différents exemples de tels rejets : BGE 121 V 246 (p.248) ; BGE 121 V 229 (p.231) ; BGE 119 Ia 241 (p.247).

<sup>796</sup> BASTA (L.), Minderheiten und ihre Legitimation des Bundesstaates. Überlegungen eines "Ousiders" zum Modell "Schweiz", in : SAMARDZIC (S.), FLEINER (T.) (Hrsg.), *Föderalismus und Minderheitenproblem in multiethnischen Gemeinschaften : eine vergleichende Analyse über die Schweiz und Jugoslawien*, Publications de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, p.30.

<sup>797</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 502), p.654.

<sup>798</sup> *Ibid.*, pp.660-663

<sup>799</sup> BGE 95 I 330 (p.332).

<sup>800</sup> BGE 117 Ib 367, pt.24.

<sup>801</sup> KÄLIN (W.), Verfassungsgerichtsbarkeit, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht...*(*op.cit.* note 506), p.1179.

<sup>802</sup> Projet d'art.178 dans l'une des versions du projet de révision totale de la Constitution fédérale de 1996 (*FF* 1997 I p.652). Proposition d'inclure un nouvel art.189§2 dans la Constitution dans le cadre du projet de Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) de 2001 (Message du Conseil fédéral du 14 novembre 2001 : *FF* 2002 I 2202).

<sup>803</sup> BGE 128 II 112 (p.125, pt.110).

Empire, à l'introduction d'une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois, craignant le pouvoir d'une autorité juridictionnelle qui en serait chargée<sup>804</sup>. Dans un arrêt du 17 février 1883<sup>805</sup>, le Reichsgericht a par ailleurs refusé d'effectuer tout contrôle matériel incident de constitutionnalité des lois ou même de procéder à une interprétation conforme des lois fédérales arguant que les dispositions constitutionnelles étaient des normes s'adressant au pouvoir législatif et qu'elles ne donnaient aucun pouvoir de la sorte au juge.

Sous la République de Weimar, on assiste, comme le souligne Olivier Jouanjan, à une *"forte juridictionnalisation du règlement des affaires politico-constitutionnelles"*, et le *"caractère arbitral"* de la juridiction constitutionnelle est abandonné<sup>806</sup>. L'art.108 WRV prévoyait l'établissement d'une Cour chargée de régler les litiges entre les Länder, ainsi qu'entre les Länder et les autorités fédérales, la Cour étatique pour l'Empire allemand (Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich) dont la composition dépendait des types de litiges<sup>807</sup>. En cas de mise en accusation des membres de l'exécutif fédéral, il était prévu qu'elle devait être rattachée au Reichsgericht, juridiction judiciaire suprême<sup>808</sup>, et en cas de litiges constitutionnels et "fédératifs", à la Cour administrative impériale. Cette dernière n'a finalement jamais été créée et une solution de remplacement a été trouvée<sup>809</sup>. Par ailleurs, l'art.19 WRV donnait compétence à la Cour pour des litiges constitutionnels interne aux Etats quand aucun tribunal n'y existait pour régler ce type de litiges, pour des litiges publics entre Länder ou entre le niveau fédéral et un Land.

La Loi fondamentale prévoit une Cour constitutionnelle fédérale qui est compétente en vertu de l'art.93 LF pour contrôler la constitutionnalité des lois fédérales, en matière de litiges entre Länder, entre les Länder et le niveau fédéral, de litiges entre les organes constitutionnels fédéraux, ainsi que de recours constitutionnels individuels pour violation d'un de ses droits constitutionnels fondamentaux. L'article 100 LF prévoit en outre qu'elle peut être saisie d'un renvoi préjudiciel en cas de doute lors d'un litige sur la conformité du droit d'un Land au droit fédéral, et il ajoute qu'une telle procédure s'impose *"si, lors de l'interprétation de la Loi fondamentale, le tribunal constitutionnel d'un Land entend s'écarter d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale"*. Un recours constitutionnel individuel est d'ailleurs possible devant elle dans le cas d'une absence de renvoi préjudiciel alors qu'un tel renvoi était nécessaire sur la base du principe selon lequel nul ne peut être soustrait au juge posé art.101§1 LF. La Cour précise le cadre dans lequel une absence de renvoi constitue une violation de cette disposition<sup>810</sup>. Il faut que le doute porte sur la constitutionnalité d'une loi fédérale dont l'application a des implications sur la résolution du litige. Il faut par ailleurs qu'il y ait un doute important concernant cette constitutionnalité.

#### d) L'expérience américaine

**254.** A la différence de l'Allemagne, les Etats-Unis ont adopté un règlement juridictionnel des conflits dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Il était en effet reproché à la Confédération de ne pas

<sup>804</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 494), Bd. III, pp.1056-1058.

<sup>805</sup> RGZ 9, 232.

<sup>806</sup> JOUANJAN (O.), *Aperçu...* (op.cit. note 746), p.41.

<sup>807</sup> *Ibid.*, pp.40-41.

<sup>808</sup> La Cour était composée du président du Reichsgericht, de trois juges des Cours supérieures régionales relevant de la juridiction ordinaire, d'un avocat, de cinq membres du Reichstag, et de cinq membres du Reichsrat.

<sup>809</sup> Il s'agissait d'une instance composée du président et de trois juges du Reichsgericht, ainsi que de trois juges des Cours administratives supérieures de Prusse, de Bavière et de Saxe.

<sup>810</sup> Voir par exemple : BVerfGE 96, 68 (2<sup>e</sup> sénat 10 juin 1997 DDR-Botschafter) (pts.30 et s., notamment pts.31 et 38).



disposer de moyen de contraindre les Etats membres à respecter leurs obligations fédérales. Afin d'y remédier, la Convention de Philadelphie a prévu la mise en place d'un pouvoir judiciaire, disposant conformément à la tradition de Common law<sup>811</sup>. Elisabeth Zoller qualifie l'art.III sect.2 Cl.1 qui en est issu et qui énumère les cas de compétences du pouvoir judiciaire fédéral de "*pièce essentielle dans l'architecture du principe de suprématie de la Constitution*"<sup>812</sup>. Le juge fédéral est compétent quand sont parties les autorités fédérales, ou deux ou plusieurs Etats. Eléments que l'on retrouve dans les différents systèmes fédéraux y compris l'Union européenne. Il l'est en outre quand existe un litige entre citoyens de différents États, entre les citoyens d'un Etat membre d'une part et un Etat étranger ou ses citoyens d'autre part, ainsi qu'entre un Etat membre et un Etat étranger. Le XI<sup>e</sup> Amendement est par contre revenu sur la possibilité de règlement d'un litige entre un État membre et les citoyens d'un autre État membre ou d'un Etat étranger au nom du principe d'immunité étatique issu de la Common Law<sup>813</sup>. Le juge fédéral est compétent lorsque la Constitution fédérale, des lois fédérales ou des traités conclus par les autorités fédérales sont en cause dans un litige.

Le Judiciary Act de 1789<sup>814</sup> est venu préciser l'art.III et poser le principe des trois niveaux de juridiction. Il précise dans sa section 25 la possibilité d'appel contre un jugement de cour étatique de dernier ressort qui met en cause la validité du droit fédéral, ainsi que dans le cas où la conformité d'un acte d'une autorité étatique au droit fédéral est mise en cause et que la décision de la cour étatique est en faveur de sa validité. Par ailleurs, la Cour suprême est compétente en première instance dans les affaires opposant deux ou plusieurs Etats<sup>815</sup>. En appel, la compétence de la Cour suprême a été de plus en plus limitée à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle car les cas où l'appel était obligatoire – et qui était auparavant le principe – ont peu à peu été remplacés par des appels dont l'acceptation était laissée à la discrétion de la Cour suprême afin de limiter les affaires qu'elle devait traiter et qui devenaient trop nombreuses<sup>816</sup>. Une loi de 1925 a fait passer la part appels à 20 % et une loi de 1988 les a réduits à des cas très restreints. La Cour suprême ne se prononce ainsi désormais en pratique que dans des cas de conflit de jurisprudence entre des cours d'appel fédérales. Enfin, une procédure de certification existe qui permet à une juridiction inférieure de poser à la Cour suprême une question de droit en matière civile ou pénale au sujet de laquelle elle "*estime avoir besoin d'instructions*" de sa part, mais elle est rarement mise en œuvre<sup>817</sup>.

La Cour suprême a par ailleurs dans un arrêt *Marbury v. Madison* de 1803<sup>818</sup> dégagé un pouvoir des juges fédéraux pour contrôler la constitutionnalité des lois fédérales, mais aussi des lois des Etats même si elle a attendu quelques années, avec l'arrêt *Fletcher v. Peck* de 1810<sup>819</sup> pour annuler pour la première fois la loi d'un Etat.

### **3) Le cas de l'Union européenne : le choix d'une juridiction fédérale obligatoire**

**255.** Au contraire de ces différents systèmes fédéraux, il a été fait le choix dès le départ d'une

---

<sup>811</sup> Elisabeth ZOLLER, évoquant le pouvoir judiciaire fédéral issue de la Constitution de 1787, souligne que "*personne à Philadelphie ne pouvait [l']imaginer autrement qu'armé de ces pouvoirs d'exécution forcée, propres aux juges de Common law*" (*Grands arrêts...*(*op.cit.* note 479), p.15).

<sup>812</sup> Souligné par : *Ibid.*, p.17.

<sup>813</sup> Cf. *infra* chap.II sect.I annonce du §1 pour des précisions sur ce point et les circonstances de l'adoption de l'amendement.

<sup>814</sup> 1 Stat. 73.

<sup>815</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts...*(*op.cit.* note 479), pp.24-25. L'obligation de connaître des affaires entre deux ou plusieurs Etats est posé : 28 USC, §1251 (a).

<sup>816</sup> *Ibid.*, pp.26-27

<sup>817</sup> *Ibid.*, p.26

<sup>818</sup> 5 U.S. 137 (1803).

<sup>819</sup> 10 U.S. 87 (1810).



juridiction obligatoire dans le cas européen, et il est à noter que son système de règlement des litiges et de contrôle de la bonne application du droit européen a été très influencé par le modèle allemand de la Loi fondamentale.

La Cour de justice est la juridiction compétente depuis l'origine des Communautés européennes pour régler les litiges entre Etats membres, entre un ou plusieurs Etats membres et les autorités européennes, ainsi que les litiges entre les institutions européennes. L'Acte Unique européen a ensuite créé un Tribunal de première instance (TPI), devenu Tribunal, dans le but de décharger la CJCE et dont les compétences sont précisées à l'art.256 TFUE (225 CE). Le Traité de Nice a enfin prévu la possibilité de créer des chambres juridictionnelles, désormais qualifiés de tribunaux spécialisés, pour désengorger le TPI (art.257 TFUE ; art.225 A CE) et a été utilisée pour fonder un Tribunal de la fonction publique en 2004.

Plusieurs types de recours existent dont nous ne présenterons que les principaux. Le recours en manquement (art.258 TFUE (226 et s. CE ; 169 et s. CEE)) permet tout d'abord de condamner un Etat qui aurait violé le droit de l'Union européenne. Le recours en annulation (art.263 TFUE (230 CE; 173 CEE) permet ensuite de faire annuler un acte européen de droit dérivé qui serait contraire à une disposition de droit de l'UE qui lui est supérieure. Etant donné les limites strictes posées aux conditions de recours pour les personnes physiques et morales<sup>820</sup>, une autre procédure joue un rôle essentiel dans l'effectivité du droit de l'UE, le renvoi préjudiciel (art.267 TFUE (234 CE ; 177 CEE) qui permet à un juge étatique de poser des questions relatives à l'interprétation du droit de l'UE ainsi qu'à la validité des actes de droit européen de droit dérivé.

Nous évoquerons rapidement la procédure de manquement (a) ainsi que le renvoi préjudiciel (b). En outre, nous préciserons les conditions de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'Union européenne, qui bien que relevant de la compétence des juridictions étatiques, est une procédure permettant d'assurer l'effectivité du droit de l'UE par son caractère dissuasif (c).

### a) Le recours en manquement

**256.** La Commission européenne et les Etats membres peuvent en théorie introduire un tel recours, mais en pratique, et contrairement à ce qui est le cas dans les autres systèmes fédéraux étudiés, les recours sont rarement introduits par des Etats, ces derniers préférant laisser cette tâche à la Commission. Cette dernière dispose d'une totale liberté pour décider de procéder ou non à un recours en manquement comme l'a affirmé la Cour dans un arrêt *Lütticke c/ Commission* de 1966<sup>821</sup>.

La Cour de justice affirme dès un arrêt *Commission c/ Belgique* de 1970 qu'un manquement ayant conduit à une violation du droit de l'UE peut être constaté "*quel que soit l'organe de cet Etat dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante*"<sup>822</sup>. Cependant, il a fallu attendre un arrêt *Commission c/ Italie* de 2003<sup>823</sup> pour que soient précisées les conditions dans lesquelles une

---

<sup>820</sup> Voir pour des précisions sur cette question : COSTA (O.), La Cour de justice et le contrôle démocratique de l'Union européenne, *Revue française de science politique*, 2001, vol.51 n°6, pp.881-902 ; BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(op.cit. note 662), pp.648-654 ; ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union Européenne*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2006, pp.393-398 ; JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, pp.669-682.

<sup>821</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 1966, *Lütticke c/ Commission*, Aff.48/65, *Rec.*1966 p. 27.

<sup>822</sup> CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, Aff.77/69, *Rec.*1970 p. 237, pt.15.

<sup>823</sup> CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff.C-129/00, *Rec.*2003 p. I-14637. En l'espèce, une réglementation italienne avait été jugée, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel puis d'un recours en manquement, comme contraire au droit communautaire. Une nouvelle réglementation avait été adoptée, mais l'interprétation et l'application qui en étaient faites par la Cour de cassation, juridiction de dernier ressort en matière de droit privé en Italie, conduisaient à maintenir ces conditions restrictives.



jurisprudence pouvait constituer un manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel, comme c'est le cas en Allemagne sur la base de l'art.101 LF. La Cour énonce tout d'abord que "*des décisions de justice isolées ou fortement minoritaires dans un contexte jurisprudentiel marqué par une autre orientation, ou encore une interprétation démentie par la juridiction suprême nationale, ne sauraient être prises en compte*", mais qu'une "*interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême, voire confirmée par celle-ci*" est à prendre en compte dans la considération qu'un contexte juridique national constitue un manquement au droit communautaire<sup>824</sup>. En dépit de ce constat, elle condamne l'Italie pour ne pas avoir procédé à une modification de la réglementation afin de changer cette pratique, ce qui lui permet de ménager les juges. Dans un arrêt de 2009, la Cour condamne par contre l'Espagne en raison d'une violation de la réglementation communautaire trouvant son origine dans une décision de la juridiction compétente en dernier ressort<sup>825</sup>. Les arrêts pour manquement sur ce fondement sont toutefois amenés à rester rare. La justification de la volonté de ne pas porter atteinte à l'esprit de coopération entre les juges explique en effet que la Commission continue à chercher d'autres biais, comme l'inaction du législateur, et n'invoque pas la violation de l'article 267 TFUE (234 CE, 177 CEE). Ainsi, même dans le cadre du recours précité, la Commission indique ne pas poursuivre l'Etat espagnol pour manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel<sup>826</sup>. Il est vrai que dans le cas allemand, la possibilité d'un recours individuel mettant en cause l'absence de renvoi préjudiciel évite ce type de problématique, mais le contexte n'est pas le même. La Cour constitutionnelle qui se trouve dans un Etat fédéral très intégré n'a pas à avoir le même type d'égard vis-à-vis des juridictions des Länder que la Cour de justice vis-à-vis des juridictions étatiques.

## b) Le renvoi préjudiciel

**257.** Complément du recours en manquement, le renvoi préjudiciel permet d'assurer une effectivité du droit de l'Union européenne grâce à l'aide des juges étatiques. Il s'agit en effet, comme le souligne Fabrice Picod, d'une "*procédure de juge à juge, de nature non contentieuse qui ne saurait être présentée comme une voie de recours*", et ainsi, l'utilisation de "*l'expression « recours préjudiciel » doit-elle être considérée comme le fruit d'une inadvertance de la part de la Cour de justice et d'une maladresse de la part de certains auteurs*"<sup>827</sup>. Le renvoi préjudiciel, en permettant aux juges étatiques et européens de dialoguer, participe à la prévention des conflits pouvant aboutir à la déclaration d'un acte ultra vires ou contraire à l'identité constitutionnelle d'un Etat membre. La Cour de justice énonce régulièrement en ce sens qu'il s'agit d'une procédure de coopération entre le juge national et le juge communautaire destiné à assurer en toutes circonstances au droit communautaire le même effet dans tous les Etats membres de la Communauté<sup>828</sup>. Un tel système ne fonctionne bien entendu que s'il existe un "*esprit de collaboration*" des juges nationaux<sup>829</sup>, la simple possibilité de reconnaître un manquement pour non respect de l'obligation de renvoi préjudiciel ne suffisant pas à le rendre efficace.

La Cour de justice n'est pas compétente dans ce cadre pour interpréter le droit national, ou appliquer l'interprétation du droit européen qu'elle énonce à l'espèce ayant donné lieu au renvoi. Comme le souligne Fabrice Picod, à la différence d'une cour suprême, "*la Cour de justice s'est efforcée de maintenir d'une manière générale, non sans quelque artifice, un minimum*

<sup>824</sup> *Ibid.*, pt.32.

<sup>825</sup> CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Espagne*, aff.C-154/08, *Rec.*2009 p. I-187, pts 124 à 127.

<sup>826</sup> *Ibid.*, pts 64-65.

<sup>827</sup> PICOD (F.), La coopération juridictionnelle, in : AUVRET-FINCK (J.) (dir.), *L'Union...*(*op.cit.* note 509), p.200.

<sup>828</sup> CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff.283/81, *Rec.*1982 p.3415, pt.7.

<sup>829</sup> CJCE, 16 juillet 1992, *Lourenço Dias*, C-343/90, *Rec.*1992 p.I-4673, pt.17. Voir pour d'autres références : PICOD (F.), La coopération...(*op.cit.* note 827), p.201 note 10.



*d'abstraction dans ses appréciations, consistant davantage en une interprétation du droit communautaire en rapport avec une règle nationale qu'en une appréciation de la compatibilité d'une règle nationale avec le droit communautaire*<sup>830</sup>.

Dans le cas d'un renvoi en interprétation, la CJCE a précisé dans un arrêt *CILFIT* de 1982<sup>831</sup> la marge de manœuvre dont dispose le juge étatique de dernier ressort pour décider d'un renvoi préjudiciel pour respecter l'obligation de renvoi qui est posée à l'art.267 TFUE. Il ne suffit en effet pas qu'il y ait une demande des parties<sup>832</sup>, mais à l'inverse, le juge peut saisir la CJCE d'office même si aucune partie ne l'a demandé. En principe, le juge de dernier ressort est tenu à un renvoi préjudiciel si une décision sur une disposition du droit communautaire apparaît nécessaire pour résoudre le litige<sup>833</sup>. Mais la Cour a précisé un certain nombre d'exceptions à cette obligation, qui apparaissent donner un cadre plus strict à l'obligation de renvoi que celui évoqué par la Cour constitutionnelle allemande en cas de violation de l'obligation de renvoi préjudicielle découlant de l'art.100 LF : tout d'abord quand le juge CE s'est déjà prononcé dans une affaire antérieure sur l'interprétation ou la validité de la norme communautaire en cause ou sur une question matériellement identique<sup>834</sup> ; ensuite, quand "*l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée*"<sup>835</sup>. Mais la Cour encadre strictement cette dernière exception<sup>836</sup>, ce qui n'a toutefois pas empêché des dérives comme la théorie de l'acte clair défendue longtemps par le Conseil d'Etat. Dans le sens de la volonté de dialogue constructif avec le juge étatique, marqué par le respect, la Cour souligne la possibilité pour un juge de poser une question qui aurait déjà donné lieu à une réponse, et laisse à ce dernier la liberté de déterminer les questions à poser.

Le renvoi préjudiciel étant une procédure de coopération entre juridictions, il faut que l'organe qui pose la question ait la qualité en soi de juridiction<sup>837</sup>, et qu'il exerce dans le cadre du litige donnant lieu au renvoi une fonction juridictionnelle<sup>838</sup>. La Cour a ensuite développé des critères d'irrecevabilité préjudicielle liée à la question pour diminuer les très nombreuses questions auxquelles elle doit répondre. La nécessité d'une réalité du litige tout d'abord car elle considère qu'elle n'a pas à "*formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques*"<sup>839</sup>. Elle rejette pour la même raison les questions qui ne répondent pas à un "*besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux*"<sup>840</sup>. Elle exige par ailleurs que soit défini le "*cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ses questions sont fondées*"<sup>841</sup>.

<sup>830</sup> *Ibid.*, p.209.

<sup>831</sup> CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff.283/81, *Rec.*1982 p.3415.

<sup>832</sup> *Ibid.*, pt.9.

<sup>833</sup> *Ibid.*, pt.11.

<sup>834</sup> *Ibid.*, pt.13.

<sup>835</sup> *Ibid.*, pt.16.

<sup>836</sup> *Ibid.*, pts.18 à 20 : Le juge doit comparer les versions linguistiques des textes à interpréter, et tenir compte du sens propre donné à certaines notions en droit communautaire. Enfin, la ou les dispositions interprétées doivent être replacées dans leur contexte et "*interprétée[s] à la lumière de l'ensemble des dispositions d[u] droit [communautaire], de ses finalités, et de l'état de son évolution*" au moment de la décision.

<sup>837</sup> Les critères posés à l'origine étaient : l'origine légale et le régime légal de l'organe : sa permanence, son caractère obligatoire, l'application de règles de droit, le principe du contradictoire (CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Goebbels*, aff.61/65, *Rec.*1966 p.377). Depuis, elle a été ajouté le critère de l'indépendance de l'organe (CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò*, aff.14/86, *Rec.*1987 p.2545), et a précisé que le critère du contradictoire n'était pas une condition nécessaire (CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, *Rec.*1997 p. I-4961, pt.21).

<sup>838</sup> CJCE, 19 octobre 1995, *Job Centre*, aff.C-111/94, *Rec.*1995 p. I-3361.

<sup>839</sup> CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c/ Novello*, aff.104/79, *Rec.*1980 p.745, pt.18.

<sup>840</sup> CJCE, 16 juillet 1992, *Lourenço Dias*, C-343/90, *Rec.*1992 p. I-4673, pt.17.

<sup>841</sup> CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo*, aff.C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Rec.*1993 p.I-393, pt.6.

Comme le souligne Fabrice Picod, la Cour a parfois fait des réponses sèches aux juridictions de renvoi constatant que ces critères n'étaient pas remplis, prenant le risque de froisser des juges étatiques sur la bonne participation desquels l'ensemble du système européen repose<sup>842</sup>.

Dans le cas d'un renvoi en appréciation de validité, et alors que rien n'était précisé dans les traités, la Cour de justice s'est reconnue un monopole du constat d'invalidité d'un acte d'une institution communautaire dans l'arrêt *Foto-Frost* de 1987<sup>843</sup>. Elle a en effet estimé que les juridictions ne pouvaient se voir reconnaître le pouvoir d'invalidier les actes des institutions communautaires en raison du risque de divergence de jurisprudence qui conduirait à compromettre l'application uniforme du droit communautaire<sup>844</sup>.

### c) La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat

**258.** Dans les cas où le juge européen donne au juge étatique un cadre d'interprétation du droit européen qui lui permet de conclure à la illégalité d'une réglementation interne, à la suite d'un constat de manquement ou bien encore quand le juge étatique estime directement qu'il y a violation du droit européen, se pose la question de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat permettant un dédommagement de la ou des victimes de cette violation. L'existence même de cette possibilité de recours contribue également avec les deux autres procédures mentionnées à l'effectivité du droit européen en exerçant une pression sur les Etats pour qu'ils respectent le droit de l'Union européenne.

**259.** Si la Cour avait évoqué rapidement un droit à réparation des dommages causés par un acte de droit interne ayant violé le droit communautaire dès 1960<sup>845</sup>, elle n'affirme solennellement un principe de responsabilité des Etats sur une telle base et ne précise les conditions pour le faire valoir qu'avec un arrêt *Francovitch* de 1991<sup>846</sup>. L'hésitation était due à la tradition dans certains Etats membres de l'absence de responsabilité de l'Etat du fait des lois et à la question de sa responsabilité dans le cas de normes ne bénéficiant pas d'effet direct<sup>847</sup>. Ces deux barrières sont levées, même si l'on peut avoir du mal à distinguer la condition de preuve du préjudice de celle de l'effet direct d'une disposition de droit communautaire<sup>848</sup>. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Francovitch*, les requérants mettaient en cause la responsabilité de l'Etat italien pour ne pas avoir transposé une directive. La Cour de justice saisie d'un renvoi préjudiciel précise les trois conditions pour mettre en cause la responsabilité de l'Etat pour non transposition d'une directive : la directive vise à conférer des droits aux particuliers, ces droits doivent être identifiables, et un lien de causalité doit exister entre la violation de la directive et le dommage subi<sup>849</sup>. Elle renvoie au surplus au droit des Etats en matière de responsabilité de l'Etat, en précisant toutefois une obligation de traitement équivalent à une mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour une violation du droit national<sup>850</sup>.

L'arrêt *Francovitch* portait sur la responsabilité d'un Etat pour non transposition d'une

---

<sup>842</sup> PICOD (F.), *La coopération...*(*op.cit.* note 827), p.222. Denys Simon critique dans le même sens "*la désinvolture avec laquelle la Cour renvoie sa copie au juge national s'éloigne quelque peu de l'esprit de collaboration qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel*" (cité par OLIVER (P.), *La recevabilité des questions préjudicielles : la jurisprudence des années 1990, 2001*, vol.37, n°1-2, p.29. L'auteur partage cette position).

<sup>843</sup> CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff.314/85, *Rec.*1987 p.4199.

<sup>844</sup> *Ibid.*, pts.13-15.

<sup>845</sup> Dans le cadre du traité CECA : CJCE,16 décembre 1960, *Humblet c/ État belge*, aff.6/60, *Rec.*1960 p.1125.

<sup>846</sup> CJCE, 19 novembre, *Francovitch*, aff. C-6 et 9/90, *Rec.*1991 p.I-5357.

<sup>847</sup> Souligné par : BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.504.

<sup>848</sup> Souligné par : *Ibid.*, p.505.

<sup>849</sup> Aff. C-6 et 9/90, *Francovitch*, pt.40.

<sup>850</sup> *Ibid.*, pt.43. Cf. *infra* sur ce point : §3 C 2) b).



directive, la Cour va, dans un arrêt *Brasserie du pêcheur* de 1996, affirmer expressément que le principe de responsabilité de l'Etat "*est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement*"<sup>851</sup>. Par ailleurs, elle va adapter les trois conditions posées dans l'arrêt *Francovitch*, en les généralisant : l'existence d'un droit au profit des particuliers dans la règle communautaire invoquée, une violation suffisamment caractérisée de ces droits, et l'existence d'un lien de causalité entre la règle violée et le dommage subi<sup>852</sup>. La Cour précise que le critère décisif pour savoir si la violation est suffisamment caractérisée est la méconnaissance manifeste et grave par un Etat des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. Elle énonce en outre une série de critères que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération<sup>853</sup>. Elle ajoute qu'une violation du droit communautaire est toujours manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement reproché, d'une décision préjudicielle, ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière<sup>854</sup>.

Le cas particulier de la responsabilité du fait d'une décision de justice violant le droit communautaire est reconnu solennellement par la Cour dans un arrêt *Köbler* de 2003<sup>855</sup>. La Cour souligne que la pleine efficacité du droit communautaire ne serait sinon pas assurée<sup>856</sup>. Elle ajoute que l'obligation de renvoi préjudiciel posée art.234 CE (267 TFUE) pour les juridictions de dernier ressort vise justement à prévenir une telle violation<sup>857</sup>. Elle pose ensuite des conditions strictes à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat dans le cas où une juridiction en est la cause, restreignant son application au "*cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable*", en le justifiant pas la nécessité de "*tenir compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle ainsi que des exigences légitimes de sécurité juridique*"<sup>858</sup>. Elle précise ensuite que le "*juge national saisi d'une demande de réparation doit tenir compte de tous les éléments qui caractérisent la situation qui lui est soumise*" et en particulier du degré de clarté et de précision de la règle violée, du caractère délibéré de la violation, du caractère excusable ou non de l'erreur de droit, de la position qu'a pu exprimé, le cas échéant, une institution communautaire, et de la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel<sup>859</sup>. Elle ajoute que la violation est suffisamment caractérisée au sens susmentionné lorsque la juridiction a violé manifestement la jurisprudence de la CJCE<sup>860</sup>.

---

<sup>851</sup> CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame III*, aff. C-46/93 et C-48/93, *Rec.*1996 p.I-01029, pt.32.

<sup>852</sup> *Ibid.*, pt.74.

<sup>853</sup> *Ibid.*, pt.56 : le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales, le caractère intentionnel ou non du manquement commis, le caractère excusable ou non d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou le maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire.

<sup>854</sup> *Ibid.*, pt.57.

<sup>855</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff.C-224/01, *Rec.*2003 p. I-10239

<sup>856</sup> *Ibid.*, pt.33.

<sup>857</sup> *Ibid.*, pt.35.

<sup>858</sup> *Ibid.*, pts.53 et s.

<sup>859</sup> *Ibid.*, pts.54-55. Dans l'espèce, la juridiction administrative à laquelle était reprochée la violation du droit communautaire avait posé une question préjudicielle, mais l'avait retirée par la suite en croyant qu'une décision de la CJCE intervenue entre-temps y répondait. La Cour estime qu'il ne s'agit pas d'une violation manifeste de l'obligation de renvoi, étant donné qu'aucune règle claire n'existait concernant la question et que l'interprétation faite par la juridiction était due à une erreur de lecture de la jurisprudence (*Ibid.*, pts.120 et s.).

<sup>860</sup> *Ibid.*, *Köbler*, pt.56.

## **B. Les moyens de garantie complémentaires**

**260.** La simple procédure juridictionnelle ou politique ne suffit pas toujours à la cohérence et à la bonne application du droit fédéral, il se pose alors la question de moyens d'action complémentaires pouvant être exercés par les autorités fédérales.

A cet égard, Ernst Rudolf Huber distingue deux moyens qu'il considère être indispensables des procédures normatives et juridictionnelles de protection de la constitution fédérale pour préserver une union fédérale<sup>861</sup>, l'exécution fédérale (1) et l'intervention fédérale (2). En théorie, l'intervention fédérale est l'aide apportée par les autorités fédérales en cas de menaces contre l'ordre constitutionnel d'un Etat membre, alors que l'exécution fédérale est l'action des autorités fédérales à l'encontre d'un Etat membre ayant violé ses obligations constitutionnelles fédérales<sup>862</sup>. Ainsi la première relèverait en principe plutôt de la coopération loyale, là où la seconde serait un moyen de dernier ressort pour assurer l'effectivité du droit fédéral. En pratique, les deux se sont souvent rapprochées par l'usage qui a été fait de l'intervention fédérale au profit de l'intérêt fédéral plutôt que de l'intérêt étatique conduisant alors à une diminution de l'autonomie des Etats<sup>863</sup>. Cela explique que nous présentions l'intervention fédérale dans le cadre de ce développement plutôt que dans celui sur la fidélité fédérale.

Ces deux instruments sont absents dans le cadre européen, et les instruments de sanctions à la disposition des institutions européennes restent globalement limités, ce qui conduit à poser la question de leur suffisance pour assurer l'effectivité du droit européen et la cohérence de l'Union européenne (3).

### ***1) L'exécution fédérale***

**261.** L'exécution est employée en français là où l'allemand distingue entre "*Vollziehung*", qui renvoie à l'idée de "*mise en œuvre*", et "*Exekution*", pour l'exécution forcée<sup>864</sup>. Nous étudierons les bases juridiques de l'exécution fédérale ainsi que des exemples d'application dans les cas allemand (a) et suisse<sup>865</sup> (b). Nous renvoyons pour l'étude du cas américain à la suite des développements<sup>866</sup>. Nous indiquons ici simplement qu'aucune disposition de la Constitution de 1787 ne prévoyait un moyen de coercition<sup>867</sup>, mais qu'une loi d'habilitation du Président à recourir à la force a été tout de même adoptée dans le cadre d'un conflit entre les autorités fédérales et l'Etat de Caroline du Sud qui a eu lieu dans les années 1830<sup>868</sup>.

#### **a) L'exécution fédérale en Allemagne**

**262.** Sous la Confédération germanique, l'art.19 AFV prévoit que "*quand des actes de violence entre des Etats membres sont à craindre ou ont été vraiment accomplis, la Diète fédérale est saisie afin de prendre des mesures provisoires dans le but de prévenir toute représailles*

---

<sup>861</sup> HUBER (E. R.), *Bundesekution und Bundesintervention*. Ein Beitrag zur Frage des Verfassungsschutes im Deutschen Bund, *AöR*, 1953, vol.79, n°1, p.1

<sup>862</sup> *Ibid.*, p.1.

<sup>863</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.9 ; BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.369.

<sup>864</sup> OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Avis...*(*op.cit.* note 502), note 9 :

<http://www.vpb.admin.ch/franz/doc/64/64.24.html>.

<sup>865</sup> Voir aussi pour des précisions sur l'exécution fédérale sous l'empire des Constitutions de 1848 et 1874 : BRUNNER (M.), *Die Bundesekution*, *Genossenschaft schweizerischen Sonntagsblätter*, Zürich, 1919, 85 p.

<sup>866</sup> Voir : *infra* chap.II sect.I §1 et sect.III §1 C 2).

<sup>867</sup> Souligné par : JELLINEK (G.), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, éd. Keip, 1996, p.51. JELLINEK relève qu'elle s'estimait assez protégée en ne menaçant que les individus de punition pour violation de la constitution.

<sup>868</sup> Voir : *infra* chap.II sect.III §1 B 3).



(Selbsthilfe) et d'arrêter les actions déjà entreprises". Par ailleurs, l'art.31 AFV précise que "la Diète fédérale a le droit et l'obligation de veiller à l'exécution (Vollziehung)" du droit fédéral "et à cette fin, après l'épuisement de tous les autres moyens constitutionnels, de mettre en application les mesures d'exécution (Exekution) nécessaires, en observant scrupuleusement les dispositions et règles établies dans un règlement d'exécution (Exekutionsordnung)". La procédure visée à l'art.19 AFV est informelle car elle est justifiée par l'urgence, à la différence de celle de l'art.31 AFV, qui est encadrée par des délais stricts<sup>869</sup> prévus dans le règlement d'exécution (Exekutionsordnung) du 3 août 1820<sup>870</sup>.

Puisqu'il n'y a pas d'armée propre sous la Confédération germanique, l'exécution fédérale, tout comme d'ailleurs l'intervention fédérale, se fait par l'intermédiaire des contingents des Etats ayant eu un mandat de la Diète pour l'effectuer<sup>871</sup>. Les mandatés ont le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires, en particulier celle de laisser inappliqué le droit de l'Etat pendant toute les périodes de l'action<sup>872</sup>, ou de supprimer des dispositions contraires au droit fédéral. Le stade suprême est la mise sous tutelle de l'Etat (Sequestration)<sup>873</sup>. Un commissaire nommé par les autorités fédérales et sous ses instructions prend alors la direction du gouvernement. La seule exception à la mise sous tutelle est alors la représentation au sein de la Diète : celle-ci reste entre les mains du gouvernement de l'Etat concerné qui avait jusqu'alors le pouvoir, ou bien elle est mise en suspens<sup>874</sup>. Il est toutefois à noter qu'il y a une limite aux pouvoirs des mandatés, ils ne peuvent toutefois procéder à une modification des dispositions qui n'y seraient pas contraires ni *a fortiori* adopter une nouvelle constitution<sup>875</sup>.

L'exécution fédérale contre le Holstein en 1864 permet d'illustrer cette procédure. Elle trouve son fondement dans des mesures prises par le Roi du Danemark conduisant au rattachement du Holstein au Danemark en violation du droit fédéral<sup>876</sup>. Le conflit se termine en octobre 1864 par l'abandon par le Roi du Danemark de sa domination sur le Holstein, ainsi que sur un autre Etat qui ne faisait pas partie de la Confédération germanique, le Schleswig. L'Autriche a un mandat concernant le Holstein, et la Prusse concernant le Schleswig.

C'est dans ce contexte qu'une autre exécution fédérale est décidée qui provoquera la fin de la Confédération germanique. Les dirigeants prussiens provoquent l'Autriche en faisant pénétrer des troupes dans le Holstein<sup>877</sup>. La Diète, saisie de la question par l'Autriche, conclut que la Prusse a violé l'art.19 AFV qui interdit des actes de violences entre Etats membres de la Confédération, et décide d'une exécution fédérale contre cette dernière. La Prusse réagit alors en se retirant de la Confédération. Sa victoire sur les troupes autrichiennes et les troupes fédérales fournies par les Etats allemands restées fidèles à l'Autriche scelle la fin de la Confédération germanique et constitue un exemple d'exécution fédérale ayant échoué.

**263.** Dans le projet de Constitution de 1849, il était prévu au §126 qu'un recours devait d'abord avoir lieu devant le Reichsgericht dans les cas de violation par un Etat de ses obligations fédérales<sup>878</sup>. Si l'Etat était condamné et ne respectait pas durablement le jugement rendu en continuant à violer ses obligations fédérales, le pouvoir fédéral pouvait faire appliquer le jugement en exerçant un pouvoir d'exécution fédérale. Par exception selon le §54 al.1, un recours et une condamnation préalables n'étaient pas nécessaires dans le cas où un Etat menaçait

<sup>869</sup> Souligné par : HUBER (E. R.), *Bundesezekution...* (*op.cit.* note 861), pp.5-6.

<sup>870</sup> HUBER (E. R.), *Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Bd.I*, Matthiesen, 1949, pp.47 et s.

<sup>871</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...* (*op.cit.* note 495), p.136.

<sup>872</sup> HUBER (E. R.), *Bundesezekution...* (*op.cit.* note 861), p.19.

<sup>873</sup> *Ibid.*, pp.20-21.

<sup>874</sup> *Ibid.*, pp.21-22.

<sup>875</sup> *Ibid.*, pp.24-25.

<sup>876</sup> *Ibid.*, pp.29-32.

<sup>877</sup> Sur cette exécution fédérale cf. : *Ibid.*, pp.48-51 ; BOLDT (H.), *Deutsche...* (*op.cit.* note 495), p.164.

<sup>878</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (*op.cit.* note 494), *Bd. II*, p.839.



la paix d'un autre.

**264.** L'exécution fédérale a pris une forme plus centralisée sous la Confédération du Nord, puisqu'elle n'était plus effectuée par le biais de mandats fédéraux donnés à des Etats membres mais par les autorités fédérales. L'art.19 CCN précisait que le Bundesrat était compétent pour décider d'y recourir et que l'exécution pouvait aller jusqu'à la mise sous tutelle (Sequestration) de l'Etat concerné et de son pouvoir gouvernemental. Ce dernier moyen n'était pas précisé dans l'art.19 RV qui posait le principe de l'exécution fédérale dans la Constitution de 1871. Toutefois, il était considéré comme implicite, tout comme c'était le cas sous la Confédération germanique où il avait beaucoup utilisé ; Ernst Rudolf Huber souligne en effet qu'un droit d'exécution sans pouvoir de tutelle (Sequestration) "*équivaldrait à une épée sans lame*"<sup>879</sup>.

Concernant le motif de l'exécution fédérale, il pouvait être constitué par une violation provenant de n'importe quel organe du Land, même d'actes privés ayant bénéficié d'un soutien indirect des autorités du Land ou d'une inaction fautive du Land, et dans le cas d'une violation du droit fédéral aucune norme interne ne pouvait servir d'excuse<sup>880</sup>.

La procédure d'exécution était plus rapide que sous la Confédération germanique, il n'y avait plus de décision préparatoire, de fixation de délai, de mise en demeure, le Bundesrat pouvait en cas de violation flagrante des obligations fédérales ordonner l'exécution sans délai<sup>881</sup>. Concernant les moyens, alors que sous la Confédération l'exécution fédérale était uniquement pensée comme contrainte militaire, on a préféré éviter le recours à un tel moyen sous les Constitutions de la Confédération du Nord et de 1871, d'où la mise en place de moyens alternatifs civils de contrainte consistant dans le pouvoir d'exécution directe à la place des autorités compétentes du Land en cause, ou dans le pouvoir de révoquer les autorités du Land et de mettre en place des organes de substitution<sup>882</sup>.

Ernst Rudolf Huber souligne bien la différence avec le cas des décisions rendues par le Bundesrat comme tiers neutre sur la base des art.76 et 77 RV (76 et 77 CCN) et où l'Empire n'étant pas partie au litige il pouvait en tant qu'organe impérial rendre une décision juridictionnelle<sup>883</sup>. Dans le cas de l'exécution fédérale, l'Empire était partie contre l'Etat contre lequel la décision est prise.

Même si le pouvoir d'exécution fédérale ne fut jamais appliqué, son existence était un moyen de dissuasion envers les Etats, "*garantie efficace de l'unité et de l'ordre de l'Empire*"<sup>884</sup>.

**265.** Sous la République de Weimar, l'exécution fédérale était prévue à l'art.48§1 WRV<sup>885</sup>. Elle relevait de la décision du seul Président. Certes le Reichstag en était informé et il pouvait en théorie à tout moment demander que les mesures prises soient abrogées ou que la procédure d'exécution fédérale soit arrêtée en vertu de l'art.48§3 WRV<sup>886</sup>. Toutefois, un tel pouvoir de blocage supposait le soutien d'une majorité. Or, une majorité ne fut jamais réunie en raison de l'éclatement partisan au sein du Reichstag, mais aussi parce que le Président a toujours su agir rapidement, à un moment où l'Assemblée n'était pas réunie ou dissoute, sachant que la commission de surveillance mis en place pendant ses périodes de vacance s'était vue refuser le pouvoir d'exercer le pouvoir de contrôle de l'action du Président. Par contre l'utilisation de l'art.48§1 WRV pouvait par ailleurs faire l'objet d'un recours devant le Reichsgericht de la part

<sup>879</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 494), *Bd. III*, p.1031.

<sup>880</sup> *Ibid.*, pp.1033-1034.

<sup>881</sup> *Ibid.*, p.1039.

<sup>882</sup> *Ibid.*, pp.1040-1041.

<sup>883</sup> *Ibid.*, pp.1032-1033.

<sup>884</sup> *Ibid.*, p.1030.

<sup>885</sup> Sur les conditions du recours à ce moyen : cf. HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 494), *Bd. VI*, 1981, pp.737-738.

<sup>886</sup> *Ibid.*, pp.739-740.



de l'Etat concerné par l'exécution fédérale<sup>887</sup> qui s'est révélé effectif, même s'il n'a pas empêché les actions d'être justifiées par un autre fondement, comme l'illustre l'exécution fédérale contre la Prusse de 1932. En l'espèce les élections en Prusse d'avril 1932 avaient donné une majorité des voix au parti nazi et au parti communiste, si bien que sans l'un des deux aucun gouvernement ne pouvait être formé<sup>888</sup>. Le gouvernement de centre gauche du Land était alors resté en place en se fondant sur la nécessité de rétablissement de l'ordre public sur ce territoire. Dans ce contexte, le Président avait décidé en vertu de ses pouvoirs d'exception prévus à l'art.48 WRV<sup>889</sup> de nommer le Chancelier fédéral commissaire impérial et de l'habiliter à déposer le gouvernement prussien. Ce dernier avait alors saisi le Reichsgericht. Le gouvernement fédéral affirmait tout d'abord qu'en raison des circonstances politiques les conditions de risque de graves troubles pour l'ordre public requises par l'art.48§2 WRV étaient réunies, et ensuite qu'il pouvait recourir au pouvoir d'exécution fédérale prévu à l'art.48§1 WRV pour faire exécuter l'obligation de coopération fédérale que la Prusse avait selon lui violé<sup>890</sup>. La Cour dans sa décision *Preußenschlag* du 25 octobre 1932 commence par préciser qu'elle effectuerait une vérification de la réunion des conditions du recours à l'exécution fédérale, ainsi qu'un contrôle de l'erreur manifeste des décisions d'exécution prises dans ce cadre. Elle indique ensuite rejeter tout effet suspensif de la procédure d'exécution de sa saisine. Concernant l'espèce, elle rejette le fondement sur l'art.48§1 WRV, estimant que le reproche de violation du droit fédéral invoquée n'était pas recevable, et qu'il ne pouvait donc y avoir exécution fédérale<sup>891</sup>. Par contre, elle juge que les mesures pouvaient être légalement fondées sur l'art.48§2 WRV, même si elle émet des objections concernant le périmètre et l'intensité des compétences données au Chancelier fédéral comme commissaire impérial<sup>892</sup>.

**266.** Enfin, dans la Loi fondamentale l'art.37 prévoit une possibilité d'exécution fédérale, sous l'expression de "contrainte fédérale" (Bundeszwang), par le gouvernement fédéral pour obliger un Land à remplir ses obligations fédérales. Elle pourrait en théorie aller jusqu'à la mise sous tutelle du territoire par les autorités fédérales en cas d'atteinte à l'ordre démocratique libéral<sup>893</sup>. Comme sous la République de Weimar, il est possible de contester l'utilisation de cette disposition, devant la Cour constitutionnelle.

## b) L'exécution fédérale en Suisse

**267.** En Suisse, le Pacte de 1815 prévoyait dans son art.1<sup>er</sup> uniquement que "*Les XXII cantons souverains de la Suisse [...] se garantiss[ai]ent réciproquement leurs constitutions telles qu'il aur[ai]ent été statuées par l'autorité suprême de chaque canton, conformément aux principes du Pacte fédéral*". Si cette disposition se comprend quand il est précisé qu'il est issu d'un compromis entre des cantons aristocratiques et démocratiques, il n'y a néanmoins, comme le souligne Beaud, pas grand sens à prévoir une clause ne renfermant aucun principe politique défini<sup>894</sup>. Malgré cela, l'art.2 du pacte de 1815 prévoyait que pour assurer le respect de cette

---

<sup>887</sup> *Ibid.*, pp.740-741.

<sup>888</sup> Pour un résumé : *Ibid.*, p.743. Voir pour d'autres exemples d'exécutions fédérales sous la République de Weimar : *Ibid.*, pp.741-743.

<sup>889</sup> Cet article prévoyait dans son §2 que le Président pouvait, en cas de dangers importants pour l'ordre public, prendre des mesures exceptionnelles afin de rétablir l'ordre public qui pouvaient aller jusqu'à l'usage de la force armée.

<sup>890</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich auf Grund Art. 13 Abs 2 der Reichsverfassung, Bd.V*, Berlin, Stilke, 1933, p.38. Voir pour des précisions sur ce point : *infra* §3. A. 1) b).

<sup>891</sup> *Ibid.*, pp.58-59.

<sup>892</sup> *Ibid.*, pp.60 et s.

<sup>893</sup> En ce sens : HUBER (E. R.), *Bundesekution...*(*op.cit.* note 861), p.21.

<sup>894</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.374. Ce point était notamment critiqué par le rapport Pellegrino



disposition "*un contingent ser[ai] formé avec les troupes de chaque canton, d'après le rapport de 2 hommes pour 100 habitants*". Le problème posé par l'absence de portée d'une telle garantie indépendamment d'une clause d'homogénéité réelle, à la fois pour l'exécution fédérale et l'intervention fédérale est illustré en 1830<sup>895</sup>. En juillet 1830, les peuples de plusieurs cantons dits "régénérés" se proclament pouvoir constituant et adoptent des constitutions démocratiques. La Diète fédérale décide le 23 décembre 1830 de ne pas intervenir admettant "*unaniment le principe que chaque Etat de la Confédération, en vertu de son droit de souveraineté, est libre de faire à sa constitution les changements qu'il estime nécessaires et convenables, pourvu qu'ils ne soient pas contraires au Pacte fédéral*",

La Guerre du Sonderbund peut au contraire être vue comme un exemple réussi d'exécution fédérale, non sur la base d'une atteinte à l'homogénéité politique qui n'existait pas encore, mais d'un risque d'atteinte à la paix entre les cantons provoquées par une alliance entre quelques cantons même si la guerre du Sonderbund a eu pour effet d'homogénéiser politiquement les cantons suisses. Nous ne rejoignons ainsi pas Olivier Beaud dans son rapprochement entre l'action menée aux Etats-Unis par les Etats du Nord contre les Etats du Sud, et la lutte des cantons libéraux contre les cantons conservateurs lors de la guerre du Sonderbund<sup>896</sup>, car si c'est bien un problème d'homogénéité qui est à la base des deux conflits, il n'y a pas d'action contre une sécession comme dans le cas américain. Pour comprendre la différence entre la guerre du Sonderbund et la guerre de Sécession, et mettre en évidence qu'elle ne visait pas contrairement à cette dernière à empêcher le retrait d'Etats membres de la Fédération, il convient de présenter le contexte de son éclatement. Entre 1830 à 1848, période dite de la "régénération", une partie des cantons se donnent des constitutions démocratiques et libérales et appellent à une révision du pacte fédératif de 1815 sur le modèle des constitutions des cantons libéraux. Un projet échoue en 1832 puis en 1833. Les relations étant tendues avec les cantons conservateurs, les sept cantons dits "régénérés" décident alors de conclure un concordat pour former une alliance de protection afin de s'assurer contre des actions contre-révolutionnaires. Il prévoyait dans son art.1 la garantie mutuelle des cantons de leurs constitutions et du principe de souveraineté du peuple<sup>897</sup>. La Diète en est saisie, mais aucune majorité n'étant réunie pour refuser ce concordat, il a été alors rattaché aux accords intercantonaux qui étaient autorisés selon l'art.8§5 du Pacte en dépit de sa conformité douteuse à l'art.6 du Pacte qui interdisait les alliances préjudiciables à la Confédération. Quand Lucerne, majoritairement catholique obtient en 1841 une majorité conservatrice, on voit un dangereux recoupement entre confession et courant libéral ou conservateur. Alors que la tension augmente encore avec les cantons libéraux<sup>898</sup>, les cantons catholiques conservateurs décident de la formation d'une ligue en 1845, le Sonderbund. Ils s'assurent un soutien mutuel en cas de tentatives de révolution prévoient dans ce but un conseil de guerre. La Diète saisie de la question de la conformité de cette ligue au Pacte de 1815 conclut à une faible majorité qu'elle en constitue une violation et décide de procéder à une exécution fédérale armée. La guerre, qui ne dure que du 4 au 29 novembre 1847, se conclut par la défaite du Sonderbund.

---

Rossi du 15 décembre 1832 (Cité par *Ibid.*, p.376).

<sup>895</sup> *Ibid.*, pp.375-376

<sup>896</sup> *Ibid.*, p.400.

<sup>897</sup> Art.1 du concordat : Les cantons parties "*s'engagent par là tant à maintenir les droits et libertés acquises au peuple de chaque canton par sa constitution, qu'à soutenir les autorités constitutionnellement établies dans chaque Etat ainsi que leurs attributions qui sont accordées par la loi. Ils se garantissent, en outre que les changements ne pourront être apportés dans ces constitutions que par les voies légales ouvertes par chacune d'elles*" (cité par : *Ibid.*, p.377).

<sup>898</sup> Sur ces développements voir : HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5. Aufl., 2001, Zürich, Schulthess, p.15 ; HEGER (M.), *Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat : Gedanken zu ihrer Entstehung, ihrem aktuellen Erscheinungsbild und ihrer Rechtfertigung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1990, pp.63-64.



Il n'y a pas eu de tentative de sécession et il est dès lors possible de considérer que l'intervention militaire n'avait pour but que de faire respecter le pacte fédératif et non d'empêcher le retrait de ces cantons de l'union fédérale. Après leur défaite le Sonderbund est dissout mais l'existence des cantons membres, leur appartenance à la fédération n'est pas remise en cause. Anton Greber souligne que le désir de Fédération qui demeurait explique l'absence de batailles sanglantes dans cette guerre et la vitesse du rétablissement de la coopération des cantons du Sonderbund concernant la révision du pacte fédératif<sup>899</sup>. Il le résume en indiquant que les principes fondateurs du pacte fédératif demeureraient et que seule sa forme était remise en cause<sup>900</sup>. La Diète s'étant révélée incapable de maintenir la paix, une révision apparaissait nécessaire<sup>901</sup>. En février 1848 est mise en place une commission de révision et en septembre le projet qu'elle a préparé est adopté en dépit de l'opposition de certains cantons. Ces derniers l'ont certes reconnu en s'y soumettant par la suite<sup>902</sup>, mais Christoph Schönberger note que la guerre du Sonderbund a permis aux cantons régénérés vainqueurs d'avoir une position privilégiée dans les négociations pour négocier le pacte fédératif de 1848<sup>903</sup>.

**268.** Avec la Constitution de 1848, l'art.90§3 et §10 (art.102§3 et §10 aCS 1874 ; 186§4 CS) précise que le Conseil fédéral veille à la garantie des constitutions cantonales, et l'art.90§7 (art.102§7 aCS 1874 ; 186§3 CS) lui confère la compétence de contrôle et de validation des traités entre cantons, sachant qu'en cas de réclamation à leur encontre, l'art.74§5 et §7 (art.85§5 et §7 aCS 1874 ; 172§2 et §3 CS) prévoit que l'Assemblée fédérale les réétudie et peut les valider. L'art.74§8 aCS 1848 (art.85§8 aCS 1874) précise par ailleurs que l'Assemblée fédérale peut prendre *"les mesures pour faire respecter la Constitution fédérale et assurer la garantie des constitutions cantonales, ainsi que celles qui ont pour but d'obtenir l'accomplissement des devoirs fédéraux"*. A cette fin, l'art.90§9 aCS 1848 (art.102§11 aCS 1874) prévoit qu' *"en cas d'urgence et lorsque l'Assemblée fédérale n'est pas réunie, le Conseil fédéral est autorisé à lever les troupes nécessaires et à en disposer, sous réserve de convoquer immédiatement les conseils si le nombre des troupes levées dépasse deux mille hommes ou si elles restent sur pied au-delà de trois semaines"*. Le recours aux forces militaires, est désormais jugé comme pouvant être implicitement utilisée sur la base des art.173§1 d) et 185§3 et §4 CS<sup>904</sup>. Au-delà des moyens militaires, différents moyens répressifs sont à la disposition de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral dans le cadre de l'exécution fédérale<sup>905</sup>. Ils peuvent refuser aux cantons une subvention quand une connexité existe entre la violation de l'obligation cantonale et la subvention, ils peuvent remplacer un canton dans la réalisation de ses obligations.

Il est à remarqué que l'exécution fédérale est très rare car *"les rapports entre la Confédération et les cantons sont traditionnellement courtois et harmonieux"*, et que l'exécution militaire fédérale n'a été utilisée qu'une fois en 1848 contre le canton de Tessin<sup>906</sup>. La Lombardie avait tenté de se séparer de l'Autriche, et au sein du canton de Tessin se trouvaient beaucoup de sympathisants de cette cause qui avaient accueilli les participants à ce mouvement qui étaient en fuite. Devant l'inaction du gouvernement du canton alors que ce type de comportement impliquait des risques potentiellement importants pour la sécurité de la Suisse, le Conseil fédéral décide la nomination de commissaires et l'envoi de troupes pour régler la

<sup>899</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...* (op.cit. note 539), p.241.

<sup>900</sup> *Ibid.*, p.242.

<sup>901</sup> Souligné par : HEGER (M.), *Deutscher...* (op.cit. note 898), p.64.

<sup>902</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...* (op.cit. note 539), p.242 : sur le déroulement de des événements, cf. *Ibid.*, pp.242-243.

<sup>903</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...* (op.cit. note 698), p.57.

<sup>904</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...* (op.cit. note 502), p.387 ; JAAG (T.), *Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung*, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht...* (op.cit. note 506), p.486.

<sup>905</sup> JAAG (T.), *Ibid.*

<sup>906</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Ibid.* ; JAAG (T.), *Ibid.*, p.486.



question. En 1877, le gouvernement du canton de Tessin a envoyé trois régiments à Lugano après les troubles estimant qu'il y avait des risques pour l'ordre public, et les laisse pendant deux semaines, ce qui constituait un cas limite au regard de l'art.13§2 aCS 1874 qui interdit à un canton d' "*avoir plus de 300 hommes de troupes permanentes sans l'autorisation du pouvoir fédéral*", mais cela ne donne pas lieu à une exécution fédérale<sup>907</sup>.

Nous relèverons pour terminer que l'office fédéral de la justice suisse souligne que la différenciation entre la surveillance fédérale et l'exécution fédérale n'est pas toujours aisée<sup>908</sup> et que notamment les procédés utilisés ne sont pas faciles à rattacher à l'un ou l'autre comme l'illustrent les divergences doctrinales concernant deux d'entre eux : l'annulation d'un acte cantonal considéré contraire au droit fédéral par une autorité fédérale non juridictionnelle<sup>909</sup>, et la décision d'une autorité fédérale de se substituer à une autorité cantonale pour prendre une mesure en cas de défaillance de ce canton. Parmi onze ouvrages cités par l'office fédéral<sup>910</sup>, ces deux procédés sont jugés par trois auteurs comme relevant de l'exécution fédérale<sup>911</sup>, par un seul comme à ranger parmi les techniques de surveillance fédérale<sup>912</sup>. Enfin, sept considèrent l'annulation comme rattachable à la surveillance fédérale et la substitution comme un procédé d'exécution fédérale<sup>913</sup>. Ulrich Häfelin et Walter Haller soulignent également la parenté avec l'exécution fédérale sur la base de la proximité des moyens à disposition, ajoutant que l'ordre juridique fédéral est aussi protégé dans les deux cas<sup>914</sup>, simplement plus ou moins directement.

## 2) L'intervention fédérale

**269.** Contrairement à l'exécution fédérale qui vise à sanctionner un Etat, l'intervention fédérale a lieu en principe sur demande de l'Etat membre concerné dans le but d'éviter une "*ingérence abusive du pouvoir central dans les affaires intérieures des Etats particuliers*"<sup>915</sup> puisque son objet est normalement de lui apporter une aide, mais en pratique il peut se muer en outil de réduction de l'autonomie des Etats membres. Le gouvernement demandeur est ainsi dans une situation de faiblesse par rapport au pouvoir fédéral, notamment par rapport à l'exercice de son pouvoir de demander l'arrêt de l'intervention, Ernst Rudolf Huber soulignant son dilemme entre

<sup>907</sup> MÜLLER (R.), *Innere Sicherheit Schweiz Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848*, Thesis Verlag, 2009, p.139.

<sup>908</sup> OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Avis...*(*op.cit.* note 502), pt.IV.

<sup>909</sup> L'annulation est toutefois en principe réservée au Tribunal fédéral (en ce sens : AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 502), p.388). Les auteurs citent un cas dont ils soulignent le caractère exceptionnel, d'une telle annulation en 1974 par le Conseil fédéral d'un jugement d'un tribunal cantonal car il était considéré comme manifestement contraire au droit fédéral.

<sup>910</sup> BIAGGINI (G.), *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p.162-163.

<sup>911</sup> BURCKHARDT (W.), *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, éd. Stämpfli, 1931, p.685 et p.735 ; FLEINER (F.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen, Mohr, 1923, p.63 et p.462 ; HANGARTNER (Yvo), *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. I*, Zurich, Schulthess, 1980, p.88-89 ; HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches...*(*op.cit.* note 898), 4. Aufl., 1998, pp.141-142 et pp.144-145 ; EICHENBERGER (K.), Art. 102, in : EICHENBERGER (K.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), RHINOW (R.), SCHINDLER (D.), *Commentaire...*(*op.cit.* note 502), 1988, n°53 et n°57 ; TSCHANNEN (P.), PREDL (D.), *Eidgenössisches Organisationsrecht*, Berne, éd. Stämpfli, 1997, p.128.

<sup>912</sup> GIACOMETTI (Z.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, Polygraph. Verlag AG., 1949, pp.146-147, note 20 ; SCHAUB (B.), *Die Aufsicht des Bundes über die Kantone*, Zurich, éd. Sauerländer, 1957, pp.187-189 ; AUBERT (J.-F.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, vol. I*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991, n° 807 et 808.

<sup>913</sup> *Ibid.*

<sup>914</sup> HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches...*(*op.cit.* note 898), 2001, p.295.

<sup>915</sup> LE FUR (L.), *Etat fédéral et la Confédération d'Etats*, éd. Panthéon-Assas, 2000, p.705 (cité par : BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.296).



le charybde de l'intervention fédérale et le Scylla des troubles internes<sup>916</sup>.

Les troubles à l'origine de l'intervention fédérale peuvent venir d'organes de l'Etat autres que le gouvernement (la représentation populaire, l'administration, l'armée, les juridictions,...) ou être causés par des mouvements populaires<sup>917</sup>. Par ailleurs, Ernst Rudolf Huber distingue l'intervention subordonnée et l'intervention autonome<sup>918</sup>. Sont rattachables à la première les interventions demandées par les gouvernements des Etats, mais également celles qui sont exercées alors que le gouvernement de l'Etat était manifestement dans l'incapacité de faire une telle demande. Dans ce cas, l'autonomie de l'Etat est préservée, l'intensité et de la durée de l'intervention sont en effet soumis à la volonté de son gouvernement. Au contraire, l'intervention autonome y porte atteinte car le gouvernement de l'Etat concerné n'a alors aucune maîtrise concernant les mesures prises, ces dernières pouvant aller jusqu'à l'occupation du territoire et la direction des affaires par un commissaire soumis aux instructions fédérales. Une vision extensive de ce type d'intervention est proposée quand le niveau fédéral dispose d'une telle compétence dans le but de préserver la sécurité et l'ordre public de l'ensemble du territoire fédéral.

On retrouve ce phénomène dans les différents exemples d'intervention fédérale allemand (a), suisse (b) et américain (c)

#### a) Le cas allemand

**270.** Sous la Confédération germanique, un Etat pouvait en vertu de l'art 60 AFV demander à la Diète fédérale la garantie de sa constitution, et plus particulièrement concernant l'assemblée des Etats ("landständische Verfassung")<sup>919</sup> qu'elle devait inclure en vertu de l'art.13 de l'Acte de 1815. En pratique cette disposition a toutefois été interprétée très restrictivement et au profit du principe monarchique. Ainsi par exemple quand le Roi de Hanovre décide en 1837 de déclarer unilatéralement la constitution invalide, et que la Diète est saisie d'une demande d'intervention, elle la rejette alors qu'il y avait violation de l'obligation l'art.13 de l'Acte de 1815 et donc que l'art.60 AFV était applicable<sup>920</sup>. Et Olivier Beaud indique que "*la garantie de droit fédéral du principe monarchique fut un moyen durable de contrôle des constitutions (fédérées) et ouvrit la possibilité d'une intervention constitutionnelle permanente de la Fédération vis-à-vis des Etats membres*"<sup>921</sup>, et que dans cette défense du principe monarchique, la Diète s'est révélée puissante au contraire de la présentation qui en est souvent faite<sup>922</sup>.

Il est par ailleurs à souligner que des textes ont été adoptés par la Diète qui renforçaient cette interprétation conservatrice permettant à un monarque de limiter les pouvoirs de l'assemblée des Etats, mais pouvant aussi dans certains cas se retourner contre l'autonomie de son Etat en étendant les justifications d'intervention fédérale, dans les deux cas alors que la conformité à l'Acte de 1815 et à l'Acte final de Vienne de 1820 pouvait apparaître douteuse<sup>923</sup>. La Diète adopte ainsi par exemple un texte en juin 1832<sup>924</sup> dont l'art.2 rattache le refus par une assemblée d'Etats de voter les contributions financières à la Confédération à un trouble de l'ordre public au sens des art.25-26 AFV et habilite la Confédération à intervenir.

Un premier exemple de l'application en faveur du principe monarchique de l'intervention

<sup>916</sup> HUBER (E. R.), *Bundesekektion...* (*op.cit.* note 861), p.10.

<sup>917</sup> *Ibid.*, p.4.

<sup>918</sup> *Ibid.*, pp.10-11.

<sup>919</sup> A cet égard Olivier BEAUD (*Théorie...* (*op.cit.* note 618), p.390), tout comme Ernst Rudolf HUBER (*Deutsche...* (*op.cit.* note 494), *Bd.I*, 1990, p.641) se demandent s'il s'agit d'une représentation par classe, ou d'un parlement comme sous la Restauration en France.

<sup>920</sup> Souligné par : BEAUD (O.), *Ibid.*, pp.398-400.

<sup>921</sup> *Ibid.*, p.394.

<sup>922</sup> *Ibid.*, p.400.

<sup>923</sup> *Ibid.*, p.396.

<sup>924</sup> Six articles du 28 juin 1832 : HUBER (E. R.), *Quellen...* (*op.cit.* note 870), 1949, p.50.

fédérale est donné dans le cas du Holstein. Avec la révolution de 1848, cet Etat s'était libéré de la domination danoise, avec le soutien des autorités fédérales qui avaient été alors instituées. Mais avec l'échec de la Constitution de 1849, et le retour à l'ancienne Confédération germanique, la Diète décide en 1850 une intervention fédérale pour rétablir les droits du Roi du Danemark, sous l'impulsion de l'Autriche<sup>925</sup>.

Un autre exemple est donné dans le cas de la Hesse. En février 1850 une crise éclate entre le gouvernement conservateur et l'assemblée des Etats qui lui refuse le vote du budget. Finalement un règlement permettant de prélever les impôts est adopté par le gouvernement en violation de la constitution, ce qui est dénoncé par l'administration, les tribunaux et bien sûr l'assemblée des Etats. Le Prince de Hesse fait alors appel à l'art.2 des mesures de 1832 précitées pour déclarer l'état de guerre, et demande à la Diète fédérale son aide qui l'accepte. L'intervention ne s'est pas limitée à rétablir l'ordre constitutionnel antérieur en maîtrisant la résistance en Hesse, elle a abouti à l'octroi d'une nouvelle constitution en 1852<sup>926</sup>, alors qu'en principe cela ne faisait pas partie des moyens à dispositions dans le cadre d'une intervention fédérale. Si certaines dispositions de l'ancienne constitution de l'Etat pouvaient apparaître comme incompatibles avec le principe monarchique affirmé à l'art.57 AFV, seules lesdites dispositions auraient dû faire l'objet d'une modification.

L'opposition démocratique et libérale reprenant de la vigueur demande à partir de 1857 le rétablissement de l'ancienne constitution et l'opinion générale allemande soutient cette position, notamment en Prusse<sup>927</sup>. Devant le risque de retrait de la Prusse de la Confédération, la Diète décide finalement en mai 1862 le rétablissement de l'ancienne constitution et menace le Prince d'une intervention militaire s'il refuse. Ernst Rudolf Huber souligne la difficulté de la justification de cette décision<sup>928</sup>. Il ne pouvait tout d'abord s'agir d'une exécution fédérale. En effet, le projet de constitution de 1852 ayant été préparé par les autorités fédérales, il ne pouvait être reproché au Prince d'avoir violé le droit fédéral. Le recours à une intervention fédérale "dépendante" n'était ensuite pas non plus possible puisque le Prince n'avait formulé aucune demande en ce sens. La seule possibilité qui demeurait était celle d'une intervention "autonome", mais elle n'était pas prévue par les textes.

L'art.26 AFV de 1820 prévoyait par ailleurs l'intervention fédérale sur demande du gouvernement de l'Etat membre sauf si ce dernier est empêché de procéder à une telle demande. En théorie, l'art.61 AFV excluait toute intervention en dehors des cas prévus à l'art.26 ou du cadre de l'art.60 AFV. En pratique s'il n'y avait pas de problème quand le gouvernement tombait entre les mains de révolutionnaires ou qu'il se trouvait sous leur pression, il pouvait y avoir une opposition si le gouvernement estimait qu'il n'existait pas de danger ou qu'il était en mesure de faire face aux troubles alors que la Diète pensait le contraire. Et dans ce second cas, la Diète pouvait décider d'intervenir, suivant le principe de l'intervention autonome, car il n'y avait en effet aucun contrôle juridictionnel permettant de vérifier le bien-fondé de l'intervention<sup>929</sup>.

Le risque d'une intervention non justifiée était plus important dans le cas d'Etats plus faibles, comme l'illustre l'intervention dans la ville libre de Francfort en avril 1833<sup>930</sup>. Des manifestations de groupes d'étudiants lui faisant craindre le début d'une révolution, et devant l'inefficacité des policiers de Francfort, la Diète fédérale décide d'envoyer des troupes malgré l'absence de demande des autorités de la ville, arguant de son empêchement alors qu'aucun élément ne permettait une telle conclusion. Les autorités protestent sans succès. Ernst Rudolf Huber indique que l'intervention s'expliquait par le risque pour la sécurité de la Confédération, le but des manifestations étant en réalité le renversement du pacte fédératif. Mais il poursuit que

---

<sup>925</sup> HUBER (E. R.), *Bundesekekution...* (*op.cit.* note 861), pp.27-28.

<sup>926</sup> *Ibid.*, pp.39-40.

<sup>927</sup> *Ibid.*, pp.41-43.

<sup>928</sup> *Ibid.*, pp.44-46.

<sup>929</sup> *Ibid.*, p.1.

<sup>930</sup> Sur cette intervention : *Ibid.*, pp.16-18.



l'intervention trouvait également son fondement dans le rejet des principes démocratiques unitaires et libéraux. Enfin, il relève que l'intervention fédérale n'avait pas de base juridique, compte tenu du principe posé à l'art.61 AFV, et que seule l'exécution fédérale était invocable, arguant de l'action insuffisante des autorités de Francfort pour lutter contre les troubles alors que la sécurité de la Confédération était en jeu. Toutefois Ernst Rudolf Huber précise que la réunion des conditions pour une exécution fédérale n'était pas respectée car celle-ci imposait un principe de proportionnalité plus stricte en raison de l'empiètement important dans le droit des Etats membres qu'elle entraînait, et qu'elle requérait pour être utilisée une violation grave de leurs obligations par les Etats. Par ailleurs, cette procédure longue à mettre en œuvre était inadaptée à une nécessité rapide d'action, à l'exception de la prévention de représailles (Selbsthilfe) de l'art.19 AFV qui permettait une action immédiate. Ces difficultés et la nécessité d'une action rapide expliquent que les autorités fédérales aient recouru à l'intervention fédérale, et que les pactes fédératifs ultérieurs aient prévu une clause permettant d'y recourir en l'absence d'accord du gouvernement de l'Etat concerné quand la sécurité fédérale était en danger.

**271.** Le projet de Constitution de 1849 ajoutait à cette fin une possibilité d'une intervention fédérale "autonome" au §54 al.2 en cas de menace pour la paix commune à l'intérieur de l'Empire. Comme le souligne Ernst Rudolf Huber, ce dernier fondement permettait une totale liberté du pouvoir fédéral pour intervenir même contre la volonté du gouvernement de l'Etat concerné, et constituait ainsi un facteur important de centralisation<sup>931</sup>.

La possibilité d'une intervention fédérale autonome a été reprise par les Constitutions de la Confédération du Nord et de 1871 (art.68 RV (68 CCN)) qui confère le pouvoir à l'Empereur de déclarer l'état de guerre quand la sécurité publique sur le territoire impérial est menacée. Ce n'est donc plus l'organe représentant les Etats qui le décide, ce qui est, comme le souligne Ernst Rudolf Huber, un élément de recul dans le respect de l'autonomie des Etats<sup>932</sup>, les pouvoirs d'exception du Président sous Weimar prévus à l'art.48§2 constituant le parachèvement du caractère centralisateur de ce pouvoir<sup>933</sup>. Cette procédure n'a en effet alors plus rien à voir avec l'intervention fédérale telle qu'elle était conçue sous la Confédération germanique, c'est une procédure d'urgence visant à assurer la sécurité et l'ordre public sur l'ensemble du territoire de l'Empire<sup>934</sup>.

Sous la Loi fondamentale enfin, l'art.91§1 LF reprend une procédure d'intervention fédérale avec la possibilité de prendre des mesures de police<sup>935</sup> pour écarter un péril menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land. Elle redonne toutefois du poids aux Länder dans le processus décisionnel puisque le Bundesrat a le pouvoir à tout moment d'exiger de mettre fin à une intervention sur la base de l'art.91§2 LF<sup>936</sup>.

## **b) Le cas suisse**

**272.** Il est possible, comme le souligne Olivier Beaud, de rapprocher l'action de défense du principe monarchique menée par la Confédération germanique face aux tentatives de révoltes libérales dans les Etats de l'action de la Confédération helvétique contre les cantons conservateurs en faveur du système républicain démocratique<sup>937</sup>.

Concernant les bases juridiques d'action, l'art.4 du Pacte de 1815 prévoyait que si un

---

<sup>931</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 494), *Bd. II*, p.838. Voir dans le même sens : BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.396.

<sup>932</sup> HUBER (E. R.), *Ibid.*

<sup>933</sup> *Ibid.*, p.839.

<sup>934</sup> *Ibid.*, p.12.

<sup>935</sup> L'absence de recours à l'armée à l'intérieur du territoire allemand a été en effet maintenue jusqu'à présent.

<sup>936</sup> Souligné par : HUBER (E. R.), *Ibid.*, pp.12-13.

<sup>937</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.400



canton était menacé de l'intérieur, il pouvait demander l'aide d'autres cantons, et devait dans ce cas informer le canton qui exerçait la direction de la Confédération, et si le danger perdurait, requérir l'aide fédérale auprès de la Diète. L'art.16§1 aCS 1848 (art.16§1 aCS 1874) reprend le même type de dispositif. L'art.16§2 aCS 1848 (art.16§2 aCS 1874) prévoit en outre la possibilité d'une intervention fédérale quand le gouvernement du canton est hors d'état d'invoquer le secours, pose même une obligation d'intervention fédérale si les troubles menacent la sûreté de la Suisse. On retrouve dans la doctrine suisse la critique du risque potentiel de détournement partisan de ce dernier fondement d'intervention fédérale, autonome, les auteurs estimant que dans le cas d'une atteinte à la clause d'homogénéité fédérale il serait toujours possible de recourir à l'exécution fédérale<sup>938</sup>.

Dans le cadre de la Constitution de 1999, l'art.52§2 CS précise désormais simplement que la Confédération "*intervient lorsque l'ordre est troublé ou menacé dans un canton et que celui-ci n'est pas en mesure de le préserver, seul ou avec l'aide d'autres cantons*"<sup>939</sup>. Ulrich Häfelin et Walter Haller estiment que les mesures à prendre dans ce cadre sont du ressort de l'autorité compétente, mais qu'elles doivent respecter le principe de proportionnalité<sup>940</sup>. Dans le cas où le recours à un commissaire est nécessaire, il est précisé qu'il est choisi par le Conseil fédéral (art.187§1 c CS) dont il est alors le représentant. Il peut alors prendre toutes les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre. Jean-François Aubert souligne par ailleurs que la possibilité de recours à l'armée, déduite de la lecture combinée des art.185§4 et 173§1 d) CS, est encadrée<sup>941</sup>. Enfin, pour justifier une telle intervention, il faut un trouble grave de l'ordre constitutionnel et non un simple trouble de l'ordre public qui relève du pouvoir de police. A cet égard, Jean-François Aubert souligne par exemple que de simples heurts autour d'un stade de football ne suffiraient pas pour une telle intervention, mais qu'il faudrait que les troubles "*enflamm[ent] toute une partie du canton et paralyse le fonctionnement même des institutions*"<sup>942</sup>.

Une intervention fédérale a eu lieu en mars 1848 sur la base du pacte de 1815, la constitution de 1848 n'étant pas encore entrée en vigueur, dans le canton de Neuchâtel contre un soulèvement royaliste<sup>943</sup>. Depuis 1848, il y a eu dix interventions<sup>944</sup>, dont la moitié ont eu lieu pour moitié dans le canton du Tessin en raison des conflits importants entre les conservateurs et les libéraux<sup>945</sup>. Dans ce cas les actions sont plutôt favorables aux libéraux, nous signalerons seulement les plus intéressantes pour nos développements. Face aux tensions à l'approche de l'élection du parlement cantonale de 1889 et par crainte de heurts, le Conseil fédéral décide d'envoyer préventivement un commissaire, alors que le gouvernement du Tessin estimait qu'aucune intervention fédérale n'était nécessaire pour maintenir l'ordre<sup>946</sup>. Des troupes sont ensuite envoyées sur demande du commissaire, là encore contre l'avis du gouvernement. Enfin, affirmant que l'intervention fédérale avait pour conséquence la prise de décision au niveau

<sup>938</sup> Cf. sur ce point : MÜLLER (R.), *Innere Sicherheit...* (op.cit. note 907), pp.35-37.

<sup>939</sup> Souligné en jugeant que cela revient finalement au même par : AUBERT (J.-F.), Art.52 CS, in : AUBERT (J.-F.), MAHON (P.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich, 2003, p.442.

<sup>940</sup> HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches...* (op.cit. note 898), p.296.

<sup>941</sup> Voir pour des précisions : AUBERT (J.-F.), Art.52 CS (op.cit. note 939), p.442.

<sup>942</sup> *Ibid.*, p.441. Voir pour des précisions sur les troubles potentiellement visés : MÜLLER (R.), *Innere Sicherheit...* (op.cit. note 907), pp.31-32 ; GNEHM (W.), *Das eidgenössische Interventionsrecht*, Druck von J. Leemann, 1912, pp.20 et s. Reto Patrick MÜLLER souligne en outre que les moyens militaires, qui sont utilisés par les autorités fédérales en l'absence de police fédérale, ne seraient de toute façon pas adaptés pour des problèmes classiques de troubles à l'ordre public (*Ibid.*, p.32).

<sup>943</sup> MÜLLER (R. P.), *Ibid.*, p.104.

<sup>944</sup> AUBERT (J.-F.), Art.52 CS (op.cit. note 939), pp.442-443.

<sup>945</sup> MÜLLER (R.), *Innere Sicherheit...* (op.cit. note 907), p.134.

<sup>946</sup> *Ibid.*, pp.140-142.



cantonal par les autorités fédérales, le commissaire demande au gouvernement de libérer un suspect dans le meurtre d'un ancien membre conservateur du parlement cantonal qu'ils venaient d'emprisonner. Se heurtant à un refus, il fait alors procéder à sa libération avec l'aide des troupes fédérales. La conformité à la Constitution fédérale, et notamment au principe de fidélité fédérale, de cette intervention a été vivement contestée et constituait dans tous les cas une limitation très importante de l'autonomie cantonale aussi bien par le caractère préventif de la décision des autorités fédérales, puisqu'il n'existait pas encore de troubles, que par le recours à la force par le commissaire qui apparaissait disproportionné<sup>947</sup>. Le stade suprême du conflit est atteint en 1890, quand une révolution libérale contre le gouvernement conservateur éclate et que le canton est au bord de la guerre civile. Le gouvernement demande son aide au Conseil fédéral<sup>948</sup> qui mandate un commissaire pour prendre la direction du pouvoir dans le canton avec le soutien de troupes fédérales. Une révision totale de la constitution du Tessin est organisée qui met en place notamment un système de représentation proportionnelle au gouvernement cantonal.

Il est possible de voir dans une autre intervention un exemple de la difficulté qu'il peut y avoir parfois à différencier intervention fédérale et exécution fédérale<sup>949</sup>. En 1856, une contre révolution est organisée par des soutiens du Roi de Prusse dans le canton de Neuchâtel, elle parvient à capturer son gouvernement. L'Assemblée fédérale décide de nommer deux commissaires chargés de la direction des affaires et d'intervenir militairement pour empêcher une guerre civile avec les forces républicaines du canton, mais aussi dans le but de faire respecter la clause d'homogénéité fédérale qui impose un régime politique républicain.

Enfin, nous citerons la dernière intervention fédérale qui par son dénouement sanglant a fait réfléchir à l'utilisation du moyen militaire. Elle a eu lieu dans le canton de Genève en 1932 sur demande de son gouvernement qui ne se voyait plus en mesure d'assurer l'ordre public face aux manifestations des fascistes et des communistes<sup>950</sup>. Le Conseil fédéral a envoyé des soldats peu expérimentés et non préparés à gérer des masses de manifestants. Ces derniers ont été acculés à tirer pour se défendre alors qu'ils étaient débordés par une foule importante de manifestants opposant l'extrême droite et l'extrême gauche, tuant plusieurs personnes et en blessant de très nombreuses autres.

### c) Le cas américain

**273.** Un tel pouvoir d'intervention fédérale est également prévu dans le cas américain dans la Constitution de 1787, alors que celle-ci ne comprend pas de pouvoir d'exécution fédérale, à la différence pactes fédératifs suisses et allemands dont nous avons vu qu'ils incluaient les deux procédures.

**274.** Madison soulignait qu'il devait y avoir la possibilité d'une intervention fédérale pour aider à lutter "*contre toute violence domestique*" à la demande des autorités de l'Etat. Il concédait que ce pouvoir pouvait au premier abord apparaître comme contraire aux principes républicains, mais il poursuivait qu' "*il [était] certaines parties des Constitutions des Etats qui [étaient] tellement liées à la Constitution fédérale, qu'il [était] impossible de frapper violemment l'une sans blesser l'autre*"<sup>951</sup>. La Constitution de 1787 prévoit un tel pouvoir d'intervention à la demande du parlement de l'Etat, ou de son exécutif en cas d'empêchement du parlement, afin de

---

<sup>947</sup> *Ibid.*, p.141.

<sup>948</sup> *Ibid.*, pp.143-146.

<sup>949</sup> *Ibid.*, pp.104-105. Le Roi de Prusse qui s'était contenté de ne pas intervenir en 1848 face à la mise en place d'institutions républicaines, renonce, après avoir songé à intervenir militairement en 1856, à sa domination sur ce canton (*Ibid.*, pp.105-106).

<sup>950</sup> Sur cette intervention : HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches...*(*op.cit.* note 898), 2001, p.297 ; MÜLLER (R.), *Innere Sicherheit...*(*op.cit.* note 907), pp.261-263.

<sup>951</sup> MADISON (J.), in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (*op.cit.* note 523), pp.361-362.

lutter "contre toute violence intérieure" (art.IV sect.4).

Olivier Beaud cite la "rébellion Dorr" comme exemple d'intervention fédérale aux Etats-Unis et du problème potentiel posé sur l'autonomie des Etats par son utilisation à des fins d'homogénéité<sup>952</sup>. Des citoyens de l'Etat du Rhode Island menés par Thomas Dorr demandaient une nouvelle constitution. Deux conventions sont finalement mises en place, l'une représentant le gouvernement officiel de l'Etat, l'autre les citoyens sous la houlette de Dorr. Les projets des deux conventions sont soumis au peuple de l'Etat qui se prononce en faveur du second en 1841. Les partisans du gouvernement vaincus ne voulant pas reconnaître ce vote invoquent alors l'illégalité de l'adoption de cette nouvelle constitution et reçoivent le soutien des autorités de l'Etat, et le gouverneur demande au Président des Etats-Unis d'intervenir pour l'aider à rétablir l'ordre public au nom de la défense des principes républicains. Celui-ci répondit positivement en envoyant la milice fédérale. Une pétition de la minorité au parlement du Rhode Island est transmise à la Chambre des représentants demandant une enquête sur la validité de l'intervention fédérale. La commission mise en place produit alors deux rapports. L'un adopté par la majorité de la commission souligne que l'adoption de la nouvelle constitution s'était déroulée régulièrement et que les émeutes n'avaient eu lieu qu'ultérieurement, et soulignait en outre le danger au regard du principe d'indépendance de l'Etat membre de laisser aux autorités fédérales le soin de déterminer ce qui constituait une forme républicaine de gouvernement. Toutefois, c'est l'autre rapport, minoritaire au sein de la commission, qui est repris par la Chambre des représentants. Il conclut qu'il y avait bien eu rébellion contre les autorités de l'Etat et que la procédure suivie pour l'adoption de la constitution ne respectait pas les standards correspondant aux principes républicains. La Cour suprême également saisie de la question s'est quant à elle déclarée incompétente dans une décision *Luther v. Borden*<sup>953</sup> de 1849 en invoquant sa doctrine des questions politiques<sup>954</sup>.

### **3) Une insuffisance des moyens de garantie existant au sein de l'Union européenne ?**

**275.** La pratique des unions fédérales a permis de montrer que les recours à l'intervention ou l'exécution fédérale s'étaient traduits par une diminution importante de l'autonomie des Etats membres. Néanmoins ils sont parfois également présentés comme des outils permettant la garantie de l'homogénéité fédérale et de l'autorité fédérale.

Les traités européens prévoient une procédure politique de sanction en cas d'atteinte au principe démocratique et aux droits fondamentaux et une procédure de sanctions financières en cas de manquement (a), mais il n'existe aucune possibilité de prendre des mesures de contrainte à l'encontre d'un Etat violant ces éléments d'homogénéité, ni d'intervenir au sein d'un Etat qui le demanderait afin de défendre ces mêmes principes. Se pose ainsi la question de savoir si des moyens complémentaires doivent être mis en place (b).

#### **a) Les possibilités de sanction prévues au sein de l'Union européenne**

**276.** Le projet de traité d'Union européenne du Parlement de 1984 prévoyait dans son art.44 des sanctions en cas de violation grave et persistante des dispositions du traité<sup>955</sup>. Son art.4§4 renvoyait notamment à cette disposition dans le cas de violation grave et persistante du principe

<sup>952</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), pp.371-373.

<sup>953</sup> *Luther v. Borden* 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

<sup>954</sup> Celle-ci avait été dégagée par le juge Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803. Il y indiquait que les "questions qui sont par nature politiques, ou que la Constitution et les lois placent sous l'autorité de l'exécutif, ne peuvent jamais être discutées devant cette Cour" (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), p.170 (cité et traduit par : ZOLLER (E.), *Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'Etat, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t.294, p.102).

<sup>955</sup> Souligné par : TRANCHANT (B.), *Recherches sur le retrait des États de l'Union européenne*, mémoire de DEA de droit communautaire, Bordeaux, 2002, pp.16-18.



démocratique et des droits fondamentaux. Mais en dehors de ce cas, l'art.44 prévoyait des sanctions pour "*tout autre cas de violation*". Les sanctions prévues étaient une suspension de droits résultant de dispositions du traité à l'égard de l'Etat concerné et de ses ressortissants, ainsi qu'une suspension de la participation de cet Etat au Conseil européen et au Conseil des ministres. C'était la Cour de justice qui, à la demande du Parlement ou de la Commission, était compétente pour constater une telle violation, et le Conseil européen qui l'était pour, après avoir entendu l'Etat concerné, prendre des sanctions après l'avis conforme du Parlement européen. Comme le souligne Baptiste Tranchant, la portée du pouvoir d'exclusion était très large puisqu'elle ne distinguait pas l'objet de la violation de la norme européenne, et le rôle de la CJCE pouvait sembler trop important aux Etats<sup>956</sup>.

L'art.7 UE introduit par le Traité d'Amsterdam reprend le même type de sanctions mais pour la violation des seuls principes visés à l'art.6§1 UE, principes démocratique, de respect de l'Etat de droit et des droits fondamentaux. En outre, la Cour n'a pas de compétence pour le constater, l'art.7§1 et §5 énonce en effet que c'est le Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement<sup>957</sup>, sur proposition motivée d'1/3 des États membres, du Parlement européen ou de la Commission, qui peut constater, à l'unanimité de ses membres et après l'avis conforme du Parlement européen, l'existence d'une violation grave et persistante de ces principes. Ses §2 et §4 prévoient qu'une fois ce constat fait, le Conseil à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains droits de l'Etat membre, y compris les droits de vote de son représentant au Conseil, mais que les obligations européennes continuent à s'imposer à ce dernier dans un tel cas. Le Traité de Nice est venu assouplir les conditions de recours à l'art.7 UE. Les Etats ont tiré les conséquences du cas autrichien où l'arrivée au pouvoir de l'extrême droite ne permettait pas de lancer la procédure car il n'existait que des risques de telles atteintes à ces principes. L'art.7§1 UE (7§1 TUE) modifié prévoit la possibilité de constat de "*risque clair de violation grave par un Etat membre*" et l'envoi de recommandations à l'Etat visé par un tel constat. Alexis Vahlas souligne le caractère vague du "*risque clair de violations graves*"<sup>958</sup>, mais il faut indiquer que dans ce cas le Conseil se contente d'adresser des recommandations, seul le constat de violations graves pouvant donner lieu à des sanctions. L'art.7§2 à §6 UE reprend par ailleurs l'ancien art.7§1 à §5 UE. Pour éviter qu'avec la soumission à l'unanimité un Etat ne bloque la constatation, des membres de la Convention pour l'avenir de l'Europe avaient proposé de passer à la majorité des quatre cinquièmes<sup>959</sup>, mais cela n'a pas été repris et le Traité de Lisbonne se contente de remplacer le Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement par le Conseil européen. Les dispositions visées à l'art.7UE ont été reprises à l'art.7 TUE.

La Commission européenne a refusé de préciser "*les moyens, les délais et les critères auxquels elle a et aura recours*" comme le lui demandait un député européen, considérant que "*la nature de l'appréciation requise pour l'activation de la procédure prévue à l'article 7 n'est pas compatible avec la prédétermination de modalités et de critères précis*"<sup>960</sup>. Ce qui pourrait constituer un risque de violation au sens de l'art.7§1 TUE reste donc vague. On en voit un exemple en 2003. Le Premier Ministre Tony Blair avait déclaré que pour réduire les demandes d'asile au RU, "*la renonciation aux engagements qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme (notamment de son article 3) ou la révocation de la Convention constitu[ai]ent des pistes sérieuses*". Une députée européenne avait alors demandé à la Commission si une telle déclaration pouvait donner lieu à une proposition de constat de risque

<sup>956</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>957</sup> Tous les votes dans le cadre de cette procédure se déroulent sans que l'Etat concerné n'y prenne part.

<sup>958</sup> VAHLAS (A.), *Appartenance...*(*op.cit.* note 658), p.256.

<sup>959</sup> Proposition d'amendement à l'Article 45 para 2 et 6, partie I de la Constitution soutenus par les conventionnels Berger, Van Lancker, Duhamel, Fayot, Mcavan, Marinho, Berès, Carnero, Paciotti, Thorning-Schmidt : <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/45/art%2045%20BergerEN.pdf>.

<sup>960</sup> JOUE, n°C 303<sup>E</sup> du 24 octobre 2000, p.190 (cité par VAHLAS (A.), *Appartenance...*(*op.cit.* note 658), p.260).



de violation des principes de l'art.6§1 UE. La Commission a répondu que la question était pertinente compte tenu du rôle conféré à la CEDH par l'art.6§1 UE et par la jurisprudence de la CJCE, mais elle a ajouté qu'elle attendait de voir comment évoluait la situation avant de prendre position<sup>961</sup>.

Olivier Beaud estime qu'en cas d'application de la procédure de l'art.7 TUE on se rapprocherait du droit d'exécution fédérale<sup>962</sup>. Il souligne le caractère intrusif dans les affaires intérieures à un Etats membre d'une telle intervention, et craint que son utilisation soit alors "*une épreuve de vérité pour la cohésion*" de l'Union européenne à l'issue très incertaine. S'il est certain qu'une telle utilisation pourrait potentiellement conduire l'Etat concerné à se retirer de l'UE, une telle procédure apparaît cependant comme un moyen utile pour assurer l'homogénéité au sein de l'UE, homogénéité qui est nécessaire à sa stabilité. Le problème vient plutôt de l'objectivité du mécanisme pour le mettre en œuvre en l'absence de constatation préalable par une juridiction européenne d'une violation des principes de l'art.2 TUE (6§1 UE). Le Traité de Nice avait donné compétence à la CJCE, mais uniquement pour connaître des prescriptions de procédure contenues à l'art.7 UE sur demande de l'Etat concerné par ladite procédure, à l'art.46 e) UE et l'art.269 TFUE se contente de reprendre cette disposition. Alexis Vahlas relève à juste titre qu'on aurait pu attendre de l'Union comme Communauté de droit qu'elle associe la Cour de justice par le biais du manquement ou la CEDH par le biais du recours interétatique ; il souligne notamment le problème de compatibilité avec une décision de la CEDH concernant le même Etat qui ne conclurait pas dans le même sens que le Conseil européen<sup>963</sup>. Par ailleurs, comme le relève le même auteur, des problèmes se posent au regard des droits de la défense puisqu'il n'existe pas de recours contre la constatation d'une violation des principes de l'art.2 TUE, en dépit des lourdes conséquences sur les droits de l'Etat concerné<sup>964</sup>. Il est simplement prévu que ce dernier est entendu avant la prise de décision, et que l'initiative de la constatation doit être motivée.

Afin d'illustrer la difficulté de sanctions d'un Etat en l'absence de condamnation de la part de la CJCE ou de la CEDH, Alexis Vahlas rappelle que des sanctions bilatérales avaient été prises en février 2000 par chacun des quatorze Etats membres envers l'Autriche suite à la participation du parti d'extrême droite FPÖ au gouvernement fédéral, mais qu'elles n'avaient pas produit d'effet et avaient été levées dès septembre de la même année suite à la conclusion au respect par le gouvernement autrichien des valeurs communes européennes dans le rapport d'un comité qui avait été mis en place pour étudier la situation<sup>965</sup>.

Un autre exemple d'enquête sur la base de l'art.7 TUE concerne le transport et la détention sur le territoire et avec l'aide de certains Etats européens par l'agence de renseignement américaine (CIA) de personnes suspectées de terrorisme. Suite à un article de journal, le commissaire européen à la Justice Franco Frattini a déclaré en novembre 2005 que si les faits étaient prouvés, les Etats concernés pourraient faire l'objet d'une suspension de leurs droits de vote conformément à la procédure de l'art.7 UE<sup>966</sup>. Puis une résolution du Parlement européen a

---

<sup>961</sup> Question écrite P-0292/03 posée par Kathalijne Buitenweg (Verts/ALE) à la Commission. Déclaration de Tony Blair du 26 janvier 2003 concernant la Convention européenne des droits de l'homme dans le contexte des articles 6 et 7 du traité UE. JO C 268E du 7.11.2003, p. 88 citée par VAHLAS (A.), *Appartenance...* (*op.cit.* note 658), p.260 note 60.

<sup>962</sup> BEAUD (O.), *La question...* (*op.cit.* note 520), pp.128-129

<sup>963</sup> VAHLAS (A.), *Appartenance...* (*op.cit.* note 658), pp.259-260.

<sup>964</sup> *Ibid.*, p.261.

<sup>965</sup> Les sanctions consistaient en la suspension des relations politiques officielles bilatérales et des soutiens aux candidats autrichiens à des postes de responsabilité dans les organisations internationales, et à la réduction des relations à de simples relations techniques avec les représentants diplomatiques autrichiens. Le comité avait été mis en place sur demande de la présidence portugaise de l'UE, et ses membres désignés par le Président de la CEDH (*Ibid.*, p.262).

<sup>966</sup> CIA/prisons secrètes : l'UE menace, *Le nouvel observateur*, 30.11.05 :

<http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/20051128.OBS6788/cia-prisons-secretes-l-ue-menace.html>.



été adoptée en décembre 2005 dans laquelle celui-ci se dit "*déterminé à ouvrir la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne*" pour le cas où les investigations confirmeraient l'aide apportée par certains Etats européens "*par action ou par omission, à l'accomplissement de tels actes*" par les agents de la CIA<sup>967</sup>. Finalement, il met en place sa propre commission d'enquête en janvier 2006<sup>968</sup>. Une autre commission d'enquête, mise en place au sein du Conseil de l'Europe vise notamment la Roumanie et la Pologne dans un premier rapport de juin 2006<sup>969</sup> et conclut dans un second rapport de juin 2007 que l'existence de centres de détentions en Roumanie et Pologne est établi<sup>970</sup>. Mais plusieurs autres Etats sont également concernés par des enquêtes. Plusieurs résolutions faisant notamment l'état des procédures d'enquête menées au sein des Etats européens et de l'action des autres institutions européennes ont été adoptées depuis. La dernière date de septembre 2012<sup>971</sup>. Il y critique notamment le fait que le Conseil n'ait pas "*reconnu ni condamné l'implication de certains États membres dans le programme de la CIA, alors même que les autorités politiques et judiciaires de ces États membres ont reconnu l'utilisation de l'espace aérien et du territoire de pays européens par la CIA*" (cons. M), et qu'il ait violé le principe de coopération loyale en lui fournissant des informations erronées (pt.22). Il rappelle également l'obligation de coopération loyale de la part des Etats envers l'Union européenne dans cette enquête (pt.9), rappel qui vise notamment certains Etats membres auxquels ils reprochent de ne pas avoir procédé à de véritables enquêtes ou pas assez coopéré avec les institutions européennes.

Les contextes politiques et juridiques en Hongrie et en Roumanie sont enfin à mentionner dans la perspective de l'art.7 TUE. Dans le premier cas, il est fait plusieurs reproches à la révision constitutionnelle d'avril 2011 qui font suite aux critiques à l'encontre d'une loi sur les médias de 2010<sup>972</sup>. Le Parlement européen relève dans une résolution de juillet 2011<sup>973</sup> que de nombreux domaines politiques relevant normalement dans les Etats de la loi ordinaire doivent faire l'objet de lois soumises à une majorité des 2/3, majorité dont dispose actuellement le parti au pouvoir mais qui bloquera les réformes de gouvernement qui lui succéderont (cons.M). Il souligne également, dans une résolution de février 2012<sup>974</sup> une atteinte à l'indépendance de la justice par l'abaissement de l'âge de départ à la retraite et la décision de mettre fin avant terme au mandat du président de la Cour suprême (cons.F et G). La Commission européenne a de son côté ouvert en janvier 2012 une procédure d'infraction à l'encontre de la Hongrie concernant l'indépendance de la banque centrale, la modification de l'âge de départ à la retraite des juges, dont elle a toutefois clôturé le premier volet après avoir reçu satisfaction concernant ses demandes<sup>975</sup>. Dans le cas de la Roumanie, le gouvernement arrivé au pouvoir en avril 2012 s'est

<sup>967</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur l'utilisation présumée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, 15.12.2005, P6\_TA(2005)0529.

<sup>968</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Décision portant constitution d'une commission temporaire sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, 18 janvier 2006, JOUE, n°C 287 E du 24.11.06., p.59.

<sup>969</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe (rapporteur : Dick Marty), Doc.10957, 12 juin 2006, notamment pp.20 et s. : <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc06/fdoc10957.pdf>.

<sup>970</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : second rapport, (rapporteur : Dick Marty), Doc.11302 rév., 11 juin 2007 : <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/fdoc11302.pdf>.

<sup>971</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens: suivi du rapport de la commission TDIP du PE, 11.09.12, (2012/2033(INI)).

<sup>972</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur la loi hongroise sur les médias, 10.03.11 (P7\_TA(2011)0094).

<sup>973</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur la constitution hongroise révisée, 5.07.11 (P7\_TA-PROV(2011)0315).

<sup>974</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur les récents événements politiques en Hongrie, 16.02.12 (2012/2511(RSP)).

<sup>975</sup> <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2012/04/comm-hu/index.html>.



vu reprocher une limitation importante des pouvoirs de la Cour constitutionnelle, cette dernière a indiqué début juillet 2012 que "*ces mesures constitu[ai]ent une attaque flagrante contre la Constitution, les règles démocratiques et les principes de droit*" et ajouté avoir alerté en conséquence les institutions européennes<sup>976</sup>. La procédure prévue pour le référendum visant à destituer le Président faisait également l'objet de critique, notamment en raison de la modification du seuil de participation permettant la destitution. Le rapport de la Commission européenne du 18 juillet 2012 sur les progrès concernant les réformes réalisées par la Roumanie depuis son adhésion souligne les doutes sur la compatibilité de plusieurs mesures prises par le gouvernement roumain depuis avril 2012 avec les droits fondamentaux<sup>977</sup>.

**277.** En cas de constatation de manquement au respect d'une décision de manquement, il n'existait pas de possibilité de sanction ce qui en limitait l'effet. Le Traité de Maastricht a introduit une procédure dite de "manquement sur manquement" pour y remédier. L'art.171§2 du traité CE (228§2 CE ; 288§2 TFUE) permet à la Cour d'infliger à l'Etat n'ayant pas respecté sa décision dans le délai imparti le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. La Cour de justice a rendu son premier arrêt de condamnation à une astreinte par jour de retard en 2000<sup>978</sup>. Dans un arrêt *Commission c/ France* de 2005<sup>979</sup>, la Cour a même affirmé la possibilité de cumul des deux sanctions. En plus du paiement d'une astreinte suggérée par la Commission, la Cour a ajouté une somme forfaitaire à l'aune de la persistance de la violation du jugement durant une longue période, depuis 1991, et des intérêts privés et publics en jeu. La Cour a en outre affirmé dans cette affaire que le recours en manquement sur manquement "*doit être considérée comme une procédure judiciaire spéciale d'exécution des arrêts de la Cour, en d'autres termes, comme une voie d'exécution*"<sup>980</sup>. Il est par ailleurs à noter que dans un arrêt *Commission c/ France* du 9 décembre 2008<sup>981</sup>, la Cour de justice montre sa volonté d'éviter que les Etats attendent le dernier moment pour respecter ses décisions en condamnant la France au paiement d'une somme forfaitaire pour non respect d'un arrêt de 2004 qui l'avait condamné en manquement pour non transposition d'une directive alors qu'une loi, qui avait été considérée par la Commission comme une transposition conforme de cette dernière, avait été adoptée cinq mois avant le prononcé de l'arrêt. Enfin, nous relèverons que le Traité de Lisbonne renforce la possibilité de sanction en prévoyant art.260§3 TFUE que la Commission peut, dans le cas où un Etat faisant l'objet d'un recours en manquement ne lui a pas communiqué les mesures qu'il a prises afin de transposer une directive de niveau législatif, demander que la Cour le condamne à payer une somme forfaitaire ou une astreinte. Il n'est donc, dans ce cas, plus besoin d'attendre un nouveau recours, ce qui permet d'exercer une pression plus efficace, d'éviter que les Etats ne cherchent à gagner du temps. Pour le paiement par contre, l'Union européenne dépend des Etats puisque l'exécution forcée contre les particuliers est régie par la loi de l'Etat d'application en vertu de l'art.299 TFUE (art.256 CE).

## **b) Réflexions sur la nécessité de moyens complémentaires de garantie**

**278.** Dans le cas où un Etat ne respecterait pas durablement le droit de l'Union européenne, aucune action civile ou militaire dans l'Etat, ni aucune procédure d'exclusion de l'Union

---

<sup>976</sup> Cité par : Roumanie : derrière la destitution du président, la crainte d'une dérive du pouvoir, Le Monde, 11.07.12 :

[http://www.lemonde.fr/europe/article/2012/07/11/roumanie-derriere-la-destitution-du-president-la-crainte-d-une-dérive-du-pouvoir\\_1732159\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2012/07/11/roumanie-derriere-la-destitution-du-president-la-crainte-d-une-dérive-du-pouvoir_1732159_3214.html).

<sup>977</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Rapport sur les progrès réalisés par la Roumanie au titre du mécanisme de coopération et de vérification, 18.07.12, COM(2012) 410 final, pp.2-3.

<sup>978</sup> CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff.C-387/97, Rec.2000 p. I-5047.

<sup>979</sup> CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff.C-304/02, Rec.2005 p. I-6263.

<sup>980</sup> *Ibid.*, pt.92.

<sup>981</sup> CJCE, 9 décembre 2008, *Commission c/ France*, aff.C-121/07, Rec.2008 p.I-9159.



européenne n'est possible, mais l'utilité de l'introduction de ces mécanismes dans le cadre européen peut être débattu.

**279.** Madison justifie l'habilitation des autorités fédérales à intervenir au sein d'un Etat en affirmant que "*plus cette Union est intime et plus chaque membre a d'intérêt aux institutions politiques de tous les autres*" et répond au risque d'un usage abusif de cet outil que les Etats ont toute liberté de choisir la forme concrète de gouvernement, dès l'instant qu'elle reste dans les limites de la forme républicaine<sup>982</sup>. Jellinek voit quant à lui dans l'exécution fédérale une preuve de la garantie de l'autonomie des membres d'un Etat fédéral permettant de justifier leur qualification d'Etat en ce qu'ils ne peuvent pas être exhortés à accomplir leurs obligations par une contrainte civile ou pénale, mais uniquement par le biais de moyens qui se rapprochent de ceux d'une contrainte internationale<sup>983</sup>, même s'il précise que la contrainte ne peut jamais prendre dans ce cadre le caractère d'une guerre. Il ajoute que si la constitution fédérale n'a pas expressément prévu une telle procédure d'exécution, elle sera vue, le cas échéant, comme étant dans la nature des choses au sein d'un Etat fédéral, comme un moyen de garantir l'unité fédérale.

Au contraire de ces auteurs Kelsen critique fortement l'exécution fédérale comme conduisant à remettre en cause la parité fédérative par son absence de réciprocité<sup>984</sup>. Il considère en outre que si une telle procédure doit être conservée, elle ne doit pouvoir s'appliquer que comme application d'une décision juridictionnelle constatant la violation répétée par un membre de ses obligations. Anton Greber rejette dans le même sens ce qu'il considère conduire à une vision hiérarchique entre le niveau fédéral et les Etats, l'utilisation de la violence contre la volonté d'un membre vaut pour lui comme une destruction du pacte et l'exécution fédérale n'est pas pour lui une caractéristique d'une union fédérale mais sa négation car elle détruit sa légitimation<sup>985</sup>. Si ces auteurs ne critiquent ici que l'exécution fédérale, le raisonnement est transposable à l'utilisation de l'intervention fédérale pour la sécurité de la Fédération.

Plusieurs auteurs prennent une position intermédiaire. S'il reconnaît le caractère problématique constitué par son effet centralisateur, Ernst Rudolf Huber considère néanmoins l'exécution fédérale comme un complément indispensable des procédures normatives et juridictionnelles qui se révèlent selon lui insuffisantes pour préserver une union fédérale<sup>986</sup>. Carl Schmitt estime quant à lui l'exécution fédérale compatible avec l'égalité des niveaux fédéral et fédéré impliqué par la Fédération. Il concède une tension entre la recherche par l'Etat qui entre dans un tel système de protection de son indépendance et la limitation de cette dernière par la possibilité d'exécution fédérale en son sein<sup>987</sup>. Mais il la résout en affirmant que "*les ingérences de la fédération dans les affaires de ses membres ne sont [...] pas des ingérences extérieures, et sont politiquement et juridiquement possibles et acceptables parce que la Fédération repose sur une homogénéité substantielle de ses membres*"<sup>988</sup>. Enfin, nous citerons Olivier Beaud qui souligne que "*l'usage de la force entre l'instance fédérale et les instances fédérées est*

<sup>982</sup> MADISON (J.), n°43, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (op.cit. note 523), p.359.

<sup>983</sup> JELLINEK (G.), *Die Lehre...* (op.cit. note 867), p.310. On notera ici une illustration de l'incohérence de sa théorie soulignée en introduction (*supra* sect.II §1). Il voit dans l'exécution fédérale au sein d'un Etat fédéral une preuve au soutien du caractère dérivé des droits étatiques à partir de la constitution fédérale et à l'encontre la doctrine de la souveraineté des Etats (*Ibid.*, p.307). Or, cela devrait le conduire à conclure à une même hiérarchie dans les Confédérations où une telle garantie existe alors qu'il l'explique dans ce cas par l'autolimitation des Etats (*Ibid.*, p.310).

<sup>984</sup> KELSEN (H.), *Die Bundesexekution*, in : *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tubingen, Mohr, 1927, pp.127 et s. Voir *supra* : introduction sect.II §2 A. 3).

<sup>985</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...* (op.cit. note 539), p.235.

<sup>986</sup> HUBER (E. R.), *Bundesexekution...* (op.cit. note 861), pp.7-8.

<sup>987</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...* (op.cit. note 524), pp.517-518.

<sup>988</sup> *Ibid.*, p.524.

*hautement problématique dans une Fédération*", mais justifie leur nécessité par l'objectif de garantie de la sûreté fédérative et leur conformité avec la Fédération en soulignant qu'il s'agit d'un des effets modificatifs sur l'Etat du pacte, d'un des exemples de ce qui est impliqué par le statut d'Etat membre d'une Fédération<sup>989</sup>.

S'il est possible d'argumenter que l'Etat ayant ratifié le pacte a accepté cette possibilité, nous différons de la position d'Ernst Rudolf Huber qui considère que les tentatives de sécessions sont un motif d'exécution fédérale<sup>990</sup>. Nous estimons en effet au contraire que la limite à son utilisation se trouve dans l'impossibilité d'y recourir pour empêcher le retrait d'un Etat membre car une exécution fédérale qui bloquerait un tel retrait conduirait à une transformation de la Fédération en Etat fédéral. Ainsi dans l'exemple de la Confédération germanique, nous considérons que si l'Autriche et ses alliés mandatés par la Diète l'avaient emporté sur la Prusse, et qu'ils avaient forcé cette dernière à rester dans la Confédération, il y aurait eu selon nous passage d'une Fédération à un Etat fédéral.

En dehors de ce cas, la question se pose toutefois de l'égalité des Etats membres devant l'exécution fédérale. Michael Kuschnick estime que ce mécanisme n'est pas applicable aux Etats puissants, relevant que quand l'Autriche l'a formellement mis en marche contre la Prusse il s'est développé une guerre interne et cela a abouti à la fin de la Confédération germanique<sup>991</sup>.

En outre, comme le souligne Ernst Rudolf Huber les exécutions fédérales n'apparaissent respecter complètement le principe de fédéralisme que lorsque la décision d'y recourir et la direction de leur exécution sont entre les mains d'un organe fédératif, à l'instar de la Diète sous la Confédération germanique<sup>992</sup>. Enfin, il ne devrait pouvoir être employé qu'après un constat par une juridiction d'une violation importante des impératifs d'homogénéité fédérale, ou de non respect durable du droit fédéral, à l'instar de ce que proposait Kelsen.

Si l'exécution fédérale peut se justifier au regard de l'impératif d'homogénéité et si sa compatibilité théorique avec la logique d'équilibre du pacte est assurée, et même si les précautions susmentionnées sont prises, il semble difficilement imaginable en l'état actuel que les autorités et les citoyens des Etats membres de l'Union européenne acceptent que les institutions européennes disposent d'un tel pouvoir.

**280.** Concernant l'intervention fédérale, elle n'est dans son versant autonome pour préserver la stabilité de la Fédération qu'un avatar non avoué de l'exécution fédérale dont la transposition dans l'Union européenne ne se pose pas. Quant à l'intervention fédérale sur demande du gouvernement d'un l'Etat, moyen indirect d'assurer sa stabilité en aidant l'ordre public au sein d'un Etat membre à être rétablie qui peut en outre apparaître comme une expression de la solidarité interne à une Fédération, elle pose des problèmes qui n'existent pas par rapport à une aide policière, ou militaire apportée en cas d'atteinte ou de risque d'atteinte à la sécurité d'un Etat provenant de l'extérieur. Un problème de légitimité peut en effet se poser, comme nous l'avons vu avec l'exemple de la rébellion Dorr aux Etats-Unis.

**281.** En cas de violation importante et durable du pacte à laquelle d'autres moyens n'ont pas réussi à mettre fin, un pouvoir d'exclusion pourrait apparaître comme une alternative plus acceptable pour les Etats membres de l'Union européenne<sup>993</sup>.

A la différence du retrait, un tel pouvoir ne peut être considéré comme implicite. Pour

---

<sup>989</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 618), p.274, p.299 et p.301.

<sup>990</sup> HUBER (E. R.), *Bundesekektion...*(*op.cit.* note 861), p.7.

<sup>991</sup> KUSCHNICK (M.), *Integration in Staatenverbindungen. Vom 19. Jahrhundert bis zur EU nach dem Vertrag von Amsterdam*, éd. Walter de Gruyter, p.19. Voir dans le même sens : HUBER (E. R.), *Ibid.*, p.46.

<sup>992</sup> HUBER (E. R.), *Ibid.*, pp.7-8.

<sup>993</sup> En ce sens : CALLIES (C.), *Kommentar zu Art.I-60*, in : CALLIES (C.), RUFFERT (M.), *Verfassung der Europäischen Union*, Beck, 2006, p.636.



cette raison, Robert Badinter proposait à l'art.79 de son projet de Constitution d'inclure une clause d'exclusion en cas de violation persistante des droits fondamentaux, du principe démocratique, de la coopération loyale. De même, une procédure d'exclusion avait été soutenue selon différentes modalités par des membres de la Convention pour l'avenir de l'Europe. Un premier visait à ce que les Etats membres puissent décider à l'unanimité d'exclure un Etat à la suite du constat par la CEDH d'une violation persistante par ce dernier des droits européens fondamentaux<sup>994</sup>. Un autre amendement visait la possibilité pour le Conseil européen, un an après une décision ayant sanctionné un Etat pour violation de façon persistante et sérieuse des valeurs de l'UE ou pour exercice abusif du droit de retrait, de décider à la majorité qualifiée avec l'approbation du Parlement européen l'expulsion de l'Etat en cause<sup>995</sup>. Certes aucune des unions fédérales étudiées ne prévoit de sanction se traduisant par une exclusion, seules les organisations internationales prévoient un tel cas, mais il pourrait être invoqué que ce pouvoir potentiel est plus respectueux de l'autonomie des Etats que le pouvoir d'exécution fédérale.

Certains auteurs considèrent que dans le cas de "*circonstances extrêmes*" il est possible de justifier une exclusion même s'il n'est pas prévu dans les actes fondateurs, sur la base du principe de droit international *rebus sic stantibus*<sup>996</sup>. Detmar Doering soutient également une telle possibilité dans le cadre d'un Etat fédéral. Il donne un exemple d'exclusion au sein d'un Etat fédéral, l'Etat fédéral de Malaisie, qui créé en 1963, a poussé Singapour à prendre son indépendance en 1965 en raison de reproches de discriminations et d'exploitation d'une partie de la population, majoritaire dans le reste de l'Etat et minoritaire à Singapour, par le biais de moyens politiques. Il estime par ailleurs possible d'interpréter l'exclusion comme une sécession de la plus grande partie du territoire et de la population<sup>997</sup>. Alexis Vahlas fait quant à lui le parallélisme avec l'admission au soutien d'une procédure d'exclusion, l'Etat ne respectant plus les conditions posées à l'adhésion n'ayant plus de justification d'être conservé comme membre<sup>998</sup>. Ce parallèle suppose de considérer que les Etats sont dans la même situation avant et après l'entrée dans l'Union européenne, or nous avons indiqué que l'appartenance à une Fédération entraînait des conséquences importantes sur les Etats qui en devenaient membres. Par contre, un pouvoir d'exclusion pourrait apparaître justifié en l'absence d'un pouvoir d'exécution fédérale comme moyen ultime de protection de la stabilité de la Fédération. Contrairement à l'interdiction d'un retrait, une exclusion ne porte pas atteinte à l'intégrité de l'Etat membre. Il serait possible de prévoir un encadrement très strict avec condition d'une violation durable du droit de l'Union européenne constatée par plusieurs arrêts de la CJUE, ainsi qu'un pouvoir de contrôle de cette même Cour concernant la décision d'exclusion.

### ***§3. L'obligation de fidélité fédérale, moyen de cohésion de la Fédération***

**282.** Un dernier facteur doit être évoqué comme moyen d'assurer la cohésion au sein de la Fédération, le principe de fidélité fédérale, ou son équivalent au niveau européen, le principe de

---

<sup>994</sup> Suggestion for amendment of Article : Title 10 art. 43, 44, 45, 46, by Bonde, Heathcoat-Amory, Seppänen, Zahradil :

<http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/art46bondeEN.pdf>.

<sup>995</sup> Suggestion for amendment of Article I-59 by Brok, Szajer, Akcam, Van Der Linden, Lamassoure, Brejc, Demetriou, Figel, Liepina, Santer, Kelam, Kroupa, Tajani, Almeida, Garrett, Altmaier, Kauppi, Lennmarker, Maij-Weggen, Rack, Vilen.

[http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/46\\_Art%20I%2059%20Brok%20EN.pdf](http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/46_Art%20I%2059%20Brok%20EN.pdf) . Voir *infra* sur la question du droit de l'exclusion comme contrepoids au droit de retrait : cf. partie I chap.II sect.III §2 A 2) d).

<sup>996</sup> Cf. par exemple en ce sens : LOUIS (J.-V.), Le droit de retrait de l'Union européenne, *CDE*, 2006, n°3-4, p.302.

<sup>997</sup> DOERING (D.), Friedlicher Austritt - Braucht die Europäische Union ein Sezessionsrecht?, Centre for the New Europe, Juin 2002, p.10 note 5.

<sup>998</sup> VAHLAS (A.), Appartenance...(*op.cit.* note 658), p.255.

coopération loyale. Ce principe permet, par son élasticité, de donner des réponses adaptées aux nécessités, là où le droit fédéral ne peut pas toujours prévoir toutes les circonstances particulières<sup>999</sup>. Il est particulièrement essentiel au sein d'une Fédération ne suivant pas le modèle dualiste comme c'est le cas de l'Union européenne.

La fidélité fédérale correspond à la confiance mutuelle qui doit exister entre les Etats membres qui ont conclu le pacte fédératif<sup>1000</sup>. Il ne s'agit pas d'un critère de validité du pacte, mais d'un élément essentiel à sa mise en œuvre effective, nécessaire pour réduire les risques de conflits entre les Etats membres<sup>1001</sup>. Un système fédéral ne peut fonctionner que s'il inclut un tel principe qui oblige les membres et les autorités fédérales à ne pas poursuivre leurs buts de manière égoïste mais au contraire à rechercher le compromis et à tenir compte des intérêts de l'autre<sup>1002</sup>. Marc Blanquet le résume en énonçant que l'obligation de fidélité fédérale est une obligation des Etats membres et du niveau fédéral "*envers le principe même de leur union, de leur Fédération, de leur organisation commune, en bref du système fédéral*", et que "*si sont condamnés des attitudes ou des agissements d'un Etat membre vis-à-vis d'un autre Etat membre ou vis-à-vis des l'Union, c'est parce que ce comportement, cette décision porte atteinte au fonctionnement même de l'ensemble articulé constituant la Fédération*"<sup>1003</sup>.

Un tel principe participe à la garantie, existentielle dans une Fédération, de l'égalité des niveaux fédéral et se retrouve dans tous les systèmes fédéraux même s'il n'est pas explicitement dégagé en tant que principe général. Outre la différence globale entre les Fédérations reposant sur un fédéralisme dualiste et celles caractérisées par un fédéralisme coopératif, pour lesquelles la fidélité fédérale joue un rôle plus important, des différences propres au niveau d'intégration et à la doctrine économique dominant la Fédération peuvent être notées. Enfin concernant ensuite son utilisation devant les juridictions fédérales, nous relèverons que la réponse est fonction de la place du juge dans le règlement des conflits entre niveaux fédéral et fédéré. Ainsi, en Suisse, son rôle reste limité en l'absence d'un pouvoir d'écarter des lois fédérales pour inconstitutionnalité.

Par ailleurs il faut souligner que le principe de fidélité fédérale continue à s'appliquer dans le cadre d'un Etat fédéral, exemple des restes de la Fédération antérieure dans les unions fédérales par agrégation. Ainsi, si le principe est différent dans son expression de celui du XIX<sup>e</sup> siècle en Allemagne, en raison de l'évolution de la nature juridique de Fédération à Etat fédéral, il conserve un rôle important dans le droit allemand contemporain, ce qui permet de justifier son étude à titre de comparaison avec le principe de coopération loyale dans l'Union européenne.

Les deux niveaux sont très interdépendants dans l'Union européenne tout comme dans le système allemand ou suisse, par opposition à ce qui est le cas américain, donnant une importance moins grande à la fidélité fédérale dans ce dernier cas<sup>1004</sup>. Si aucun principe général de fidélité fédérale n'existe en tant que tel aux EU, les obligations qu'il implique s'y retrouvent néanmoins. Nous les présenterons rapidement, les jurisprudences évoquées faisant pour la plupart l'objet de plus long développement dans le cadre de l'étude de la garantie de l'équilibre

---

<sup>999</sup> SMEND (R.), *Ungeschriebenes...*(*op.cit.* note 1042), p.55.

<sup>1000</sup> En ce sens : GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 539), p.175.

<sup>1001</sup> *Ibid.*, pp.175-176.

<sup>1002</sup> BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue*, Tübingen, Mohr, 1961, p.43 le souligne pour l'Etat fédéral qu'il assimile à la Fédération de Schmitt, et pour la Confédération (*Ibid.*, p.45). De même, la Cour constitutionnel a affirmé qu' "*un Etat fédéral ne peut exister que si Bund et Länder font attention, dans leurs rapports mutuels, à ce que la mesure dans laquelle ils peuvent exercer les compétences existant formellement soit dictée par un respect réciproque*" (BVerfGE 4, 115 (pp.141 et s., pt.78)).

<sup>1003</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.379.

<sup>1004</sup> En ce sens : LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue als allgemeines Rechtsprinzip : ein Vergleich zur Bundestreue im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1992, p.149.



des compétences<sup>1005</sup>. Puis nous ferons un développement plus conséquent des contextes allemand (A) et suisse (B) qui sont des modèles de comparaison plus appropriés pour comprendre le rôle de la coopération loyale, équivalent de la fidélité fédérale dans le contexte européen (C).

### *La fidélité fédérale aux Etats-Unis*

**283.** Patricia Egli relève des dispositions constitutionnelles de la Constitution des EU exprimant le principe de fidélité fédérale, mais souligne qu'au contraire de l'Allemagne et de la Suisse, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas développé de principe général de fidélité fédérale<sup>1006</sup>. Ceci s'explique par la différence de tradition juridique. La Common law ne repose pas sur une logique de principes, elle se caractérise par un traitement au cas par cas des problèmes juridiques. En outre, la pratique jurisprudentielle est marquée par la théorie du fédéralisme dualiste dont la caractéristique est de mettre l'accent sur la séparation stricte des sphères d'action des deux niveaux de gouvernement, ce qui apparaît contradictoire avec le principe de fidélité fédérale qui met l'accent sur les rapports entre les deux niveaux, sur leur interdépendance. Comme le note toutefois Patricia Egli, même pendant les périodes d'application la plus poussée de la théorie du fédéralisme dualiste, il n'y a pu y avoir de séparation absolue des deux niveaux et des formes de coopération ont été requises<sup>1007</sup>.

Des aspects de la fidélité fédérale apparaissent ainsi dans différents passages de la Constitution de 1787 ainsi que dans diverses jurisprudences de la Cour suprême<sup>1008</sup>.

L'art.I sect.10 pose des limites aux Etats dans leur compétence de conclusion de traités afin de tenir compte des intérêts de l'Union américaine qui peuvent être interprétée comme expression de l'obligation de respect mutuel découlant de la fidélité fédérale<sup>1009</sup>. L'art.I sect.10 Cl.1 interdit tout d'abord aux Etats de conclure des alliances ou des unions fédérales. Dans l'arrêt *United States v. California* de 1947, la Cour suprême affirme sur cette base qu'il ne doit pas être porté atteinte par des obligations auxquelles se seraient soumises les Etats par traité aux intérêts fédéraux portant sur le contrôle de la zone maritime et ses ressources<sup>1010</sup>. L'art.I sect.10 Cl.3 interdit ensuite aux Etats de conclure des pactes ou accords sans le consentement du Congrès. Dans l'arrêt *Virginia v. Tennessee*, la Cour précise à son égard que l'accord du Congrès n'est pas nécessaire dans les "domaines pour lesquels les différents Etats s'accordent qu'ils ne concernent en aucune façon les Etats-Unis"<sup>1011</sup>. Elle ajoute qu'il l'est par contre pour tout accord qui aurait un impact sur les pouvoirs des Etats et qui pourrait ainsi porter atteinte aux intérêts fédéraux<sup>1012</sup>.

L'art.IV pose ensuite certaines obligations aux Etats membres qui sont rattachables à la fidélité fédérale<sup>1013</sup>. L'art.IV sect. I prévoit la reconnaissance des jugements des autres Etats, et

<sup>1005</sup> Voir : *infra* partie II chap.I.

<sup>1006</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue : eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Nomos, Baden-Baden, 2010, p.338.

<sup>1007</sup> *Ibid.*, pp.340-341. Voir aussi : GRODZINS (M.), *The American System : A New View of the Government of the United States*, Chicago, éd. Rand McNally, 1966, p.17. L'auteur note que "le système fédéral américain n'a jamais été un système d'activités gouvernementales séparées", qu' "il n'y a jamais de période pendant laquelle il a été possible de mettre un label net fonction fédérale, étatique et locale". Voir également : ELAZAR (D.), *Federal-state collaboration in the Nineteenth-Century United States*, *Political Science*, 1964, vol.79, n°2, p.249. L'auteur écrit que "le fédéralisme aux Etats-Unis, en pratique sinon en en théorie, a traditionnellement été coopératif".

<sup>1008</sup> Cf. en ce sens : BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), pp.375-376.

<sup>1009</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.348-353.

<sup>1010</sup> 332 U. S. 19 (1947) (pp.38 et s.).

<sup>1011</sup> 148 US 503 (1893), p.518.

<sup>1012</sup> *Ibid.*, pp.520 et s.

<sup>1013</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.350. On peut aussi citer en ce sens Olivier BEAUD qui y



l'art.IV Sect.1 Cl.2 pose le principe de remise de personnes fuyant la justice. L'article IV§3 des Articles de la Confédération posait déjà un tel principe de reconnaissance mutuelle des jugements entre Etats membres, mais Madison souligne que cette disposition était trop indéterminée<sup>1014</sup>. Il avait, pour cette raison, demandé lors des débats à la Convention de Philadelphie que le Congrès puisse adopter une loi afin de rendre la nouvelle clause incluse dans la Constitution plus efficace<sup>1015</sup>, et une loi fédérale a été effectivement adoptée en 1790 pour préciser les conditions de la reconnaissance des jugements<sup>1016</sup>. Dans son arrêt *Mills v. Duryee* de 1813<sup>1017</sup>, la Cour suprême énonce sur cette base que le jugement d'un autre Etat doit être considéré comme un jugement interne, rejetant toute interprétation donnant le simple rôle de preuve à ce jugement devant la cour de l'état saisie de son exécution. Nous noterons aussi que l'art.IV sect.I a été interprétée par la Cour dans sa décision *Milwaukee County* de 1935 comme ayant pour but "de modifier le statut des différents Etats comme des souverainetés étrangères indépendantes, libres chacune de ne pas respecter les obligations créées par les lois ou les procédures judiciaires des autres, et de faire d'eux des parties intégrales d'une seule nation"<sup>1018</sup>. L'art.IV sect.4 obligeant les autorités fédérales à garantir une forme de gouvernement républicain dans les Etats et à protéger les Etats membres contre des invasions étrangères, et sur demande des autorités d'un Etat, contre toute violence intérieure, peut aussi être vue comme une application de l'obligation d'assistance issue de la fidélité fédérale, même si comme le souligne Patricia Egli, cette disposition est interprétée par la Cour suprême dans sa décision *Luther v. Borden* de 1849 comme une simple obligation politique<sup>1019</sup>. Elle y énonce qu'il revient au Congrès "de décider quel est le gouvernement officiel dans un Etat [...] et de [juger] de son caractère républicain"<sup>1020</sup>. Elle poursuit qu'il peut transférer au Président la décision concernant l'existence d'une situation suffisamment grave pour que les autorités fédérales apportent leur aide à un Etat au sens de l'art.IV sect.4 et qu'une telle décision du Président ne peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel<sup>1021</sup>.

Plusieurs développements jurisprudentiels de la Cour suprême peuvent également être interprétés comme des expressions de la fidélité fédérale. La jurisprudence dite de la "clause dormante" tout d'abord, qui dégage une interdiction s'imposant aux Etats d'exercer leurs compétences d'une façon qui porterait atteinte à la compétence du Congrès de régler le commerce entre Etats, peut être vue comme une application du respect de l'intérêt fédéral dans

---

voit une manifestation de la transformation de l'Etat par son appartenance à la Fédération, même s'il ne visait pas explicitement ici le principe de fidélité fédérale (*Théorie...*(*op.cit.* note 618), pp.207 et s.).

<sup>1014</sup> MADISON (J.), n°42, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (*op.cit.* note 523), pp.353-354.

<sup>1015</sup> MADISON lors des débats du 29 août 1787 reproduits dans "Article 4, Section 1, Document 4", in : KURLAND (P.) and LERNER (R.) (éd.), *The Founders' Constitution, vol.4*, Liberty Fund, Indianapolis, 2001 : [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a4\\_1s4.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a4_1s4.html). Aussi en ce sens : REYNOLDS (W.), RICHMAN (W.), *The full faith and credit clause. A reference guide to the United States Constitution*, Westport, Praeger publishers, 2005, p.3

<sup>1016</sup> 28 U.S.C. § 1738. Sur les débats et l'introduction de cette loi cf. REYNOLDS (W.), RICHMAN (W.), *Ibid.*, pp.4-7.

<sup>1017</sup> *Mills v. Duryee* 11 US (7 cranch) 481, (1813), p.484. Olivier BEAUD souligne certes que la Cour a pris une position plus proche de la solution traditionnelle internationale dans quelques décisions ultérieures, à l'instar de l'arrêt *D'Arcy v. Ketchum* de 1850 dans lequel elle estime qu'un déduire de la loi de 1790 une obligation de reconnaissance automatique pose problème au regard de règles internationales existant antérieurement (52 US (1 how) 165, (1850) pp.174-176). Mais il y voit une simple manifestation de l'opposition l'harmonisation de la reconnaissance et l'affirmation d'une certaine autonomie des Etats désireux de conserver la compétence d'accepter ou refuser la décision juridictionnelle (*Théorie...*(*op.cit.* note 618), pp.211-212 et p.214).

<sup>1018</sup> *Milwaukee County v. M.E. White Co.*, 296 US 268 (1935), pp.276 et s.

<sup>1019</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.352.

<sup>1020</sup> *Luther v. Borden*, 48 US 1 (1849), p.42.

<sup>1021</sup> *Ibid.*, pp.42 et s.



l'exercice de ses compétences impliquée par la fidélité fédérale<sup>1022</sup>.

La jurisprudence dite des "immunités intergouvernementales" peut aussi apparaître comme une traduction du respect mutuel entre autorités fédérales et fédérées dans l'exercice de leurs compétences imposé par la fidélité fédérale<sup>1023</sup>. La Cour la résume pour le cas de l'exercice du pouvoir d'imposition dans sa décision *Metcalfe & Eddy v. Mitchell* de 1926 en énonçant que "la nature même [du] système constitutionnel [américain] des deux gouvernements souverains implique d'interdire le gouvernement fédéral de taxer les moyens d'action d'un gouvernement étatique, et de la même manière de limiter le pouvoir des Etats d'imposer les moyens d'action du gouvernement fédéral"<sup>1024</sup>. La première expression de cette jurisprudence se trouve dans la décision *McCulloch v. Maryland* de 1819<sup>1025</sup>, où elle était appliquée à un Etat membre, sa première application aux autorités fédérales étant dans sa décision *Collector v. Day* de 1871<sup>1026</sup>.

Une autre expression de la fidélité fédérale se trouve dans l'interdiction posée au Congrès par la Cour suprême de tout usage abusif de ses compétences et de détournement des motifs d'action qui trouve là encore son fondement dans la décision *McCulloch*<sup>1027</sup>. La Cour y énonce que "si, dans l'exécution de ses pouvoirs, le Congrès votait des lois pour la réalisation des objectifs non confiés au gouvernement, ce serait le douloureux devoir de la Cour, si une affaire exigeant une telle décision venait devant elle, de dire qu'une telle loi n'est pas la loi du pays"<sup>1028</sup>. Le contrôle du respect de cette obligation a comme dans les cas précédents évolué en fonction des périodes.

Enfin, la dernière expression de la fidélité fédérale présentée ici concerne les relations entre Etats membres. La Cour impose aux Etats de respecter les engagements qu'ils ont pris les uns envers les autres dans le cadre de traités, même si comme le souligne Patricia Egli les cas de litiges résolus par la Cour suprême sont rares car les Etats préfèrent la voie d'un règlement non juridictionnel<sup>1029</sup>. Dans sa décision *West Virginia ex rel. Dyer v. Sims* de 1951<sup>1030</sup>, la Cour suprême indique par exemple qu'un Etat ne peut se délier de ses obligations envers un autre quand bien même l'approbation du traité constituait une violation de sa constitution<sup>1031</sup>. La Cour impose par ailleurs dans d'autres décisions l'obligation pour un Etat de respecter les intérêts des

<sup>1022</sup> En ce sens EGLI (P.), *Die Bundestreue...* (op.cit. note 1006), pp.354 et s. ; sur cette jurisprudence cf. *infra* : partie II chap. I sect.I §3. A. 2).

<sup>1023</sup> *Ibid.*, pp.380 et s. Vicki JACKSON parle même au sujet de cette jurisprudence d' "analogie américain de la jurisprudence constitutionnelle allemande de la fidélité fédérale" (Narratives of federalism : of continuities and comparative constitutional experience, *Duke Law Journal*, 2001, n°51, p.283).

<sup>1024</sup> *Metcalfe & Eddy v. Mitchell*, 269 US 514 (1926), p.521.

<sup>1025</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat) 316 (1819) ; ZOLLER (E.), *Grands arrêts...* (op.cit. note 479), pp.130 et s. La Cour suprême énonce que "les Etats n'ont aucun droit que ce soit par l'impôt ou autrement, de retarder, d'empêcher, d'entraver, ou de contrôler de quelque manière que ce soit la mise en œuvre des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès pour exécuter les pouvoirs confiés au gouvernement fédéral" (*Ibid.*, p.161).

<sup>1026</sup> *Collector v. Day*, 78 US (11 Wall.) 113 (1871). Elle affirme que si aucune disposition constitutionnelle expresse n'interdit aux autorités fédérales d'imposer des moyens d'actions aux Etats, une telle interdiction est implicitement comprise dans la Constitution (*Ibid.*, p.127).

<sup>1027</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreue...* (op.cit. note 1006), pp.402 et s.

<sup>1028</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts...* (op.cit. note 479), p.150. *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat) 316 (1819), p.423.

<sup>1029</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...* (op.cit. note 1006), p.427.

<sup>1030</sup> *West Virginia ex rel. Dyer v. Sims*, 341 US 22 (1951).

<sup>1031</sup> 341 US 22 (1951), p.28. En l'espèce, l'Etat de Virginia occidentale avait conclu un traité avec sept autres Etats concernant le contrôle de la pollution du fleuve Ohio sur la base duquel avait été établie une commission chargée de prendre des mesures de lutte contre cette pollution et disposant à cet effet de fonds. La cour suprême de cet Etat avait déclaré la décision d'approbation du traité contraire à la constitution de l'Etat en tant qu'elle transférait des pouvoirs de police de l'Etat à d'autres Etats et liait des législatures futures au versement de contribution à la commission créée. (*Ibid.*, p.26).



autres Etats dans l'exercice de ses compétences. Dans l'arrêt *Kansas v. Colorado* de 1907<sup>1032</sup>, la Cour suprême rejette l'argument de l'applicabilité du droit international dans les litiges entre Etats membres, soulignant qu'à travers les différents litiges entre les Etats membres elle a développé une "Common law interétatique" spécifique<sup>1033</sup> qui est la traduction de la prise en compte de la nécessaire adaptation des règles de droit international aux relations entre les Etats membres d'une union fédérale<sup>1034</sup>.

## **A. La fidélité fédérale dans le système fédéral allemand**

**284.** Au contraire des Etats-Unis, l'Allemagne connaît un tel principe général de fidélité fédérale dont on retrouve des traces d'un tel principe dès la Confédération germanique<sup>1035</sup>.

Fidélité fédérale traduit en français l'expression allemande de *Bundestreue*. *Treue* provient du terme indoeuropéen "dru" qui signifie contrat et du mot germanique "triuwa" qui a donné "la trêve" en français. Il signifie le maintien d'un lien sur lequel l'autre peut compter, et présente un rapport étroit avec le "contrat", elle partage en effet avec lui le caractère bilatéral et s'oppose dans tous les cas à une relation hiérarchique d'obéissance<sup>1036</sup>.

Comme le souligne Alfred Kölz, l'expression allemande de *Bundestreue*, littéralement fidélité au Bund, est trompeuse, et l'on devrait parler de *bundesstaatlicher Treuepflicht*, qui se traduirait littéralement par fidélité fédérale<sup>1037</sup>.

Si l'étude de ce principe dans la doctrine et la pratique institutionnelle avant la Loi fondamentale apparaît intéressante au regard de l'Union européenne (1), son étude dans le cadre de cette même Loi fondamentale permet une comparaison dans un contexte plus judiciaire qu'au XIX<sup>e</sup> ou au début du XX<sup>e</sup> siècle, et marqué par l'Etat providence, qui correspond mieux au cadre de l'Union européenne (2).

### ***1) La Bundestreue avant la Loi fondamentale***

**285.** Si des traces ont pu être trouvées antérieurement, à l'instar de l'aide apportée à un Etat membre par les autres en cas d'attaque extérieure ou de troubles intérieurs, c'est véritablement avec l'extension des domaines d'action fédérale impliquées par la Confédération du Nord et le Second Empire que le principe trouve un large terrain d'application (a). Avec la République de Weimar, les obligations qu'il implique font ensuite leur entrée dans l'univers judiciaire avec la compétence de la Cour étatique de l'Empire pour régler les conflits constitutionnels (b).

#### **a) La Bundestreue sous la Confédération du Nord et le Second Empire**

**286.** L'aspect conformité à l'origine conventionnelle de la Constitution de 1871 a été important dans la fondation de la la fidélité fédérale, et le maintien de l'interprétation du Second Empire

---

<sup>1032</sup> *Kansas v. Colorado*, 206 US 46 (1907) : La Cour avait reporté sa décision au fond dans sa décision de 1902 dans l'attente d'avoir tous les éléments pour juger l'affaire.

<sup>1033</sup> 206 US 46 (1907), p.98. En l'espèce, l'Etat du Kansas demandait qu'on limite le droit de l'Etat du Colorado de détourner l'eau du fleuve Arkansas en se fondant sur la Common Law, mais ce dernier rétorquait en invoquant le droit propriété absolu d'un Etat sur toutes les choses se trouvant sur son territoire en vertu du droit international (*Ibid.*, pp.143 et s.).

<sup>1034</sup> Souligné par SCOTT (R. D.), *Kansas v. Colorado revisited*, *The American Journal of International Law*, 1958, n°52, p.437) cité par EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.430 qui rapproche de l'obligation posée dans la décision de la Cour de l'Empire allemand dans l'affaire *Donauversinkung*, cf. *infra*. A 1) b).

<sup>1035</sup> En ce sens : HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 494), *Bd. I*, 1967, p.635, et p.660 ; KOWALSKY (B.), *Die Rechtsgrundlage der Bundestreue*, Blasaditsch, Augsburg, 1970, pp.13 et s.

<sup>1036</sup> Sur éléments voir : BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (*op.cit.* note 1002), pp.45-46.

<sup>1037</sup> KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.165.



allemand comme Fédération de princes (Fürstenbund) jusqu'à la fin de la Constitution de 1871 a contribué à garantir son rôle central pendant toute cette période<sup>1038</sup>. Otto von Bismarck a joué un rôle essentiel à cet égard en affirmant ce principe lors de nombreuses déclarations. On peut ainsi citer un discours du 1<sup>er</sup> avril 1885 dans lequel il énonce que "*l'Empire allemand a un fondement solide dans la fidélité fédérale des princes par le biais de laquelle son avenir est garanti*"<sup>1039</sup>. Mais même avant la mise en place du Second Empire, sous la Confédération du Nord, il est à noter qu'il déclare le 11 mars 1867 que le fondement du rapport de la Prusse aux autres membres de l'union fédérale "*ne [doit] pas être le pouvoir ni des Princes, ni du Peuple*" mais "*la confiance en la fidélité au Pacte (Vertragstreue) de la Prusse, confiance qui ne doit pas être ébranlée tant qu'est respectée la fidélité au pacte*" par les autres partenaires vis-à-vis de la Prusse<sup>1040</sup>.

Le Bundesrat affirme également suivre ce principe. Il indique ainsi notamment partager à l'unanimité la déclaration de la Prusse du 5 avril 1884 en vertu de laquelle "*les gouvernements associés sont décidés sans exception en vertu d'une fidélité inébranlable à préserver les pactes sur lesquels [les] institutions impériales reposent*"<sup>1041</sup>. Son traitement de l'affaire de la succession au trône du Brunswick illustre par ailleurs un cas d'application du principe de fidélité fédérale<sup>1042</sup>. L'héritier de la couronne du Brunswick, un Etat membre de l'Empire, avait des exigences territoriales vis-à-vis de la Prusse, ce qui posait problème pour le maintien de relations pacifiques au sein de l'Empire. Le Bundesrat considérant les intérêts de la Prusse et les intérêts de l'Empire décide le 2 juillet 1885 que son accession au pouvoir serait contraire aux traités d'alliance et à la Constitution impériale. Si Hermann-Wilfried Bayer partage cette analyse, il souligne toutefois le risque d'une utilisation de cet argument pour des raisons partisans, ajoutant que la légitimation d'un gouvernement reposant sur la population d'un Land est si forte en règle générale que l'intérêt du Bund, même fondé sur la Bundestreue doit s'incliner, sous peine de voir les droits d'autodétermination des Länder rognés<sup>1043</sup>.

**287.** La mention de ce principe dépend pendant longtemps de l'interprétation juridique donnée à l'Empire. Max von Seydel qui interprétait le Second Empire allemand comme une Confédération estimait ainsi que les gouvernements des Etats membres en tant que souverains se voyaient imposer une telle obligation de fidélité (Vertragstreue)<sup>1044</sup>. A l'opposé, ceux qui défendaient l'interprétation du Second Empire comme un Etat fédéral estimaient que les rapports contractuels avaient été remplacés par des rapports intraétatiques, les Etats membres étant soumis à l'Empire auquel ils devaient obéissance, et en déduisaient généralement que la

---

<sup>1038</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue : zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*, Tübingen, Mohr, 1992, pp.39-40.

<sup>1039</sup> Ansprache an den Bundesrat vom 1. April 1885, in : POSCHINGER (H. von) (Hrsg.), *Die Ansprachen des Fürsten Bismarck 1848-1894*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1895, p.118 (citée par BAUER (H.), *Ibid.*, p.41).

<sup>1040</sup> Reichstagsrede vom 11.März 1867, in : KOHL (H.) (Hrsg.), *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck, Bd.3 (1866-1868)*, Stuttgart, 1892, p.171 (citée par EGLI (P.), *Ibid.*, p.25 note 26 et par BAUER (H.), *Ibid.*, p.41).

<sup>1041</sup> Erklärung im Bundesrat von 1884 gegen das Programm der deutsch-freisinnigen Partei, in : HIRTH (G.), SEYDEL (M.) (Hrsg.), *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*, München, Hirth Verlag, 1886, p.351.

<sup>1042</sup> Voir en ce sens : SMEND (R.), *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in : *Festgabe für Otto Mayer zum siebenzigsten Geburtstag*, 1916, rééd. in : ID., *Staatsrechtliche... (op.cit. note 571)*, p.48 ; BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue (op.cit. note 1002)*, p.112 ; EGLI (P.), *Die Bundestreue... (op.cit. note 1006)*, pp.29-30 ; TRIEPEL (H.), *Die Reichsaufsicht : Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches*, J. Springer, 1917, p.365 ; ANSCHÜTZ (G.), *Die Reichsexekution*, in : ANSCHÜTZ (G.), THOMA (R.) (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.I*, Tübingen, Mohr, 1930, p.378.

<sup>1043</sup> BAYER (H.-W.), *Ibid.*, p.112-113.

<sup>1044</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue... (op.cit. note 1038)*, p.44.

fidélité fédérale qui était rattachable aux rapports contractuels n'était plus pertinente<sup>1045</sup>.

On trouve certes chez Laband une première approche juridique de ce principe par les tenants d'une interprétation de l'Empire comme Etat fédéral<sup>1046</sup>. Pour lui, c'est une obligation complémentaire pour le Land quand aucune réglementation fédérale ne donne de solution, dans ce cas ce dernier ne doit pas obéissance, il doit seulement tenir compte des intérêts du Bund, s'abstenir de comportements qui les mettraient en danger, donnant l'exemple de la perturbation des relations extérieures de l'Empire<sup>1047</sup>. Mais comme le souligne Patricia Egli, Laband ne fait aucune référence à la pratique constitutionnelle de Bismarck et des Etats membres et fonde l'obligation de fidélité fédérale uniquement sur le pouvoir de surveillance impérial posé art.4 RV<sup>1048</sup>.

Au contraire de la majorité de la doctrine, Heinrich Triepel se penche sur la réalité constitutionnelle. Il tient compte des références faites par Bismarck et les gouvernements des Etats membres au fondement conventionnel de l'Empire. Il ne lui reconnaît certes qu'une signification politique, comme fait historique, mais cela n'en diminue pas l'importance qu'il lui confère puisqu'il relève que "*les Etats membres lui attribuent leur fidélité vis-à-vis de l'Empire*"<sup>1049</sup>. Selon lui, le principe de fidélité fédérale permet toutefois uniquement de justifier que l'Empire exerce une compétence limitée de surveillance dans les cas où l'exercice de leurs compétences par les Etats membres rentre en conflit avec des intérêts fédéraux ou avec certaines de leurs obligations constitutionnelles fédérales<sup>1050</sup>. Tout comme Laband, il n'évoque ainsi ce principe que comme s'imposant aux Länder<sup>1051</sup>.

C'est seulement Rudolf Smend qui propose une étude complète de ce principe. Qu'il ait fallu attendre un critique du positivisme juridique pour avoir une telle étude complète n'est pas si étonnant si l'on indique qu'à cette époque la Bundestreu avait seulement fait l'objet de discours politiques et ne faisait pas partie du droit écrit.

Smend part pour sa démonstration du cas des relations extérieures fédérales. La commission des affaires étrangères prévue à l'art.8§3 RV n'avait été que rarement réunie, ce qui pouvait apparaître comme une violation de cette disposition, mais l'Empire avait utilisé différents autres instruments pour permettre d'atteindre un accord concernant la politique extérieure de l'Empire entre le pouvoir fédéral et les gouvernements des Etats<sup>1052</sup>. Les échanges réguliers entre les deux niveaux ayant eu lieu par ces biais ont en effet suffi à respecter l'obligation fonctionnelle, sous-jacente dans cette disposition, de recherche d'accord en la matière entre les niveaux fédéral et fédéré<sup>1053</sup>. Il affirme à partir de cet exemple l'existence dans les normes écrites de principes fonctionnels implicites. Smend part ensuite de la perspective de la doctrine dominante de l'époque, de rapports de subordination entre l'Empire et les Etats membres, mais il estime qu'en outre les pactes signés antérieurement entre les Etats membres ajoutent au contenu exprès de la constitution impériale, des rapports d'égal à égal<sup>1054</sup>. C'est dans ce second type de rapports qu'il énonce l'obligation mutuelle de fidélité fédérale qui complète les dispositions écrites de la Constitution, faisant l'analogie avec le principe de bonne foi qui complète les obligations particulières écrites dans un contrat<sup>1055</sup>. C'est le rattachement de ce

---

<sup>1045</sup> *Ibid.*, p.47.

<sup>1046</sup> *Ibid.*, pp.54-55.

<sup>1047</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, 5e éd., Tübingen, Mohr, 1911, p.109.

<sup>1048</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreu...*(*op.cit.* note 1006), p.31.

<sup>1049</sup> TRIEPEL (H.), *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, Mohr, 1907, p.29.

<sup>1050</sup> TRIEPEL (H.), *Die Reichsaufsicht...*(*op.cit.* note 1042), p.365 et p.369.

<sup>1051</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreu...*(*op.cit.* note 1006), pp.37 et p.41.

<sup>1052</sup> SMEND (R.), *Ungeschriebenes...*(*op.cit.* note 1042), pp.40-42.

<sup>1053</sup> *Ibid.*, pp.41-42.

<sup>1054</sup> *Ibid.*, pp.51-52.

<sup>1055</sup> *Ibid.*



principe à un rapport d'égalité qui le différencie de Laband et de Triepel, aspect qui est souvent décrit comme l'apport essentiel de Smend<sup>1056</sup>.

Smend voit comme autre expression de ce principe la qualification de Fürstenbund ainsi que la présentation par Bismarck de sa fonction comme "*représentant de l'ensemble des Etats*" et non comme le premier représentant d'une entité supérieure aux Etats membres<sup>1057</sup>. Mais il donne surtout l'exemple de l'usage par le Bundesrat de son pouvoir de surveillance plutôt "*dans les formes d'une concertation diplomatique qu'en faisant valoir brutalement sa compétence*" de constatation de manquement<sup>1058</sup>. Il rattache également à cette obligation implicite de fidélité fédérale les limitations des Etats membres dans la détermination du contenu de leur constitution par égard à l'Empire<sup>1059</sup>. Enfin, la possibilité pour un membre du Bundesrat mis en minorité au Bundesrat de s'exprimer publiquement devant le Reichstag dans le but de protéger ses intérêts est pour Smend un cas limite d'application du respect des intérêts des Länder dans la prise de décision fédérale<sup>1060</sup>.

Smend affirme que ce principe est juridique, et le qualifie de principe général du droit constitutionnel sans s'appesantir sur la question<sup>1061</sup>. Il lui a été reproché de n'apporter de preuve suffisante ni sur l'existence même de ce principe, ni *a fortiori* sur le type de droit non écrit dont il s'agit (coutumier,...)<sup>1062</sup>, ce principe serait uniquement une règle de comportement politique<sup>1063</sup> ou un principe éthique<sup>1064</sup>.

Au-delà, sa démonstration était critiquée par son imprégnation du droit monarchique qui posait problème dès qu'on voulait le transposer au droit contemporain républicain.. Ainsi, le titre de l'article dans lequel il l'avait défini s'intitulait "principe constitutionnel non écrit dans un Etat fédéral monarchique". Il faisait ensuite un lien avec la fidélité personnelle des princes et voyait notamment comme justification du principe de fidélité fédérale la courtoisie fédérale qui devait être respectée vis-à-vis des monarques dirigeant les Etats membres, là où il considérait qu'une expression plus directe des obligations des Etats membres ne posait pas problème dans une union fédérale de républiques. Il opposait ainsi le "*ton dominateur du règlement de police*" utilisé à l'art.7 aCS 1874 suisse<sup>1065</sup>, au Second Empire allemand dans lequel on avait évité de jeter "*au visage sans le moindre égard*" des monarques des Länder l'obligation d'exécution des lois et la possibilité de les forcer, si nécessaire, à un tel respect par le pouvoir d'exécution fédéral<sup>1066</sup>.

## b) La Bundestreue sous la République de Weimar

**288.** Avec la République de Weimar, deux des explications du principe de fidélité fédérale fournies par Smend sont tombées, la courtoisie envers les monarques puisque la République a été établie partout, et le fondement dans l'origine conventionnel de l'Empire, la Constitution de Weimar affirmant clairement son origine dans le peuple allemand. L'enjeu était donc de trouver un fondement à ce principe indépendant des régimes politiques. Smend va défendre dans un

<sup>1056</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.44.

<sup>1057</sup> *Ibid.*, pp.50-51.

<sup>1058</sup> *Ibid.*, pp.45-46.

<sup>1059</sup> *Ibid.*, pp.47-48.

<sup>1060</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>1061</sup> *Ibid.*, p.57. Dans le même sens : BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.59.

<sup>1062</sup> ANSCHÜTZ (G.), MEYER (G.), *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 7<sup>e</sup> éd., München, Duncker & Humblot, 1919, pp.697 et s.

<sup>1063</sup> *Ibid.*, p.698

<sup>1064</sup> HELLER (H.), in : *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, Stenogrammerbericht der Verhandlungen dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932, p.169 (cité par BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (*op.cit.* note 1002), p.27).

<sup>1065</sup> SMEND (R.), *Ungeschriebenes...*(*op.cit.* note 1042), p.56.

<sup>1066</sup> *Ibid.*



article de 1928, le maintien de ce principe dans le cadre de la République de Weimar, en se fondant sur le but d'intégration des Länder dans l'ensemble fédéral, soulignant que les Länder ne peuvent "faire usage d'une façon quelconque, égoïste, sans égard pour autrui des compétences constitutionnelles dont ils disposent"<sup>1067</sup>. Il affirme que la structure fédérale même, la coexistence d'Etats membres et du niveau fédéral, impose le principe de fidélité fédérale<sup>1068</sup>. Anschütz, qui avait dans le passé critiqué la position de Smend, reconnaît aussi dans son commentaire de la Constitution de Weimar qu'un principe de fidélité fédérale non écrit existe<sup>1069</sup>, mais contrairement à ce dernier il ne reconnaît pas le caractère réciproque de l'obligation, il considère qu'il ne s'impose qu'aux Länder<sup>1070</sup>.

**289.** Au-delà de la doctrine, on peut relever que même si la Cour étatique pour l'Empire allemand n'a jamais mentionné le principe de fidélité fédérale, préférant se fonder sur l'obligation internationale de respect mutuel entre Etats, elle a imposé plusieurs des obligations qui en découlent<sup>1071</sup>.

Une application du principe entre Länder peut notamment être vue dans une décision de la Cour de 1925<sup>1072</sup> dans une affaire opposant Brême à la Prusse au sujet de l'applicabilité de la clause *rebus sic stantibus* aux traités entre Länder<sup>1073</sup>. La Cour reconnaît la possibilité de recourir à la clause *rebus sic stantibus* dans le cadre des traités entre Länder, mais ne précise pas dans cette décision la différence entre l'obligation de respect posée par le droit international et son application dans le contexte d'une union fédérale. Elle le précise par contre dans sa décision *Donauversinkung* de 1927<sup>1074</sup>. La Cour souligne que l'art.4 WRV considère les règles de droit internationales général comme part du droit impérial, et estime qu'elles peuvent être utilisées en cas d'absence de règles concernant les rapports entre les Länder<sup>1075</sup>. Elle affirme que tout comme dans la Communauté internationale les Etats entre eux se doivent un respect mutuel, les Länder doivent se respecter, ajoutant que la communauté qu'ils forment étant plus étroite, "une limitation plus importante du principe de souveraineté territoriale que quand deux Etats totalement étrangers sont face à face" est exigée<sup>1076</sup>. Elle exige sur cette base que les parties négocient entre elles et essaient de parvenir à un accord. Elle précise qu'un tel accord ne sera possible que "si elles demeurent conscientes de leur appartenance à la communauté juridique et culturelle de l'Empire" lors des négociations"<sup>1077</sup>.

Une dernière expression de ce principe dans les rapports entre Länder peut être vue dans

---

<sup>1067</sup> SMEND (R.), *Verfassung...*(*op.cit.* note 571), p.271.

<sup>1068</sup> *Ibid.*, p.272.

<sup>1069</sup> ANSCHÜTZ (G.), *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14. Aufl., Berlin 1933, p.114.

<sup>1070</sup> ANSCHÜTZ (G.), *Die Reichsexekution* (*op.cit.* note 1042), p.368. Il donne notamment l'exemple d'une obligation de se garder de porter atteinte à la politique extérieure de l'Empire (*Ibid.*, p.378).

<sup>1071</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.52 ; BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.370.

<sup>1072</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung...*(*op.cit.* note 890), *Bd.I*, 1929, pp.198 et s.

<sup>1073</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.49 et s. Un traité entre ces deux Länder concernant l'extension du port de Brême prévoyait l'échange de territoires entre eux. Brême contestait une des clauses qui imposait une utilisation particulière de ces territoires en arguant qu'un traité peut être déclaré nul "quand l'intérêt général ou même l'intérêt du territoire d'un des contractants l'exige", cette exigence provenant de l'union des Länder au sein de l'Empire qui implique qu' "une partie doit avoir égard aux intérêts vitaux de l'autre partie" (LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Ibid.*, p.200).

<sup>1074</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Ibid.*, p.50. Pour une présentation de l'affaire, cf. : *Ibid.*, pp.51-53 et BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.370. Pour une reproduction partielle de la décision : *ZaöRV*, 1929, vol.1, pp.634 et s. ; LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Ibid.*, pp.180 et s.

<sup>1075</sup> *ZaöRV*, *Ibid.*, pp.639-640.

<sup>1076</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung...*(*op.cit.* note 890), *Bd.I*, p.186.

<sup>1077</sup> Cité par : BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.370.



une décision de 1928<sup>1078</sup>. Le Land de Brême invoquait à l'encontre d'autres Länder "l'évidente obligation constitutionnelle fédérale des Länder unis au sein d'un Empire de respecter les intérêts d'un autre Land"<sup>1079</sup>. La Cour suit cette demande, estimant qu'il est possible d'invoquer qu'un Land "exerce ses droits étatiques d'une façon qui n'est pas compatible avec les droits et obligations mutuels des Länder unis dans l'Empire allemand"<sup>1080</sup>. Elle réaffirme qu'une limitation plus importante est exigée des pouvoirs exercés entre les Länder qu'entre des Etats étrangers en raison de l'union étroite qui les caractérisent au sein de l'Empire<sup>1081</sup>.

Une application du principe de fidélité fédérale aux rapports entre Bund et Länder peut être vue dans la décision *Preußenschlag* de 1932<sup>1082</sup> rendue dans le cadre d'un recours de la Prusse contre la mise en œuvre de l'exécution fédérale dont elle avait fait l'objet. Cette dernière invoquait notamment la violation de ce principe<sup>1083</sup>. Le gouvernement fédéral estimait au contraire au soutien de la validité du recours à l'art.48§1 WRV que la Prusse n'avait pas assuré la sécurité sur son territoire et invoquait l'atteinte à ce même principe vis-à-vis du Bund<sup>1084</sup> du fait de propos tenus par son ministre de l'intérieur à l'encontre du gouvernement fédéral et d'une posture hésitante dans la lutte contre le mouvement communiste. Des représentants éminents de la doctrine de l'époque se sont exprimés dans le cadre du litige, soit au soutien du gouvernement fédéral pour Carl Schmitt et Carl Bilfinger, soit du côté du gouvernement prussien pour Gerhard Anschütz, Hermann Heller, et Hans Nawiasky. Dans leur prise de position sur l'art.48§1 WRV il ressort qu'ils considèrent qu'existe un principe général de fidélité fédérale des Länder vis-à-vis de l'Empire<sup>1085</sup>. La Cour reconnaît une telle obligation et poursuit que sa violation peut justifier de recourir au pouvoir d'exécution fédérale. Elle estime en effet que "dans les périodes de très grande tension politique les attaques publiques particulièrement dures d'un ministre d'un Land concernant la politique impériale peut être considérée dans certaines circonstances comme une violation de l'obligation de fidélité"<sup>1086</sup>. Toutefois, elle estime que dans l'espèce les propos du ministre ne peuvent être considérés comme rentrant dans ce cas, et, ayant également rejeté l'argument de la faiblesse de l'action contre les communistes, conclut que les mesures du Président ne pouvaient se fonder sur l'art.48§1 WRV<sup>1087</sup>. Les représentants de la doctrine défendant la position du Land de Prusse estimaient qu'existait aussi une obligation de fidélité fédérale de la part du niveau fédéral vis-à-vis des Länder, mais la Cour n'évoque rien à cet égard<sup>1088</sup>. Par contre, dans d'autres décisions elle exprime indirectement une telle obligation, à l'instar d'une décision de 1923<sup>1089</sup> concernant une expropriation dans l'intérêt des trains impériaux<sup>1090</sup>. La Cour énonce que si la compétence d'expropriation en la matière est bien exclusivement impériale, elle doit être exercée en respectant un équilibre entre les intérêts de la politique ferroviaire et les intérêts des Länder visés par l'expropriation, notamment eu égard à

<sup>1078</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung...*(*op.cit.* note 890), *Bd.I*, pp.207 et s. Le litige opposant Brême à la Prusse, la Thuringe, et le Brunswick au sujet du rejet des eaux usées de leurs industries. Brême affirmait que ces rejets polluaient les nappes phréatiques posant problème pour l'eau potable notamment et exigeait que ces Länder prennent des mesures pour empêcher cette pollution.

<sup>1079</sup> *Ibid.*, p.207.

<sup>1080</sup> *Ibid.*, p.210.

<sup>1081</sup> *Ibid.*, p.212.

<sup>1082</sup> Pour une présentation de l'affaire : cf. HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 494), *Bd. VII*, 1984, pp.1121 et s. ; EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.54-58.

<sup>1083</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung...*(*op.cit.* note 890), *Bd.V*, p.40.

<sup>1084</sup> *Ibid.*, p.38.

<sup>1085</sup> Cf. la présentation de leur position à ce sujet par EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.56-57.

<sup>1086</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung...*(*op.cit.* note 890), *Bd.V*, p.58.

<sup>1087</sup> *Ibid.*, pp.58-59.

<sup>1088</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.58.

<sup>1089</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung...*(*op.cit.* note 890), *Bd.I*, pp.43 et s.

<sup>1090</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.58.

leur compétence en matière de police<sup>1091</sup>.

## 2) La Bundestreue sous la Loi fondamentale

**290.** Comme le souligne Hartmut Bauer, la Bundestreue ne permet pas une séparation stricte entre politique et juridique<sup>1092</sup>. A partir des années 1950, il est reconnu en Allemagne que malgré son contenu politique, il ne pose pas une simple obligation politique mais constitue bien une norme de droit constitutionnel<sup>1093</sup>. En outre, le fédéralisme coopératif et la Bundestreue qui est présentée comme un proche parent ont été renforcés en parallèle à partir du milieu des années 1960<sup>1094</sup>.

La Cour constitutionnelle le définit comme "*constitu[ant] ou limit[ant] des droits et obligations à l'intérieur d'un rapport de droit existant entre Bund et Länder*"<sup>1095</sup>. Comme le résume Hartmut Bauer, le principe influence plutôt le "comment" que le "si" une action doit être menée<sup>1096</sup>. La Cour le distingue ainsi par rapport à l'argument du défaut de compétence et de la violation d'une règle fédérale matérielle dans un arrêt de 1953<sup>1097</sup>. Elle énonce qu' "*un Land ne peut violer le principe de fidélité fédérale que par la manière dont il utilise une des compétences qui lui est attribuée et dans le cadre que le droit fédéral en vigueur lui laisse*"<sup>1098</sup>. Sa violation ne suppose pas ensuite la volonté d'intention de nuire<sup>1099</sup>. Enfin, la Cour affirme que la violation de l'obligation de fidélité fédérale par une partie ne relève par l'autre de l'observance de la même obligation, soulignant que le principe de fidélité a la fonction de lier les parties d'un Etat fédéral plus fortement vis-à-vis de l'ordre constitutionnel commun, qu'il ne doit pas être utilisé pour assouplir la structure fédérale<sup>1100</sup>.

Si le fondement et la portée de la fidélité fédérale continuent à être objets de débats sous la Loi fondamentale (a), la jurisprudence apporte des précisions importantes sur les obligations qu'elle sous-tend (b).

### a) Le fondement et l'intérêt du principe sous la Loi fondamentale

**291.** Certaines voix critiques se sont élevées pour dénoncer un principe inutile dans le contexte de la Loi fondamentale et dangereux pour la structure fédérale de l'Etat allemand, au premier rang desquelles se trouvent celle de Konrad Hesse<sup>1101</sup>. Ce dernier critique l'indétermination du principe<sup>1102</sup>, ainsi que sa déduction à partir de l'essence de l'Etat fédéral car il estime qu'une telle essence n'existe plus dans l'Etat fédéral contemporain<sup>1103</sup>. Il dénonce par ailleurs le fait que

<sup>1091</sup> LAMMERS (H.), SIMONS (W.), *Die Rechtsprechung...* (op.cit. note 890), Bd. V, p.56.

<sup>1092</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...* (op.cit. note 1038), respectivement p.59 et p.368.

<sup>1093</sup> Souligné par BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (op.cit. note 1002), pp.28-29.

<sup>1094</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...* (op.cit. note 1038), p.172.

<sup>1095</sup> BVerfGE 13, 54 (2<sup>e</sup> sénat 11 juillet 1961 *Neugliederung Hessen*) (p.75, pt.58).

<sup>1096</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...* (op.cit. note 1038), p.328.

<sup>1097</sup> BVerfGE 34, 9 (2<sup>e</sup> sénat 26 juillet 1972 *Besoldungsvereinheitlichung*) (pt.132). Elle énonce que "*selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la violation du principe de fidélité fédérale présuppose que la mesure du Land critiquée trouve en soi un fondement suffisant dans une disposition sur les compétences de la Loi fondamentale et soit matériellement compatible avec le droit fédéral*". Elle poursuit qu'ainsi, "*si la mesure du Land tombe par manque de compétence ou pour contradiction avec le droit matériel, il n'y a plus de place pour un contrôle du principe de fidélité fédérale*".

<sup>1098</sup> BVerfGE 34, 9 (pt.132).

<sup>1099</sup> BVerfGE 8, 122 (2<sup>e</sup> Sénat 30 juillet 1958 *Volksbefragung Hessen*) (p.140, pt.25).

<sup>1100</sup> *Ibid.*, (p.138, pt.24).

<sup>1101</sup> Konrad Hesse fut juge à la Cour constitutionnelle de 1975 à 1987, bien après avoir formulé ces critiques et que le recours à la fidélité fédérale se soit établi.

<sup>1102</sup> HESSE (K.), *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1962, pp.7 et s., et pp.117 et s.

<sup>1103</sup> *Ibid.*, p.9 note 44.



ce principe conduise à imposer dans le cas d'un combat politique pourtant admis par la constitution, à remplacer l'opposition partisane par une décision juridictionnelle, même s'il concède que cela s'inscrit dans un mouvement plus large d'encadrement stricte du politique par le droit constitutionnel<sup>1104</sup>. Konrad Hesse critique enfin une réception dénuée de toute critique de la Bundestreue alors que la validité d'un tel principe dépend selon lui de la situation politique et que le contexte constitutionnel a changé<sup>1105</sup>. Il estime notamment qu'alors que sous les constructions fédérales plus anciennes le but "*de mise en place et conservation de l'unité de l'ensemble a dominé*", dans l'Etat fédéral unitaire, la fidélité fédérale ne serait plus nécessaire<sup>1106</sup>.

**292.** De telles critiques sont devenues, au plus tard avec la décision précitée *Neugliederung Hessen* de 1961, sans objet<sup>1107</sup>. Toutefois, le fondement de ce principe continue à être l'objet d'un débat car la Loi fondamentale comme les constitutions précédentes ne comporte pas de disposition qui oblige explicitement le Bund et les Länder à assurer le Bundestreue.

La Cour constitutionnelle s'est tout d'abord fondée sur la théorie de Smend pour fonder l'originalité de l'obligation sous-tendue par le principe de Bundestreue<sup>1108</sup>. La référence à Smend n'était pas nécessaire selon Hartmut Bauer qui estime qu'elle aurait pu se fonder sur la jurisprudence de la Cour étatique de Weimar ou sur les textes préparatoires de la Loi fondamentale<sup>1109</sup>. En effet, dans un rapport sur la convention constitutionnelle d'Herrenchiemsee, les ministres présidents indiquaient dans la partie sur la répartition des compétences qu' "*il restera toujours des éléments non clarifiés qui p[ourraient] conduire à des discussions*" et pour lesquels "*il faud[rait] considérer que la fidélité à la Constitution du Bund et la fidélité fédérale des membres appartiennent à l'essence de l'Etat fédéral*"<sup>1110</sup>. Dans le même sens Stefan Oeter souligne avec étonnement qu'aucune critique n'a été formulée jusqu'au milieu des années 1960 au rattachement de la Bundestreue opéré par la Cour à la doctrine de Smend, alors même que cette dernière se rattachait au contexte monarchique du Second Empire ou à l'idée de primauté des intérêts fédéraux à la fin de la République de Weimar<sup>1111</sup>. Avec sa décision de 1973 *Coburg*, la Cour s'émancipe enfin de la doctrine<sup>1112</sup> en évoquant "*le principe de comportement fédéral respectueux (bundesfreundlichen Verhaltens) développé par la Cour constitutionnelle fédérale*"<sup>1113</sup>.

<sup>1104</sup> *Ibid.*, pp.9 et s.

<sup>1105</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>1106</sup> *Ibid.*, pp.12-14.

<sup>1107</sup> FALLER (H.), *Das Prinzip der Bundestreue in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in : *Festschrift für Theodor Maunz*, München, Behrendt, 1981, p.60.

<sup>1108</sup> Ainsi en est-il d'une décision de 1952 dans laquelle elle énonce que "*le principe fédéral implique [...] l'obligation constitutionnelle que les membres entre eux et vis-à-vis du niveau fédéral, et le niveau fédéral vis-à-vis des membres respectent la fidélité et s'entendent*" ; elle poursuit qu'ils sont "*tenu[s] conformément à l'essence de cette association, de coopérer et contribuer à sa consolidation et sa préservation ainsi qu'à [la préservation] des intérêts bien compris de ses membres*" et renvoie à la fin du passage à l'article de Smend dans lequel il explicite sa théorie (BVerfGE 1, 299 (2<sup>e</sup> Sénat 21 mai 1952 *Wohnungsbauförderung*) (p.315, pt.60)). Voir aussi la référence explicite à Smend dans BVerfGE 12, 205 (2<sup>e</sup> sénat 28 février 1961 *Rundfunkentscheidung*) (p.254, pt.169).

<sup>1109</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.122.

<sup>1110</sup> Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948 (reproduit in : BUCHER (P.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 2, 1981, pp.533).

<sup>1111</sup> OETER (S.), *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht : Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, Mohr, Siebeck, 1998, pp.239-240. Il indique qu'il faut attendre Sebastian SCHRÖCKER (Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Bundesstaat, *Der Staat*, 1966, n°5, pp.137 et s. et pp.315 et s.) pour trouver soulignée cette différence de contexte.

<sup>1112</sup> Souligné par : BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.177.

<sup>1113</sup> BVerfGE 34, 216 (2<sup>e</sup> sénat 30 janvier 1973, *Coburg*) (p.232, pt.53).

Harmut Bauer estime que le rattachement au principe de bonne foi pourrait donner un fondement juridique plus clair et solide à la Bundestreue que l'histoire<sup>1114</sup> ; en effet il relève que ce principe ne s'est pas limité au droit civil où il s'est développé, mais domine aussi le droit public, et notamment le droit constitutionnel<sup>1115</sup>, et soulignant qu'on y retrouve l'interdiction de l'abus de droit, les obligations complémentaires (d'info,...)<sup>1116</sup>.

Mais le fondement le plus largement admis par la doctrine contemporaine allemande est le principe de fédéralisme<sup>1117</sup>, certains auteurs précisant parfois que la fidélité fédérale est nécessaire au maintien de la capacité de fonctionnement du système fédéral<sup>1118</sup>. La Cour affirme en ce sens dans un arrêt de 1972 que "*la fidélité fédérale [...] prend, selon la jurisprudence constante de la Cour, sa source dans le principe de fédéralisme (art.20§1 LF)*"<sup>1119</sup>. D'autres soulignent le fondement dans l'ordre fédéral posé par la Loi fondamentale<sup>1120</sup>, mais cela revient en réalité au même car il s'agit simplement de mettre en évidence que la traduction de ce principe implique un certain contexte constitutionnel : façon dont sont réparties les compétences entre les deux niveaux, pouvoirs des institutions, place du principe de solidarité,...

Toutefois, comme le souligne Hermann-Wilfried Bayer, le principe de Bundestreue ne trouve d'explication satisfaisante que dans le contexte de la doctrine qui dépasse l'opposition entre Etat fédéral et confédération d'Etat<sup>1121</sup>. Selon cette perspective, il existe un équilibre entre les deux aspects, soumission et coordination car même dans les cas où les membres sont soumis à la structure globale, ils ne le sont pas autant qu'en cas de soumission à un supérieur et dans les cas où ils ont une position d'égal, ils ne sont pas aussi libres que des Etats souverains<sup>1122</sup>. Hermann-Wilfried Bayer poursuit alors que "*cette solution d'équilibre ne peut durer que s'il existe un principe qui oblige les membres et la structure globale à ne pas poursuivre le but égoïste de prépondérance sur l'autre, mais au contraire au cours de la défense de ses intérêts de toujours rechercher le compromis*"<sup>1123</sup>.

**293.** Enfin, des discussions portent sur les destinataires de la fidélité fédérale. L'expression "Bundestreue", tout comme sa traduction française "fidélité fédérale", donne certes l'impression que l'obligation ne s'impose qu'aux Länder vis-à-vis du Bund<sup>1124</sup>, mais elle est réciproque<sup>1125</sup>

<sup>1114</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), pp.243 et s.

<sup>1115</sup> *Ibid.*, pp.246-247. Il rappelle que Smend avait déjà fait la comparaison entre les deux principes.

<sup>1116</sup> *Ibid.*, p.248.

<sup>1117</sup> STERN (K.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd.1*, 2. Aufl., 1984, pp.699 et s. ; ISENSEE (J.), *Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung*, in : BADURA (P.), DREIER (H.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Tübingen, 2001, p.742 ; MAURER (H.), *Staatsrecht I : Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 5. Aufl., Beck, München, 2007, p.290 ; DEGENHART (C.), *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 20. Aufl., Heidelberg, Müller, 2004, pp.95 et s. ; SOMMERMANN (K.-P.), *Kommentar zu Art.20 GG*, in : MANGOLDT (H. von), KLEIN (F.), STARCK (C.) (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd.II, Art.20-78 GG*, 5. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2005, pt.37.

<sup>1118</sup> RUDOLF (W.), *Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in : STARCK (C.) (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aux Anlass des 25<sup>J</sup>harigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, 1976, p.246 ; JESTAEDT (M.), *Bundesstaat als Verfassungsprinzip*, in : ISENSEE (J.), KIRCHHOF (P.) (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II : Verfassungsstaat*, 3. Aufl. Heidelberg, 2004, §29, pt.73.

<sup>1119</sup> BVerfGE 34, 9 (2<sup>e</sup> sénat 26 juillet 1972 *Besoldungsvereinheitlichung*) (pt.67).

<sup>1120</sup> ISENSEE (J.), *Der Bundesstaat*, p.730 ; RUDOLF (W.), *Die Bundesstaatlichkeit...*(*op.cit.* note 1118), p.246 ; SOMMERMANN (K.-P.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 1117), pt.46 ; EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.160.

<sup>1121</sup> BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (*op.cit.* note 1002), p.42.

<sup>1122</sup> *Ibid.*

<sup>1123</sup> *Ibid.*, p.43.

<sup>1124</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.23 ; BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), p.2. Stefan OETER souligne sa conception unitaire (*Integration...*(*op.cit.* note 1111), p.217.



même si en pratique le principe a été principalement appliqué par la jurisprudence vis-à-vis des Länder<sup>1126</sup>. Certains auteurs ont, au-delà, appliqué ce principe aux relations entre les organes constitutionnels, mais la logique appliquée dans ce cas n'est pas fédérale car les relations en question ne se déroulant qu'au niveau fédéral, le principe, qui ne concerne que les relations Land/autorités fédérales, ne leur est pas applicable<sup>1127</sup>.

S'il s'agit bien d'un principe juridique contraignant, la Cour précise que la Bundestreue ne peut fonder un pouvoir autonome de contrôle du Bund que la Loi fondamentale ne connaît pas. Ce dernier doit dans un tel cas la saisir sur la base de l'art.93§1 n°3 afin qu'elle juge si un Land a agi de façon non conforme dans l'exécution de la loi fédérale<sup>1128</sup>.

## b) Les obligations sous-tendues

**294.** Ce principe s'applique à toute action, omission, tolérance, ainsi qu'à la marge de manœuvre dans le choix de la façon d'exercer une compétence<sup>1129</sup>. Il peut à la fois être vu comme une règle d'interprétation pouvant notamment limiter l'exercice d'une compétence mais aussi comme le fondement d'obligations du Bund et des Länder comme dans le cas des effets d'une loi avant même son entrée en vigueur<sup>1130</sup>.

### Obligations négatives de respect mutuel

**295.** La fidélité fédérale oblige tout d'abord les concernés à ne rien entreprendre "*qui pourrait porter préjudice à l'ensemble ou à un membre*"<sup>1131</sup>, à ne pas porter atteinte aux intérêts de l'ensemble de l'Etat et des autres Länder<sup>1132</sup>.

La Cour encadre sur cette base l'exercice de la contrainte fédérale et du contrôle fédéral sur l'exécution par les Länder du droit fédéral en imposant qu'il ne touche pas leur autonomie d'une manière disproportionnée, et qu'il les traite à égalité<sup>1133</sup>.

Il impose aux Länder des limites concernant les traités qu'ils peuvent conclure entre eux. En outre, il encadre l'exercice qu'ils font de leur compétence exclusive<sup>1134</sup>. Les Länder doivent par exemple sur cette base respecter l'équilibre de leur budget comme partie d'une structure financière qui leur est commune avec le Bund<sup>1135</sup>. La Cour précise que le législateur du Land doit toutefois "*avoir manifestement abusé de sa liberté*"<sup>1136</sup> pour être condamné sur cette base, même si elle ajoute que cela ne doit pas le conduire à "*prendre moins au sérieux cette obligation*"<sup>1137</sup>. Le simple exercice de son droit ne suffit ainsi pas à porter atteinte à la

<sup>1125</sup> Voir notamment : BVerfGE 8, 122 (2<sup>e</sup> Sénat 30 juillet 1958 *Volksbefragung Hessen*) (p.138, pt.20).

<sup>1126</sup> Souligné notamment par : BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (op.cit. note 1002), p.77 ; OETER (S.), *Integration...*(op.cit. note 1111), pp.213-214.

<sup>1127</sup> Souligné par ; BAYER (H.-W.), *Ibid.*, p.56 ; BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(op.cit. note 1038), p.295.

<sup>1128</sup> BVerfGE 8, 122 (p.131, pt.13).

<sup>1129</sup> BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (op.cit. note 1002), p.59 et p.62.

<sup>1130</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(op.cit. note 1038), p.13.

<sup>1131</sup> BVerfGE 6, 309 (p.361).

<sup>1132</sup> BVerfGE 34, 9 (pt.132). Hans Peter IPSEN souligne ainsi que les Länder l'auraient violé en ce sens s'ils avaient utilisé lors de la période de transition posée par la Loi fondamentale les compétences qui leur étaient formellement ouvertes, mais qui tombaient déjà matériellement dans le domaine de compétence du Bund (Aktionär und Sozialisierung in Verkehrs- und Energiewirtschaft (Rechtsgutachten), 1949, cité par BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (op.cit. note 1002), p.103). A rapprocher des obligations impliquées par les directives européennes avant la fin du délai transposition.

<sup>1133</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(op.cit. note 1038), p.139 ; BAYER (H.-W.), *Ibid.*, p.88 : le principe fidélité fédérale peut, le cas échéant, obliger le Bund à négocier avec le Land pour l'exécution de sa mission.

<sup>1134</sup> BAYER (H.-W.), *Ibid.*, p.105.

<sup>1135</sup> BVerfGE 3, 52 (2<sup>e</sup> sénat 10 décembre 1953, *Weihnachtsgeld*) (pt.21).

<sup>1136</sup> BVerfGE 4, 115 (2<sup>e</sup> sénat 1<sup>er</sup> décembre 1954 *Besoldungsgesetz*) (p.140, pt.76).

<sup>1137</sup> *Ibid.*, pt.78.



Bundestreue<sup>1138</sup>, un dommage ou une lésion est requis<sup>1139</sup>.

Une affaire dite "clause bonus-malus" a permis de préciser une autre obligation s'imposant sur cette base aux Länder. Un Land ne peut déclarer unilatéralement un traité inapplicable, même si c'est par le biais de sa cour constitutionnelle, car la Bundestreue réclame de chercher une solution au conflit<sup>1140</sup>.

Les Länder ont ensuite une obligation de coopération au sein des institutions fédérales, illustré par un arrêt de 1952 dans lequel la Cour précise que les Länder ne peuvent bloquer la prise de décision que tant qu'ils ne portent pas de leur côté atteinte au principe de Bundestreue<sup>1141</sup>.

Par ailleurs, dans le cadre d'un recours contre une loi fédérale créant une chaîne de télévision fédérale, la Cour fait découler des obligations procédurales, de style de négociation du principe de Bundestreue. Elle précise que le gouvernement fédéral n'a pas le droit de procéder à des négociations avec uniquement certains Länder, notamment en fonction de la majorité partisane de leur gouvernement, et d'imposer ensuite aux autres la solution qui en a résulté<sup>1142</sup>. S'il est possible pour un gouvernement fédéral de discuter d'abord avec les gouvernements des Länder ayant son appartenance partisane, les négociations entre Bund et Länder doivent respecter le principe de fidélité fédérale<sup>1143</sup>. La différence, comme le remarque Stefan Oeter, n'est pas aisée à opérer, en dehors de cas particuliers comme l'espèce avec l'action très offensive envers les Länder du dernier gouvernement Adenauer<sup>1144</sup>. Il est à noter que les Länder ont l'interdiction réciproque de recourir à l'obstruction arbitraire ou de refuser de négocier avec le parti de l'opposition<sup>1145</sup>.

#### Obligations positives d'assistance ou d'action

**296.** La Cour déduit tout d'abord du principe de Bundestreue que les Länder les plus puissants financièrement doivent aider les Länder les plus faibles en dépit de leur autonomie financière<sup>1146</sup>. Elle ajoute qu'il oblige réciproquement le législateur fédéral à ne pas imposer une

<sup>1138</sup> BVerfGE 14, 197 (2<sup>e</sup> sénat 24 juillet 1962 *Kreditwesen*) (p.215).

<sup>1139</sup> BVerfGE 34, 9 (p.44). Ainsi en est-il par exemple de l'abus dans la préservation de ses intérêts (BVerfGE 61, 149 ((2<sup>e</sup> sénat 19 octobre 1982 *Amtshaftung*) (p.205)), de la poursuite d'un intérêt illégitime (BVerfGE 1, 299 (p.316)) ou qui est manifestement contraire aux intérêts fédéraux ou des autres Länder comme en cas de déstabilisation des finances communes des Länder et Bund (BVerfGE 4, 115 (p.140)).

<sup>1140</sup> BVerwGE 50, 137 (9 juillet 1976) (pp.137 et s.). Elle énonce que "*comme il manque pour le conflit une règle expresse dans le droit constitutionnel fédéral [...], la décision ne peut résulter que du principe de « bundesfreundlichen Verhalten »*" (*Ibid.*, p.148). En l'espèce, les Länder avaient conclu entre eux un traité pour l'admission dans l'enseignement supérieur prévoyant que la différence de notation entre Länder pour l'Abitur, équivalent allemand du baccalauréat, serait compensée par un système de bonus-malus. La cour constitutionnelle de Bavière, saisie de sa conformité à la constitution bavaroise, conclut à la violation du principe d'égalité et la déclare nulle, ajoutant que le principe de Bundestreue imposait de respecter le droit constitutionnel des Länder partenaires. Karlsruhe s'étant déclarée incompétente (BVerfGE 42, 103 (4 avril 1976 *Bonus-Malus II*) (pp.107 et s.)), c'est la Cour administrative fédérale qui a été saisie du litige.

<sup>1141</sup> BVerfGE 1, 299 (pp.315 et., pts.60-61.). En l'espèce, un accord entre le ministre fédéral du logement et les Länder au sujet de la répartition de moyens fédéraux disponibles pour la construction de logement dans les Länder n'avait pas été atteint à l'unanimité. La Bavière s'opposant alors à la décision, le gouvernement fédéral invoque une violation du principe de Bundestreue.

<sup>1142</sup> BVerfGE 12, 205 (p.255, pt.171).

<sup>1143</sup> *Ibid.*, p.255 et s., pt.172.

<sup>1144</sup> OETER (S.), *Integration...*(*op.cit.* note 1111), p.226.

<sup>1145</sup> Voir en ce sens : BVerfGE 1, 299 (pp.315 et s.); BVerfGE 39, 96 (2<sup>e</sup> sénat 4 mars 1975 *Städtebauförderungsgesetz*) (pp.119 et s.); BVerfGE 41, 291 (2<sup>e</sup> sénat 10 février 1976 *Strukturförderung*) (p.308).

<sup>1146</sup> BVerfGE 1, 117 (1<sup>er</sup> Sénat 20 février 1952 *Finanzausgleichsgesetz*) (p.131, pt.44). Cf. *infra* sur la

loi de péréquation financière qui conduirait à un nivellement des finances des Länder ou affaiblirait de manière significative les capacités d'action des Länder débiteurs<sup>1147</sup>.

La Bundestreue ne doit en aucun cas porter atteinte à la diversité, elle n'est pas une base juridique obligeant à l'exécution uniforme des lois<sup>1148</sup> ou à l'adoption de nouvelles règles<sup>1149</sup>. Toutefois, elle implique parfois une obligation d'action de la part des Länder. Ainsi, la Cour a déduit de ce principe dans un arrêt de 1958 l'obligation pour un Land de faire usage de sa compétence pour supprimer une atteinte à l'ordre constitutionnel, dans le cas où le Bund, en l'absence de compétence, ne le peut<sup>1150</sup>. La Cour estime qu'un Land doit utiliser son pouvoir "pour mettre fin à un trouble de l'ordre public que le Bund n'est pas en mesure d'éliminer par manque de compétence"<sup>1151</sup>. Cet arrêt est aussi à noter car c'est la première fois que l'action du gouvernement d'un Land a été jugé contraire au principe de Bundestreue<sup>1152</sup>. Enfin, cette décision permet de souligner que le droit formel ne peut être utilisé de façon à porter atteinte au système<sup>1153</sup>.

Par ailleurs, les Länder peuvent aussi se voir imposer une obligation de coordination sur cette base. Ainsi en est-il dans le domaine de l'audiovisuel, la Cour estimant que sinon les vendeurs de programmes seraient face à des réglementations différentes qui restreindraient leurs libertés d'une façon contraire à la coopération loyale<sup>1154</sup>. De même, la Cour estime que les producteurs de programmes radio peuvent difficilement s'adapter à un contexte normatif propre à chaque Land et qu'il faut donc une coordination entre les Länder conformément au principe de Bundestreue<sup>1155</sup>. Ce fondement peut surprendre dans ce cas car ce ne sont pas les rapports avec le niveau fédéral ou les autres Länder qui sont en jeu, mais les intérêts de personnes privées.

Enfin, les Länder étaient, au regard de ce principe, obligés de faire usage, dans la mesure du nécessaire, de leurs compétences exclusives afin d'exécuter les lois-cadres qui avaient été adoptées sur la base des compétences cadres fédérales<sup>1156</sup>.

En outre, il découle de la Bundestreue une obligation mutuelle d'information entre Länder<sup>1157</sup>. Par ailleurs, lors de la conclusion d'un traité international qui touchent les intérêts

---

péréquation : partie II chap.I sect.I §3 C. La Cour affirme dans un autre arrêt explicitement que le principe de Bundestreue "se réalise dans [...] [l'art.107 LF] un principe fédéral de garantie réciproque, qui vaut non seulement dans les rapports entre Bund et Länder, mais encore dans les rapports entre Länder", et qu'il "oblige chaque Land à une certaine assistance aux Länder ayant une plus faible capacité financière, nonobstant son autonomie institutionnelle et financière" (BVerfGE 72, 330 (2e sénat 24 juin 1986 *Finanzausgleich I*) (pp.386 et s., pt.174)).

<sup>1147</sup> BVerfGE 1, 117 (p.131, pt.45). Voir aussi : BVerfGE 72, 330 (p.387, pt.174).

<sup>1148</sup> BVerfGE 76, 1 (2<sup>e</sup> sénat 12 Mai 1987 *Familiennachzug*) (p.77).

<sup>1149</sup> BVerfGE 32, 199 (2<sup>e</sup> sénat 15 November 1971 *Richterbesoldung II*) (p.219 et s.).

<sup>1150</sup> BVerfGE 8, 122 (2<sup>e</sup> sénat 30 juillet 1958 *Volksbefragung Hessen*) (pp.138 et s., pt.12).

<sup>1151</sup> *Ibid.*, p.139, pt.21.

<sup>1152</sup> *Ibid.*, p.141, pt.26. En l'espèce, des communes du Land de Hesse avaient organisé des référenda sur l'armement nucléaire de l'armée fédérale alors que ce domaine relevait de la compétence fédérale exclusive, et le gouvernement fédéral reprochait au gouvernement de ce Land son inaction alors que les Länder ont un pouvoir de contrôle sur leurs communes. Contre le reproche de décision politique, la Cour relève en particulier que la violation du principe de Bundestreue n'est pas constitué par le combat politique du gouvernement du Land contre le gouvernement fédéral mais par le refus d'intervention contre des mesures communales inconstitutionnelles. Ce refus s'expliquait en effet par l'utilisation de ces référendums par le parti d'opposition au Bundestag (*Ibid.*, pp.138 et s., pt.24).

<sup>1153</sup> BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (op.cit. note 1002), p.115.

<sup>1154</sup> BVerfG 78, 1 (2<sup>e</sup> sénat 27 janvier 1988) (pp.76 et s.).

<sup>1155</sup> BVerfGE 73, 118 (1<sup>er</sup> sénat 4 novembre 1986 *Rundfunkentscheidung*).

<sup>1156</sup> BAYER (H.-W.), *Die Bundestreue* (op.cit. note 1002), p.104.

<sup>1157</sup> DEGENHART (C.), *Staatsrecht I* (op.cit. note 1117), p.95. Il donne l'exemple pour le domaine environnement concernant les conditions de sécurité au sein d'une centrale nucléaire.



essentiels des Länder, ces derniers doivent être informés le plus tôt possible par le gouvernement fédéral en vertu de l'accord Lindauer du 14 novembre 1957. L'.32§2 LF précise que si les intérêts d'un Land en particulier sont touchés par un traité, il doit être consulté. A l'inverse, les Länder ont une obligation d'information du Bund lorsqu'ils négocient un traité dans le domaine de leurs compétences et l'art. 32§3 LF précise que l'accord du gouvernement fédéral est nécessaire à sa conclusion.

Enfin, la Cour précise dans un arrêt *Kalkar* de 1990 que la fidélité fédérale impose au Bund de permettre au Land de donner son avis, quand celui-ci est requis par la procédure, dans un laps de temps raisonnable et d'examiner cet avis avant de recourir à une injonction, mais elle ajoute qu'il ne donne pas au Land un droit d'obtenir un accord avec le niveau fédéral ; il y a obligation de moyen et non de résultat<sup>1158</sup>.

## **B. La fidélité fédérale dans le système fédéral suisse**

297. Hartmut Bauer remarque que le principe de fidélité fédérale a été en Suisse, suite à l'influence allemande, l'objet de recherche, le sommet de cette effervescence ayant été atteint en 1977 quand le principe est expressément repris dans un projet de révision totale de la Constitution fédérale, mais il poursuit que le doute est depuis de mise sur son caractère de principe constitutionnel<sup>1159</sup>. Toutefois, l'étude du système fédéral suisse permet de contredire cet avis, à l'instar de Bernard Dubey qui parle de "*principe, omniprésent en droit constitutionnel suisse, de fidélité confédérale*"<sup>1160</sup>. Ce point de vue peut être étayé par la présentation des positions doctrinales et des dispositions de différentes Constitutions suisses (1) d'une part, ainsi que par l'étude de la pratique des autorités politiques fédérales et du Tribunal fédéral d'autre part dont notera qu'il prend explicitement appui sur le principe de fidélité fédérale dans plusieurs de ses décisions à partir des années 1980 (2).

### ***1) L'interprétation doctrinale du principe et son expression dans les constitutions suisses***

#### **a) L'interprétation doctrinale de la fidélité fédérale**

298. Johann Caspar Bluntschli est vu comme fondateur de la réflexion sur la fidélité fédérale<sup>1161</sup>. Il écrit que "*celui qui dirige l'Etat global (Gesamtstaat) doit [...] faire montre d'un respect bienveillant envers l'autonomie des Etats dont l'Etat global est composé*" et qu'inversement "*celui qui gouverne dans un Etat membre doit faire preuve d'une constante fidélité envers [les autorités fédérales]*"<sup>1162</sup>. Il précise ensuite que son objectif principal est "*de prévenir tout conflit entre les deux pouvoirs étatiques et de préserver l'accord entre les deux*"<sup>1163</sup>. Alfred Kölz souligne qu'il n'est pas étonnant que ce représentant de la doctrine constitutionnelle organique, qui propose une analogie entre les Etats et les hommes, ait repris l'idée de fidélité pour le rapport entre Etats. Il en déduit que Bluntschli l'interprète avant tout

---

<sup>1158</sup> BVerfGE 81, 310 (2<sup>e</sup> sénat 22 mai 1990 *Kalkar II*) (pp.337 et s., pp.345 et s.). En l'espèce, le ministre fédéral de l'environnement avait enjoint au gouvernement d'un Land de donner son accord à la construction d'une centrale nucléaire. Le Land avait fait un recours contre cette injonction, l'estimant notamment contraire au principe de Bundestreue.

<sup>1159</sup> BAUER (H.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1038), note 35 p.22.

<sup>1160</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 502), p.548. Cet auteur compare la fidélité fédérale en Suisse et la coopération loyale dans l'UE : *Ibid.*, pp.394-406.

<sup>1161</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.192 ; KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.148.

<sup>1162</sup> BLUNTSCHLI (J.), *Lehre vom Modernen Staat, Dritter Teil*, Stuttgart, 1876, p.402 (cité par KÖLZ (A.), *Ibid.*, p.148).

<sup>1163</sup> BLUNTSCHLI (J.), *Ibid.*, p.402.



comme une maxime politique<sup>1164</sup>. Toutefois, il est possible de considérer, à l'instar de Patricia Egli, qu'il l'a compris comme un principe juridique en soulignant qu'il le considérait comme nécessaire à la préservation de l'existence de l'Etat fédéral<sup>1165</sup>.

Walther Burckhardt poursuit la réflexion au début du XX<sup>e</sup> siècle, en évoquant l'esprit du principe sans le mentionner expressément. Il affirme ainsi que les deux niveaux doivent tenir compte des intérêts de l'autre dans l'exercice de leurs compétences respectives afin de prévenir des conflits<sup>1166</sup>, et ajoute à cette obligation de respect mutuel<sup>1167</sup>, une obligation d'assistance mutuelle<sup>1168</sup>. Il souligne que "*les rouages juridiques ont besoin de cette goutte d'huile*"<sup>1169</sup>. Là encore, les jugements d'Alfred Kölz et de Patricia Egli divergent concernant la compréhension de la fidélité fédérale, le premier estimant que Walter Burckhardt la comprend comme "*maxime politique de comportement*"<sup>1170</sup>, la seconde considérant qu'il l'interprète comme un principe juridiquement contraignant, en se référant notamment à un autre auteur qui en se fondant sur les travaux de Burckhardt affirme qu'il s'agit d'une obligation légale<sup>1171</sup>. Cette seconde interprétation semble plus probante si l'on se réfère aux occurrences des termes relevant du registre de l'obligation dans l'ouvrage de Walter Burckhardt<sup>1172</sup>.

Parmi la doctrine ultérieure, on note une majorité d'auteurs qui l'interprètent comme un principe juridique<sup>1173</sup> et qui considèrent qu'il a son fondement dans un principe constitutionnel non écrit qui trouve désormais un ancrage à l'art.44 CS<sup>1174</sup>, même si certain nombre d'auteurs

---

<sup>1164</sup> KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.148.

<sup>1165</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.194-195 par renvoi à BLUNTSCHLI (J.), *Lehre...*(*op.cit.* note 1162), p.402.

<sup>1166</sup> Souligné par KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), pp.149-150.

<sup>1167</sup> BURCKHARDT (W.), *Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3<sup>e</sup> éd., Bern, Stämpfli, 1931, p.22 : "*Quand par exemple le Bund pose des règles de construction pour les trains, elle doit avoir autant d'égard que possible au droit général de la construction des cantons ; [...] A l'inverse les cantons doivent aussi tenir compte du droit confédéral existant : la police cantonale doit protéger les établissements et les autorités fédérales [...] etc.*".

<sup>1168</sup> Ainsi, par exemple "*quand aucun gouvernement ne peut être formé pour des raisons politiques ou sociales ou quand il s'affaiblit pour des raisons financières ou autres, le Bund doit prendre le gouvernement en main*". Il l'illustre par le cas d'une aide fédérale au canton du Tessin dans la reconstruction de ses autorités après la révolution de 1890 (*Ibid.*, p.23).

<sup>1169</sup> *Ibid.*, p.17.

<sup>1170</sup> KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.151.

<sup>1171</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.264 renvoyant à HANGARTNER (Y.), *Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, Bern, Herbert Lang, 1974, p.215.

<sup>1172</sup> On relève ainsi "*obligation fédérale*", "*le Bund doit prendre le gouvernement en main*" (BURCKHARDT (W.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 1167), p.17 et p.23). On peut aussi relever en ce sens que BURCKHARDT énonce que les deux niveaux doivent veiller à être "*les deux parties d'un ordre juridique qui font attention l'un à l'autre, qui font ensemble un tout fonctionnel et raisonnable*" (*Ibid.*, p.21), que l'unité politique formée justifie ces obligations (*Ibid.*, p.23).

<sup>1173</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.277-278 qui donne des exemples de références en ce sens. Voir toutefois pour une position intermédiaire : Alfred KÖLZ le considère comme essentiellement politique mais estime qu'il a une fonction juridique subsidiaire (*Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), pp.162 et s, pp.169-170 et p.172.) ; Ulrich HÄFELIN et Walter HALLER estiment que c'est en premier lieu une maxime de comportement politique, et seulement dans un second temps une norme justiciable, mais ils considèrent qu'à partir de ce principe, des droits et devoirs supplémentaires peuvent être déduits (*Schweizerisches...*(*op.cit.* note 898), 2001, p.315).

<sup>1174</sup> En ce sens par notamment : SALADIN (P.), *Kommentar zu Art.3 aBV*, in : AUBERT (J.-F.), EICHENBERGER (K.), MÜLLER (J.), RHINOW (R.), SCHINDLER (D.), (Hrsg.), *Commentaire...*(*op.cit.* note 502), 1986, pt.25 ; HÄNNI (P.), *Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen*, in : THÜRER (D.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.) (hrsg.), *Verfassungsrecht...*(*op.cit.* note 506), p.448 ; KNAPP (B.), SCHWEIZER (R.), *Kommentar zu Art.44 BV*, in : EHRENZELLER (B.), MASTRONARDI (P.), SCHWEIZER (R.), VALLENDER

estiment que ce fondement est à trouver dans le principe général de bonne foi<sup>1175</sup>. Peter Saladin le présente même comme l'un des "*cinq piliers juridiques*" de l'Etat fédéral suisse, ajoutant qu'il "*imprègne tous les autres éléments [de] l'Etat fédéral*" suisse<sup>1176</sup>.

Concernant son application *ratione personae*, la majorité des auteurs le considère ensuite comme posant des obligations réciproques entre les cantons et la Confédération<sup>1177</sup>.

Pour ce qui concerne les obligations qu'ils impliquent, la plupart des auteurs les regroupent en deux catégories : celle du respect mutuel et celle de la coopération pour l'accomplissement de leurs missions et de l'aide réciproque. Relève ainsi selon Peter Saladin de l'obligation de coopération les informations réciproques concernant les projets et décisions importantes, les consultations mutuelles avant des décisions pour son partenaire fédéral, l'obligation de soutien administratif, et de l'obligation d'aide l'assistance en cas de danger pour l'existence de la Confédération ou d'un membre, mais également l'aide juridique mutuelle et une certaine nécessité de péréquation horizontale<sup>1178</sup>. L'obligation de respect mutuel implique ensuite pour lui d'exercer ses compétences en n'empêchant pas son partenaires d'accomplir les siennes, et pour le Bund de donner aux cantons les moyens d'assumer une mission qu'il leur aurait déléguée, pour les deux niveaux de se tenir aux engagements qu'ils ont conclus entre eux, et de ne pas conclure de traité qui mettrait en danger l'existence des autres cantons ou de la Confédération<sup>1179</sup>. Yvo Hangartner considère quant à lui la fidélité fédérale comme une obligation pour les deux niveaux d'adapter l'utilisation de leurs compétences à l'ordre fédéral global dont ils font partie<sup>1180</sup>, ainsi qu'une obligation d'assistance mutuelle "*du Bund ou des cantons envers les partenaires fédéraux plus faibles*"<sup>1181</sup> ou de coopération<sup>1182</sup>. Enfin, nous citerons Alfred Kölz qui estime que l'esprit d'amitié confédérale a un effet intégratif positif<sup>1183</sup> consistant pour l'essentiel en une interdiction d'un usage abusif de son droit, et exceptionnellement en une action positive<sup>1184</sup>. Il en propose toutefois une interprétation restrictive des obligations, les restreignant à une "*interdiction d'une utilisation de compétence manifestement abusive par le Bund et les cantons*" ou à "*des obligations concrètes de comportement du Bund et des cantons pour la préservation de l'unité globale ainsi que de l'existence des Etats membres dans des situations d'urgence ou d'exception*"<sup>1185</sup>.

## b) Expressions de la fidélité fédérale dans les constitutions suisses

---

(K.) (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zurich, Schulthess, 2008, pt.1 ; JAAG (T.), *Die Rechtsstellung...*(*op.cit.* note 904), pt.29 ; AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 502), p.338 ; FLEINER (F.), GIACOMETTI (Z.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1949, p.144 ; WIDMER (P.), *Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht*, pp.34-35.

<sup>1175</sup> Voir en ce sens : KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.169.

<sup>1176</sup> SALADIN (P.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 1174), pt.16 et pt.24.

<sup>1177</sup> Voir toutefois pour des auteurs le considérant *a contrario* comme s'imposant seulement aux cantons : GIACOMETTI (Z.), *Schweizerisches...*(*op.cit.* note 1174), 971 p. (cité par KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.149) ; WIDMER (P.), *Normkonkurrenz...*(*op.cit.* note 1174), p.33 (cité par EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.266).

<sup>1178</sup> SALADIN (P.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 1174), pts.34, 36, et 62 ; ID., *Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat*, ZSR, 1984, pp.516 et 518.

<sup>1179</sup> SALADIN (P.), *Ibid.*, pt.33 ; ID., *Ibid.*, pp.517.

<sup>1180</sup> HANGARTNER (Y.), *Kompetenzverteilung...*, p.75 : "*la loyauté réciproque des membres du pouvoir central, c'est-à-dire l'obligation de tenir compte dans son comportement également des intérêts du partenaire et de s'ajuster à l'ordre fédéral global. Ce comportement est décrit au moyen de l'expression fidélité fédérale*".

<sup>1181</sup> *Ibid.*, p.222.

<sup>1182</sup> *Ibid.*, p.223.

<sup>1183</sup> KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.168.

<sup>1184</sup> *Ibid.*, pp.170 et 172.

<sup>1185</sup> *Ibid.*, p.177.



**299.** S'il n'existe pas de référence explicite au principe de fidélité fédérale sous l'empire des différentes constitutions suisses, il est possible de voir des éléments traduisant ses obligations<sup>1186</sup>, même si, comme le souligne Peter Saladin, ces obligations particulières n'épuisent pas la portée du principe.

**300.** Une première expression de la fidélité fédérale dans les constitutions de 1848 et 1874 peut être notée dans l'obligation imposée aux cantons de respecter les intérêts de la Confédération et des autres cantons lorsqu'ils concluent des traités<sup>1187</sup>. L'art.7§2 aCS 1848 (art.7§2 aCS 1874) exige qu'ils informent les autorités fédérales dans le cas de traités qu'ils concluent entre eux dans les domaines de la législation, l'administration, ou la justice, et l'art.9 aCS 1848 (art.9 aCS 1874) pose une même exigence quand ils concluent des traités avec des États étrangers.

Les Constitutions de 1848 et de 1874 comprennent également des obligations d'assistance mutuelle entre les cantons, et entre les cantons et le niveau fédéral dans le cas de dangers venant de l'étranger (art.15 aCS 1848 (art.15 aCS 1874)) ou de troubles intérieurs (art.16 aCS 1848 (art.16 aCS 1874)) pouvant être vus comme expression du principe de fidélité fédérale<sup>1188</sup>. La garantie fédérale assurée sur la base de l'art.5 aCS 1848 (art.5 aCS 1874) peut également y être rattachée<sup>1189</sup>.

Des expressions de l'obligation de respect mutuel issue de ce principe ont été ajoutées dans la Constitution de 1874. Certaines renvoient à d'autres obligations dans l'exercice de leurs compétences<sup>1190</sup>. D'autres obligations de la Constitution traduisent l'idée d'assistance, le versant de solidarité financière du principe de fidélité fédérale<sup>1191</sup>. Différentes obligations de consultation et de coopération avec les cantons qui s'imposent à la Confédération dans différentes dispositions de la Constitution enfin peuvent être vues comme expression du principe de fidélité fédérale<sup>1192</sup>.

**301.** L'introduction d'un article portant sur le principe de fidélité fédérale a été évoquée dans plusieurs des rapports et projets portant sur la révision totale de la Constitution de 1874. Le rapport d'un groupe de travail de 1973 propose l'introduction du principe de "*fidélité fédérale des cantons*", impliquant "*de respecter l'ordre fédéral dans son ensemble et de s'abstenir de toute perturbation*", et du principe de "*respect du Bund par les cantons*"<sup>1193</sup>. Il prévoit en outre

<sup>1186</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.185 ; SALADIN (P.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 1174), pt.29 ; ID., *Bund und Kantone*, p.515.

<sup>1187</sup> Dans le sens d'une expression du principe de fidélité fédérale : EGLI (P.), *Ibid.*, p.179 ; HÄFELIN (U.), *Kommentar zu Art.7 aBV*, in : AUBERT (J.-F.), EICHENBERGER (K.), MÜLLER (J.), RHINOW (R.), SCHINDLER (D.), (Hrsg.), *Commentaire...*(*op.cit.* note 502), 1986, pt.45 ; SALADIN (P.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 1174), pt.35.

<sup>1188</sup> En ce sens : AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 502), p.338 ; KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.151 ; EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.181. Cf. *supra* pour ces dispositions §2 B.

<sup>1189</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.181. Cf. *supra* pour ces dispositions §1 A. 2).

<sup>1190</sup> EGLI (P.), *Ibid.*, pp.201-203 renvoyant pour l'interprétation de ces dispositions comme expression du principe de fidélité fédérale à Botschaft VE 96, p.207 (Vorentwurf (VE) : Projet de Constitution présenté par le Conseil fédéral dans son message concernant une nouvelle Constitution du 20 novembre 1996) : voir les articles 24<sup>bis</sup>§6, 24<sup>octies</sup>§4 et 42<sup>quinquies</sup>§3 aCS 1874.

<sup>1191</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Ibid.*, pp.202-203 ; CAGIANUT (F.), *Kommentar zu Art.42<sup>ter</sup> aBV*, in : AUBERT (J.-F.), *Geschichtliche Einführung*, in : AUBERT (J.-F.), EICHENBERGER (K.), MÜLLER (J.), RHINOW (R.), SCHINDLER (D.), (Hrsg.), *Commentaire...*(*op.cit.* note 502), 1986, pt.1 ; JÖRG (A.), *Finanzverfassung und Föderalismus in Deutschland und in der Schweiz*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp.140 et s. L'art.42<sup>ter</sup> aCS 1874 précise ainsi que la Confédération encourage la péréquation entre les cantons.

<sup>1192</sup> En ce sens : SALADIN (P.), *Bund...*(*op.cit.* note 1178), p.518 ; EGLI (P.), *Ibid.*, pp.203-204. Cette dernière auteure donne une liste des dispositions traduisant ces obligations.

<sup>1193</sup> Bericht Wahlen. Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bd. VI :



dans les relations intercantionales "*l'égalité juridique des partenaires et l'obligation réciproque de comportement conforme à la fidélité fédérale*" qui se traduit notamment dans les informations sur les projets et les décisions prises, consultations,...<sup>1194</sup>. Le rapport d'une commission d'expert de 1977 proposait dans son projet de Constitution un art.43 intitulé "fidélité fédérale et coopération"<sup>1195</sup>, mais contrairement au rapport de 1973, il posait une obligation réciproque. Il prévoyait dans son §1 que "*Bund et cantons se doivent mutuellement respect*" et dans son §2 qu' "*ils se soutiennent mutuellement dans l'accomplissement de leurs missions*" et qu' "*ils travaillent ensemble notamment par des planifications communes*".

Dans un projet de Constitution de 1995 proposé par le Conseil fédéral, la fidélité fédérale ensuite était précisée au sein d'un article sur les missions des cantons<sup>1196</sup>. Il énonçait au §4 que "*Bund et canton se soutiennent mutuellement dans l'accomplissement de leurs missions*" et "*se doivent respect et assistance mutuels*". L'emplacement au sein des missions des cantons était toutefois critiquable alors que le principe affirmait pourtant bien qu'il s'imposait aux deux niveaux<sup>1197</sup>. Enfin, dans le projet de Constitution de 1996 il est repris dans un article propre dans une section intitulée "*principes de la coopération*"<sup>1198</sup> où il vise notamment le soutien réciproque et l'obligation de respect et d'assistance mutuels.

Finalement la Constitution de 1999 ne contient pas de référence expresse à ce principe, une des raisons évoquée étant l'absence de contours clairs de ce principe<sup>1199</sup>, même s'il peut être rétorqué qu'il est loin d'être le seul principe dans ce cas. Toutefois, son expression peut être retrouvée à l'art.44 CS. Selon son §1, Bund et cantons "*s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches et collaborent entre eux*". Selon son §2, "*ils se doivent respect et assistance*", "*ils s'accordent réciproquement l'entraide administrative et l'entraide judiciaire*". L'esprit de l'obligation mutuelle de fidélité fédérale est en outre exprimé dans d'autres dispositions de la Constitution<sup>1200</sup>

## 2) La pratique des autorités politiques et juridictionnelles fédérales

**302.** Au soutien du caractère juridique du principe de fidélité fédérale peuvent être présentés les développements jurisprudentiels depuis les années 1980, ainsi que certaines études de garantie d'articles de constitutions cantonales par les autorités fédérales<sup>1201</sup>.

Une première tentative d'application peut être trouvée en 1844, dans le contexte des tensions entre cantons conservateurs et libéraux, La ratification d'un traité confiant aux jésuites

---

Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Bern, 1973, p.308.

<sup>1194</sup> *Ibid.*, p.287 et p.726.

<sup>1195</sup> Bericht Furgler. Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern, Eidgenössischen Drucksachen- und Materialbehörde, 1977, p.93.

<sup>1196</sup> Les explications du projet précisait que ce §4 traduisait "*le principe constitutionnel non écrit de fidélité fédérale*" considéré comme "*principe fondamental du fédéralisme*" (Reform der Bundesverfassung, Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995, pp.68-69 (cité par EGLI (P.), *Ibid.*, p.316).

<sup>1197</sup> En ce sens EGLI (P.), *Ibid.*, p.316.

<sup>1198</sup> Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, pp.595-596 (cité par EGLI (P.), *Ibid.*, p.321).

<sup>1199</sup> En ce sens : BIAGGINI (G.), Verfassungsreform in der Schweiz, ZÖR, 1999, n°54, p.459 (cité par EGLI (P.), *Ibid.*, p.11).

<sup>1200</sup> Voir notamment : art.45§2 (information et consultation par la Confédération des cantons) ; art.48§3 (obligation de conformité des conventions intercantionales au droit fédéral) ; art.54§3 (la Confédération tient compte des intérêts des cantons dans le traitement des affaires étrangères) ; art. 56§2 (les traités internationaux signés par les cantons doivent respecter les intérêts fédéraux et ceux des autres cantons) (Souligné par : HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches... (op.cit. note 898)*, 2001, p.314 ; HÄNNI (P.), *Verträge... (op.cit. note 1174)*, p.448).

<sup>1201</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue... (op.cit. note 1006)*, pp.277-278.



la formation des prêtres par le parlement de Lucerne déclenche une série d'événements qui aboutissent à la guerre du Sonderbund<sup>1202</sup>. Bluntschli, qui était alors membre du parlement du canton de Zürich, avait tenté une médiation. Il avait cherché à faire comprendre que dans une union fédérale il existait une obligation de fidélité fédérale au-delà des dispositions expresses du droit constitutionnel. Ainsi s'il reconnaissait que la décision d'accepter ou refuser des ordres religieux relevait de la compétence des cantons, il soulignait que le droit fédéral d'agir contre certains ordres n'était pas exclu sur la base de la fidélité fédérale dans la mesure où ces derniers "*viol[ai]ent l'indépendance ou la paix de la Suisse*"<sup>1203</sup>. Alfred Kölz critique cette interprétation de la décision du gouvernement de Lucerne, considérant qu'il s'agissait simplement d'une prise de position politique opposée à celles des parlementaires libéraux. Par contre, il considère que les tentatives de putsch violant l'intégrité territoriale de Lucerne, l'inaction des gouvernements des cantons libéraux voisins pouvait être interprétée comme une atteinte à la fidélité fédérale<sup>1204</sup>.

Après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1848, plusieurs décisions d'autorités politiques ou du Tribunal fédéral traduisent les obligations impliquées par le principe de fidélité fédérale, même s'il n'est pas pendant longtemps expressément visé<sup>1205</sup>. Par contre, comme le souligne Patricia Egli, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'apporte guère d'éclaircissement concernant le fondement du principe<sup>1206</sup>. Le Tribunal le considère tour à tour comme découlant de la garantie fédérale de l'art.5 aCS 1874<sup>1207</sup>, comme principe constitutionnel non écrit constituant "*le fondement de l'Etat fédératif*"<sup>1208</sup>, comme un principe du droit international adapté au contexte des rapports étroits entre cantons<sup>1209</sup>, comme expression particulière du principe de bonne foi<sup>1210</sup>, comme principe constitutionnel non écrit d'égalité entre les cantons<sup>1211</sup>, comme principe constitutionnel non écrit tenant compte du rapport étroit entre les cantons<sup>1212</sup>, ou comme fondé dans la pratique de l'ancienne Confédération<sup>1213</sup>.

Nous distinguerons parmi les obligations dégagées par le tribunal et les autorités politiques fédérales entre les obligations négatives de respect mutuel (a) et les obligations positives largement rattachables aux obligations d'assistance mutuelle (b).

#### a) L'expression d'obligations négative de respect mutuel

---

<sup>1202</sup> KÖLZ (A.), *Bundestreue...* (*op.cit.* note 778), pp.146-147. Les libéraux dans le canton réagissent par une tentative de renversement du gouvernement auxquelles répondent des mesures de répression de sa part qui entraînent elles-mêmes une réaction de solidarité dans les autres cantons libéraux contre le gouvernement de Lucerne qui conduit à une tentative de putsch.

<sup>1203</sup> BLUNTSCHLI (J.), *Denkwürdiges aus meinem Leben, Erster Teil : Die schweizerische Periode, 1808-1848*, Nördlingen, Beck, 1884, p.370.

<sup>1204</sup> Décision de la Diète citée par KÖLZ (A.), *Bundestreue...* (*op.cit.* note 778), pp.175-176. Il relève en effet que la Diète confédérale avait exigé qu'ils "*prennent les mesures nécessaires contre la formation de tels [...] [mouvements putschistes] et les violations de territoire par ces derniers*".

<sup>1205</sup> En ce sens EGLI (P.), *Die Bundestreue...* (*op.cit.* note 1006), pp.207 et s.

<sup>1206</sup> *Ibid.*, pp.150-151.

<sup>1207</sup> BGE 118 Ia 195 (17 juin 1992) (pp.204-205, pt.81)

<sup>1208</sup> *Ibid.*, p.205, pt.81-82.

<sup>1209</sup> BGE 120 Ib 512 (14 décembre 1994) (p.524, pt.38).

<sup>1210</sup> BGE 125 II 152 (23 février 1999) (p.164, pt.50).

<sup>1211</sup> BGE 4 I 34, p.46.

<sup>1212</sup> BGE 78 I 14 (19 mars 1952), p.37. Patricia EGLI renvoie également pour ce fondement à d'autres décisions : BGE 26 I 444 (1<sup>er</sup> novembre 1900) (p.450) ; BGE 41 I 191 (29 avril 1915) (p.198) (*Die Bundestreue*, p.221). Le Tribunal précise dans d'autres décisions le rapport étroit en tant que membre d'un Etat fédéral (BGE 36 I 49 (16 mars 1910) (p.54) ; BGE 85 I 103 (20 mai 1959) (p.109).

<sup>1213</sup> BGE 36 I 49 (p.53) ; BGE 85 I 103 (p.108).

Respect par un canton des intérêts fédéraux et des autres cantons dans l'exercice de ses compétences

**303.** Un arrêt de 1878 peut tout d'abord être cité comme illustration de l'obligation de respect mutuel impliquée par la fidélité fédérale<sup>1214</sup>. Le Tribunal fédéral y précise que "*l'égalité des cantons*" implique qu' "*aucun canton ne peut exercer ses droits souverains d'une manière telle qu'elle empiète [...] dans les droits souverains d'un autre canton d'une façon telle que ces derniers ne peuvent coexister*"<sup>1215</sup>. On peut également citer un autre arrêt, de 1952, comme traduction de cette même obligation. Le Tribunal fédéral y affirme que les règles de droit international n'étaient pas applicables entre les cantons car "*à l'intérieur d'un Etat fédératif [...] la situation est différente de ce qu'elle est entre des Etats pleinement souverains*"<sup>1216</sup>.

Une procédure de garantie de la constitution du canton du Jura de 1977 illustre également l'obligation de respect par les cantons des intérêts fédéraux et des autres cantons, mais imposée cette fois-ci par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale<sup>1217</sup>. Le canton du Jura a été créé à partir de plusieurs parties du territoire du "Jura bernois". Un article de sa constitution, dit "article de réunification", prévoyait qu'il pourrait intégrer tout territoire du "Jura bernois" resté dans le canton de Berne qui en ferait la demande dans la mesure où il se séparerait dudit canton conformément au droit fédéral et au droit cantonal<sup>1218</sup>. Le Conseil fédéral indique qu'aucune disposition expresse du droit fédéral ne donne de règle concernant la modification du territoire des cantons et que les constitutions cantonales peuvent combler ce vide dans la mesure où toutes les parties cantonales concernées par la modification sont d'accord et où la procédure de garantie fédérale est respectée<sup>1219</sup>. Mais en l'espèce le canton de Berne ayant refusé cette modification territoriale, le Conseil conclut que "l'article de réunification" "*ne s'accorde pas avec la norme fondamentale de notre communauté fédérale que l'on aime à décrire comme « fidélité fédérale »*", alors que, ajoute-t-il, ce principe fondamental doit être approuvé "*par quiconque répond par l'affirmative à l'existence et au fonctionnement d'un Etat fédéral*"<sup>1220</sup>. La garantie fédérale a été finalement refusée par l'Assemblée fédérale à cet article de la constitution du Jura<sup>1221</sup>.

Le Tribunal fédéral s'est dans une décision de 1992 prononcé sur une initiative populaire validée par le parlement cantonal jurassien visant l'introduction d'un article dans la constitution comparable à l' "article de réunification" qui donne une illustration d'une mention expresse de la fidélité fédérale<sup>1222</sup>. Le Tribunal indique que l'obligation de garantie du territoire et de l'ordre constitutionnel des cantons "*a pour corollaire une obligation réciproque de fidélité de la*

<sup>1214</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.209.

<sup>1215</sup> BGE 4 I 34, p.46.

<sup>1216</sup> BGE 78 I 14, p.37. Il poursuit que "*non seulement la communauté des Etats [...] est plus étroite entre les Etats fédérés, mais surtout [qu']il existe pour eux un droit positif qui les oblige tous et une juridiction qui est placée au-dessus d'eux tous*".

<sup>1217</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.240 et s. ; KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.155.

<sup>1218</sup> Botschaft über die Gewährleistung des künftigen Kantons Jura vom 20. April 1977, BBl.1977 II, pp.264 et s. Sur cette procédure voir : EGLI (P.), *Ibid.*, pp.240-242.

<sup>1219</sup> BBl.1977 II, pp.273-274.

<sup>1220</sup> *Ibid.*, p.274. On notera qu'une large part des professeurs de droit constitutionnel consultés s'étaient prononcés contre la garantie de cet article en se fondant sur l'atteinte à la fidélité fédérale : *Amtl. Bll. StR.*, 1977, p.365 cité par EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), pp.241-242. Jean-François AUBERT écrit ainsi que littéralement, l'article pourrait apparaître conforme au droit fédéral, mais "*pris dans le contexte du conflit acharné qui existe entre Jurassiens du Nord, d'une part, et Jurassiens du Sud et Bernois, d'autre part, cet article [...] considéré par ces derniers comme une Kriegserklärung, est contraire au principe constitutionnel de fidélité confédérale*" (Votum Aubert, *Amtl. Bll. StR.*, 1977, p.349 (cité par EGLI (P.), *Ibid.*, p.242).

<sup>1221</sup> art. 1 des Bundesbeschlusses über die Gewährleistung der Verfassung des künftigen Kantons Jura vom 28. September 1977, BBl 1977 III, p.256.

<sup>1222</sup> BGE 118 Ia 195, pp.196-197, pts.1-18.



*Confédération envers les cantons, et des cantons entre eux*". Il poursuit que "le principe de la fidélité confédérale, en vertu duquel l'Etat central et les Etats fédérés se doivent mutuellement égards, respect et assistance, est ainsi le fondement de l'Etat fédératif"<sup>1223</sup>. Il ajoute qu'aucun canton ne peut porter atteinte aux droits garantis par l'art.5 aCS 1874 "sans violer ses devoirs de fidélité", et que la "structure de l'Etat fédératif exclut même qu'ils procèdent librement entre eux à des cessions de territoire, à la division de leur territoire"<sup>1224</sup>.

On peut citer comme autre exemple de discussion au sein de l'Assemblée fédérale au regard du principe de fidélité fédérale dans le cadre de l'exercice de la garantie fédérale, un article de la constitution du canton de Bâle-Campagne qui imposait aux autorités du canton d'empêcher que toute centrale nucléaire et tout centre de stockage des déchets ne soit construit sur le territoire cantonal<sup>1225</sup>. Une partie des membres de la commission à la Chambre des Etats chargée d'étudier cette disposition la considère "contraire aux exigences de la fidélité confédérale, en ce qu'elle oblig[e] les autorités bâloises à manifester d'une façon constante et indifférenciée, leur hostilité à la politique énergétique actuelle des autorités fédérales"<sup>1226</sup>, conduisant cette Chambre à refuser dans un premier temps la garantie fédérale à cet article. Une partie des membres du Conseil national considère également qu'il y a violation du principe de fidélité fédérale, mais finalement une légère majorité se prononce pour la garantie fédérale<sup>1227</sup>. L'Assemblée fédérale donne finalement sa garantie à l'article<sup>1228</sup>.

Patricia Egli souligne à cet égard l'incohérence de cette décision par rapport à la jurisprudence du Tribunal fédéral précisée dans un arrêt de 1985<sup>1229</sup> par rapport à une initiative populaire ayant un objet comparable<sup>1230</sup>. Le Tribunal indique au regard "du principe de fidélité fédéral [...] [qu'un conflit général de but entre le droit cantonal et le droit fédéral ne suffit pas à rendre invalide une initiative" car "les cantons ne sont pas tout bonnement empêchés de poursuivre d'autres buts que ceux du Bund"<sup>1231</sup>. Il doit y avoir eu un dépassement ou un usage abusif des compétences cantonales pour qu'une violation du principe de fidélité fédérale soit constatée.

Un arrêt de 1950 permet par ailleurs d'illustrer la contribution de la fidélité fédérale à un exercice harmonieux des compétences par les deux niveaux fédéral et cantonal. L'art.64 aCS

---

<sup>1223</sup> *Ibid.*, pp.204-205, pt.81. On notera que le Tribunal cite deux auteurs, Peter SALADIN et Alfred KÖLZ, dont la réflexion sur la fidélité fédérale ont été évoquées.

<sup>1224</sup> *Ibid.*, p.205, pt.82.

<sup>1225</sup> Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 21. August 1985, BBl 1985 II, pp.1163.

<sup>1226</sup> Votum Aubert, Amtl. Bll. StR, 1985, p.507 (cité par EGLI (P.), *Die Bundestreu...*(*op.cit.* note 1006), p.244). L'auteure donne d'autres citations de ces débats. Sur cette procédure de garantie cf. : EGLI (P.), *Ibid.*, pp.243-246.

<sup>1227</sup> EGLI (P.), *Ibid.*, pp.244-245.

<sup>1228</sup> Bundesbeschlusses über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 11. Juin 1986, BBl., 1986 II, p.681. L'Assemblée fédérale a également donné la garantie fédérale à un article comparable de la Constitution du canton de Genève en dépit de l'argument de la violation de la fidélité fédérale avancé par une partie de ses membres (BBl., 1988 I, p.261. Sur cette procédure de garantie voir EGLI (P.), *Ibid.*, pp.246-249).

<sup>1229</sup> BGE 111 Ia 303 (25 septembre 1985) (p.311, pt.36). Les autorités cantonales des Grisons ayant estimé contraire "à l'obligation de fidélité fédérale du canton", l'avait déclarée invalide (*Ibid.*, pp.306-307, pts.29-30).

<sup>1230</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreu...*(*op.cit.* note 1006), pp.256-257.

<sup>1231</sup> BGE 111 Ia 303 (p.311, pt.37). En l'espèce, le Tribunal affirme pour la construction de centrale nucléaire et de centre de stockage de déchets il ne peut y avoir soumission à autorisation cantonale sauf dans le but de vérifier que les conditions posées par le droit cantonal en matière de construction et protection des eaux sont respectées, mais précise que ces exceptions seraient utilisées de façon abusive si le but réel était d'empêcher la construction d'une centrale nucléaire (*Ibid.*, p.308, pt.30).



1874 donne compétence au niveau fédéral pour régler le droit civil, mais l'art.6§1 du Code civil suisse énonce que les cantons ne sont pas empêchés par le droit civil dans l'exercice de leurs compétences en droit public. Afin que le système fonctionne, les cantons doivent exercer leurs compétences dans ce domaine en tenant compte de l'intérêt fédéral, conformément au principe de fidélité fédérale<sup>1232</sup>. Le Tribunal énonce ainsi que les cantons "*peuvent uniquement adopter des dispositions qui relèvent en vertu de leur sens et leur but du droit public*" et "*limiter le domaine d'application du droit civil fédéral pour des motifs légitimes de droit public*", ajoutant qu'ils ne peuvent "*mettre en place aucune disposition qui contredirait le sens ou l'esprit du droit fédéral*"<sup>1233</sup>.

Une décision de 1998 fournit enfin une illustration de l'obligation de s'abstenir de prendre des mesures portant atteinte aux buts d'une réglementation cadre fédérale qu'elles doivent compléter<sup>1234</sup>. Le Tribunal précise que si le législateur cantonal dispose d'une large marge de manœuvre dans la manière d'atteindre le but visé par la loi fédérale, il lui est interdit de procéder à des révisions législatives qui seraient contraires au but d'harmonisation fédérale car cela conduirait à violer le principe de fidélité fédérale<sup>1235</sup>.

#### Respect des obligations conventionnelles entre les cantons

**304.** On peut également considérer l'encadrement du droit des traités intercantonaux illustrée par une affaire concernant un traité de 1830 entre les cantons d'Argovie et de Lucerne comme rattachable à la fidélité fédérale<sup>1236</sup>. Le Conseil fédéral considère dans une décision de 1871 que si les cantons ont une compétence propre en matière d'imposition, ils ne doivent ni "*violier les dispositions fédérales ou du droit des autres cantons dans l'exercice de cette compétence*"<sup>1237</sup>, ni se libérer de leurs obligations conventionnelles par le biais d'une loi<sup>1238</sup>. Le Tribunal affirme dans son arrêt de 1882 que le droit souverain de dénoncer un traité unilatéralement invoqué par le canton de Lucerne doit être écarté dans les relations entre cantons suisses qui connaissent un rapport bien plus étroits que des Etats au niveau international<sup>1239</sup>. Il affirme qu'un traité entre cantons ne peut être dénoncé unilatéralement que s'il porte atteinte à l'existence même de l'Etat en cause comme entité autonome ou à une de ses compétences essentielles, ou bien s'il y a eu "*une modification des circonstances qui formaient, selon l'intention des parties perceptible au moment de la conclusion du traité, la condition implicite de son existence*".

#### L'interdiction d'usage abusif de ses compétences ou de contradiction

**305.** Une décision de 1994 illustre l'interdiction de comportement contradictoire. Le Tribunal rappelle le principe d'une reconnaissance explicite ou tacite de cession de territoire existant en

<sup>1232</sup> cf. KÖLZ (A.), *Bundestreu...*(*op.cit.* note 778), p.154 ; EGLI (P.), *Die Bundestreu...*(*op.cit.* note 1006), p.216.

<sup>1233</sup> BGE 76 I 321 (22 novembre 1950) (p.326). En l'espèce, le Tribunal juge que si la détermination par la loi cantonale en cause des jours fériés et l'interdiction de faire travailler ses employés ces jours-là relève du droit public (*Ibid.*, p.326), il considère que la règle de compensation financière des jours fériés tombant un dimanche empiète sur la compétence fédérale en matière de droit du travail (*Ibid.*, p.328).

<sup>1234</sup> On rapprochera des obligations imposées avant la fin du délai de transposition d'une directive européenne.

<sup>1235</sup> BGE 124 I 101 (24 mars 1998) (p.106, pts.22-23). En l'espèce, une initiative populaire visant à compléter une loi sur les impôts directs au sein du canton de Schaffhouse avait été déclarée invalide pour contrariété à une loi fédérale (*Ibid.*, p.101, pts.1 et 10 et p.103, pt.13). Les requérants faisaient valoir que cette loi imposant uniquement aux cantons d'adapter leur droit fiscal dans l'espace de huit ans à partir de 1993, les cantons étaient libres jusqu'à la fin de l'année 2000 du contenu de leur réglementation (*Ibid.*, p.103, pt.14).

<sup>1236</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Die Bundestreu...*(*op.cit.* note 1006), p.191. Pour une présentation de cette affaire cf. : *Ibid.*, pp.188-191.

<sup>1237</sup> *BBl* 1871 II, pp.399 et s. (ici, p.403)

<sup>1238</sup> *Ibid.*, p.404.

<sup>1239</sup> BGE 8 I 43 (17 février 1882), p.57.



droit international, et que si dans le cadre de la constitution suisse, la garantie de territoire posée art.5 aCS 1874 implique qu'il ne peut en principe y avoir modification des territoires des cantons qu'après un accord du peuple et des cantons, aucune règle n'est posée concernant de simples rectifications de frontières<sup>1240</sup>. Mais il poursuit que "*les cantons doivent plus d'égards à la communauté intercantonale qu'un Etat souverain n'en doit à la communauté internationale*", et qu'ils "*ont dès lors, dans leurs relations entre eux, un devoir de fidélité confédérale inconnu du droit international*"<sup>1241</sup>. Si la fidélité fédérale impose de respecter le territoire des autres cantons, il implique aussi "*une attitude conforme à la bonne foi - donc exempte de toute ruse ou abus - dans l'ensemble des relations intercantionales*"<sup>1242</sup>, et qu'un canton ne peut se prévaloir de la possession d'un territoire dont ses autorités savaient ou auraient dû savoir qu'il appartenait à un autre.

Autre illustration de l'interdiction de comportement contradictoire et abusif, une décision du Tribunal de 1999 est également jusqu'à présent le seul exemple de recours d'un canton contre les autorités fédérales se fondant sur le principe de fidélité fédérale<sup>1243</sup>. Le canton de Saint-Gall contestait la constitutionnalité d'un règlement fédéral arguant qu'il revenait sur une pratique fédérale ancienne qui laissait aux cantons la compétence en la matière, ce qui violait selon lui le principe de fidélité fédérale<sup>1244</sup>. Le Tribunal fédéral répond que le principe de fidélité fédérale signifie au sens avancé dans l'affaire que "*la Confédération et les cantons sont contraints à un respect mutuel*", mais que cette "*obligation de respect se tient dans les limites de la Constitution et de la loi*", qu'il "*n'en résulte notamment aucune obligation juridique d'action positive d'un partenaire en faveur de l'autre*"<sup>1245</sup>. En outre, il réaffirme que le principe de fidélité fédérale n'exclut pas un conflit entre les buts visés par le droit cantonal et le droit fédéral. Il indique enfin que l'obligation de s'abstenir d'actions contradictoires ou abusives qui en découle n'était pas constituée en l'espèce par la modification d'une pratique ancienne car des raisons sérieuses justifiaient ladite modification, et qu'aucune preuve d'un usage abusif de ses compétences par le niveau fédéral n'était apportée<sup>1246</sup>.

## **b) L'expression d'obligations positives d'assistance et d'action**

**306.** D'autres décisions des autorités fédérales traduisent les obligations positives d'assistance et d'action issues du principe de fidélité fédérale.

### Aide financière fédérale et entre cantons

**307.** Plusieurs décisions du Conseil fédéral et de l'assemblée fédérale peuvent être aussi considérées comme illustrant l'aide mutuelle découlant de la fidélité fédérale. Le renoncement, par une décision de l'Assemblée fédérale de 1852, à la dette de guerre restant à payer par les cantons du Sonderbund qui avait pour but de soulager leurs finances ne reposait sur aucune obligation juridique et peut être ainsi vu comme une expression de l'assistance financière dans le but de garantir l'unité de l'union fédérale<sup>1247</sup>. Par ailleurs, les aides fédérales données en 1883 aux cantons de Zurich et d'Argovie pour soutenir plusieurs de leurs communes menacées de faillite peuvent être interprétées comme une expression de la fidélité fédérale<sup>1248</sup>. Le Conseil

<sup>1240</sup> BGE 120 Ib 512 (pp.522-523, pts.33-35).

<sup>1241</sup> *Ibid.*, p.524, pt.38.

<sup>1242</sup> *Ibid.*, p.524, pt.39.

<sup>1243</sup> Souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.235. L'auteure note que le Tribunal y fait une interprétation du principe particulièrement restrictive par rapport à ses autres décisions le concernant.

<sup>1244</sup> BGE 125 II 152, (pp.160-161, pt.42).

<sup>1245</sup> *Ibid.*, p.163, pt.49.

<sup>1246</sup> *Ibid.*, pp.164-165, pts.51-52.

<sup>1247</sup> En ce sens : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.186.

<sup>1248</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.187.



fédéral soulignait dans sa décision les ayant accordées qu'aucune obligation fédérale expresse n'existait mais y indiquait néanmoins se sentir "*habilité et obligé*"<sup>1249</sup>.

On trouve aussi des exemples d'application du principe dans la question du canton responsable du soutien aux pauvres, à l'instar d'une décision de 1947<sup>1250</sup>. Le Tribunal fédéral affirme que si au plan international il est envisageable qu'il n'existe aucun droit à récupération d'une partie des coûts supportés par un Etat concernant un de ses nationaux envers un autre Etat dont ce dernier aurait aussi la nationalité, un tel principe ne peut être appliqué entre les Etats membres d'un Etat fédéral car "*entre ces Etats membres il existe un rapport beaucoup plus étroit qu'entre des Etats indépendants*"<sup>1251</sup>. Le Tribunal poursuit que dans le cas d'une double citoyenneté chaque Etat membre d'un Etat fédéral concerné "*est redevable envers l'autre d'un respect de ses droits et obligations*" et que si un canton demande à un autre de supporter les coûts engendrés par une personne ayant leur deux citoyennetés, le contexte fédéral doit conduire à une péréquation et non à un refus de la part de ce dernier.

Une autre illustration est donnée par un arrêt de 1917. En l'espèce, un recours avait été exercé par le canton de Zurich à l'encontre du canton de Schaffhouse au sujet des coûts de l'aide apportée à une ressortissante autrichienne qui s'était vue ordonner de partir du canton de Schaffhouse pour le canton de Zurich suite au refus des autorités autrichiennes de renouveler son passeport<sup>1252</sup>. Un traité d'établissement austro-suisse de 1876 prévoyait que les deux Etats étaient obligés de subvenir aux besoins d'un national de l'autre Etat qui serait malade, accidentée, ou tombée dans le besoin sur son territoire et qui ne pourrait retourner dans son Etat d'origine sans dommage<sup>1253</sup>. Le Tribunal indique que le canton qui fournit l'aide sur cette base a un droit à obtenir le soutien financier fédéral, et à ce que le niveau fédéral s'efforce d'obtenir que l'Etat d'origine récupère la personne dans le besoin<sup>1254</sup>. En outre, il ajoute que les cantons doivent dans le cadre de l'application de leur droit d'établissement tenir compte des intérêts des autres cantons, et ne peuvent notamment pas en faire usage d'une façon telle qu'elle renvoie à un autre canton la charge qu'il avait.

#### Assistance judiciaire entre cantons en matière pénale

**308.** L'obligation d'assistance judiciaire mutuelle en matière pénale est un autre exemple d'application du principe de fidélité fédérale<sup>1255</sup> illustré par un arrêt de 1910. Le Tribunal rejette la possibilité pour un canton de refuser son aide en invoquant que les faits reprochés ne sont pas pénalement répressibles sur son territoire. Il affirme que si la loi en cause interdisait uniquement à un canton de demander une compensation financière à une demande d'entraide judiciaire, cette loi présupposait qu'existe une obligation générale d'entraide judiciaire en matière pénale<sup>1256</sup>. Il poursuit que l' "*obligation d'entraide judiciaire a son fondement profond dans la solidarité entre les Etats d'une même culture juridique au regard du combat contre le crime*" et que des exceptions reposeraient sur une méfiance qui n'a pas sa place dans un Etat fédéral<sup>1257</sup>. Le Tribunal a confirmé cette position après l'entrée en vigueur du code pénal suisse

<sup>1249</sup> Bundesbeschluss vom 21. Dezember 1883, citée par *Ibid.*

<sup>1250</sup> BGE 73 I 230 (11 septembre 1947), p.231.

<sup>1251</sup> *Ibid.*, p.238.

<sup>1252</sup> BGE 43 I 303 (27 septembre 1917), pp.303 et s.

<sup>1253</sup> *Ibid.*, pp.307 et s.

<sup>1254</sup> *Ibid.*, pp.310 et s. En l'espèce, il estime que le canton ne pouvait simplement faire reporter ce poids sur un autre canton, et qu'il aurait dû initier une procédure visant à remettre la personne à son Etat d'origine. Patricia EGLI renvoie à d'autres décisions confirmant le devoir de respect mutuel entre les cantons concernant l'aide aux personnes dans le besoin ayant la nationalité d'un Etat tiers : BGE 46 I 453 (4 décembre 1920) (pp.455 et s.) ; BGE 47 I 324 (19 juillet 1921) (p.328) ; BGE 51 I 325 25 septembre 1925) (pp.329 et s.) ; BGE 52 I 384 (19 novembre 1926) (pp.389 et s.) (EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.214).

<sup>1255</sup> EGLI (P.), *Ibid.*, p.217 ; KÖLZ (A.), *Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.155.

<sup>1256</sup> BGE 36 I 49, pp.51-52.

<sup>1257</sup> *Ibid.*, pp.53-54.



dans une décision de 1953, affirmant que l'obligation d'entraide judiciaire a "*son fondement profond dans le lien étroit des cantons comme membre d'un Etat fédéral et dans leur intérêt commun à la protection de l'ordre public et la poursuite des comportements pénalement répréhensibles*"<sup>1258</sup>

#### Obligation positive d'action : maintien de l'ordre public

**309.** On peut citer une décision de 1999 comme illustration de l'obligation positive d'action s'imposant aux cantons, en l'espèce en matière de maintien de l'ordre public. Dans l'espèce, une initiative populaire visant notamment la promotion du service civil et soutenant une renonciation du canton au recours à la force armée pour rétablir l'ordre public est déclarée invalide par les autorités du canton de Genève pour contrariété au droit fédéral et en particulier au principe de fidélité fédérale<sup>1259</sup>. Le Tribunal saisi précise que "*l'objectif constitutionnel cantonal envisagé ne représente nullement une menace pour la mise en œuvre du droit fédéral en vigueur [...] dans le respect du principe de loyauté confédérale*"<sup>1260</sup>, et conclut de même que la promotion du service civil est conforme au principe de fidélité fédérale<sup>1261</sup>. Par contre, il considère que "*le maintien de l'ordre public représente une obligation de résultat, à laquelle le canton est tenu en vertu de la fidélité et de la solidarité confédérales*"<sup>1262</sup>.

**310.** Marc Blanquet estime que ce principe a une faible portée en Suisse en raison du "*faible écho du principe dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*" et de qu'il n'existe selon lui quasiment pas d'obligations positives<sup>1263</sup>. La présentation de la pratique politique et jurisprudentielle qui a été faite permet de remettre en cause cette affirmation. Si le principe n'a été soulevé dans le cadre des litiges entre Confédération et cantons qu'une seule fois et dans quelques rares litiges entre cantons, il est à noter que ces deux types de litiges constitutionnels sont, d'une façon générale, très rares<sup>1264</sup> car le contexte politique suisse se caractérise par une recherche de compromis avant qu'un conflit juridique éclate. En outre, si un canton peut toujours contester sur cette base un acte fédéral, les effets du contrôle effectué par le Tribunal sont limités puisque l'art.113§3 aCS 1874 (art.190 CS) le contraint à appliquer le droit fédéral<sup>1265</sup>.

### **C. L'obligation de coopération loyale dans l'Union européenne**

<sup>1258</sup> BGE 85 I 103 (p.109, pt.14) (souligné par : EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.219).

<sup>1259</sup> BGE 125 I 227 (21 avril 1999) (pp.229-230 et p.239 ; pts.1-36 et pt.59).

<sup>1260</sup> *Ibid.*, p.239, pt.61.

<sup>1261</sup> *Ibid.*, pp.243-244, pt.79.

<sup>1262</sup> *Ibid.*, p.246, pt.88. Le Tribunal rappelle les différentes obligations dans ce cadre : l'obligation d'informer immédiatement le Conseil fédéral, de demander l'aide d'autres cantons et de "*tolérer l'intervention de la troupe sur son territoire*" découlant de l'art. 16§1 aCS 1874 ainsi que, "*plus généralement, l'obligation de satisfaire, à l'égard de la Confédération et des autres cantons, à l'obligation constitutionnelle d'entraide, de collaboration et d'assistance (art. 44§ 1 et 2*" aCS 1874).

<sup>1263</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), pp.378-379. On soulignera que cette position s'explique aussi par le lien important que l'auteur fait entre "l'émergence et l'importance" de la fidélité fédérale et l'existence d'un juge constitutionnel chargé de le faire respecter (*Ibid.*, p.383). Seulement ce principe trouve également une expression par les décisions des autorités politiques comme on l'a vu, et peut ultimement conduire au recours au pouvoir d'exécution fédérale.

<sup>1264</sup> EGLI (P.), *Die Bundestreue...*(*op.cit.* note 1006), p.206.

<sup>1265</sup> En ce sens, si Alfred KÖLZ notait en 1980 que le Tribunal fédéral n'avait encore jamais expressément fait référence à la fidélité fédérale, il soulignait dans le même temps le très faible nombre de procédures de conflits de compétence et que l'art.113§3 en laissant sans sanction l'intervention fédérale dans des compétences des cantons au moyen de loi formelle en est la cause (*Bundestreue...*(*op.cit.* note 778), p.154 et note 40).



**311.** Au contraire du contexte suisse, l'Union européenne connaît avec le principe de coopération loyale une formulation expresse de la fidélité fédérale dans les traités que la Cour de justice applique très largement. L'expression "coopération loyale", qui s'est imposée depuis l'arrêt *Luxembourg c/ Parlement européen* de 1983<sup>1266</sup>, est reprise par le Traité de Lisbonne à l'art.4§3 du TUE. Ce principe permet une cohérence, une unité. Comme le souligne Marc Blanquet, il n'y a "*pas de hiérarchie entre les institutions communautaires et les institutions [...] des Etats membres assurant le rôle essentiel d'application*", et l'effectivité du droit communautaire est assurée par leur coopération encadrée par les obligations découlant de ce principe de coopération loyale<sup>1267</sup>. Il est une traduction particulière des conséquences du statut d'Etat membre à la Fédération<sup>1268</sup>.

L'art.5§1 CEE (10§1 CE) précisait que "*les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté*" et qu' "*ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission*". Il renvoyait à l'obligation positive d'assistance et de coopération. L'art.5§2 CEE (10§2 CE) poursuivait qu' "*ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité*". Il renvoyait à l'obligation négative de respect des compétences de l'Union européenne. L'art.11§2 UE posait un principe similaire pour la PESC<sup>1269</sup>. Avec la fin des piliers le principe de coopération loyale posé art.4§3 TUE<sup>1270</sup> s'impose désormais dans tous les domaines. Ce dernier reprend les obligations posées dans les anciennes versions de la disposition aux al.2 et 3, mais selon un autre découpage moins logique<sup>1271</sup>. L'art.4§3 al.1 TUE est quant à lui un apport par rapport aux versions précédentes : il précise le caractère réciproque du principe, puis les obligations de respect et d'assistance mutuels découlant de la fidélité fédérale. Les alinéas 2 et 3 visent comme l'ancienne disposition uniquement les Etats.

Après avoir précisé sa signification et ses destinataires (1), nous précisons les obligations qu'il implique (2).

### ***1) Signification et destinataires du principe***

---

<sup>1266</sup> CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/ Parlement européen*, aff. 230/81, *Rec.1983* p.225 (Souligné par : BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.118). Pour désigner le principe posé à l'art.5 CEE (10 CE), la Cour de justice a d'abord parlé de principe de "solidarité" (CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. 6/69, *Rec.1969* p.523, pt.16) puis utilisé plusieurs expressions comprenant le terme "coopération". Elle emploie encore parfois d'autres expressions : "*obligations de coopération et de fidélité communautaire*" (Aff.C-195/90, *Rec.1992* p.I-3141, pt.9).

<sup>1267</sup> BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.121-122.

<sup>1268</sup> Marc BLANQUET souligne en ce sens qu'il traduit la "*logique de l'appartenance [à la CE] et permet de dessiner un « statut d'Etat membre » de la Communauté*" (*Ibid.*, p.157).

<sup>1269</sup> Art. 11§2 UE : "*Les États membres appuient activement et sans réserve la politique extérieure et de sécurité de l'Union dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle.*

*Les États membres œuvrent de concert au renforcement et au développement de leur solidarité politique mutuelle. Ils s'abstiennent de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptible de nuire à son efficacité en tant que force de cohésion dans les relations internationales.*

*Le Conseil veille au respect de ces principes."*

<sup>1270</sup> Art.4§3 TUE : "*En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.*

*Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.*

*Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union."*

<sup>1271</sup> Il regroupe dans l'al.2 la première partie de l'art.10§1 CE, expression positive du principe, et l'art.10§2 CE, expression négative, et dans un al.3 la seconde partie de l'art.10§1 CE, expression positive du principe.



**312.** La signification du principe inclus à l'art.5 CEE (10 CE ; 4§3 TUE) a longtemps fait l'objet de débats, qui semblent largement clos aujourd'hui avec les développements jurisprudentiels (a). Les destinataires de cette disposition ont également été l'objet de discussion, mais le Traité de Lisbonne en modifiant son énoncé et en ajoutant une disposition propre aux relations institutionnelles permet de clarifier la situation (b).

### a) Signification du principe

**313.** La jurisprudence a d'abord laissé penser qu'il s'agissait d'une règle avec l'aide de laquelle l'effet utile des autres dispositions serait assuré, la Cour ne se fondant que rarement isolément sur lui<sup>1272</sup>. On peut citer en ce sens un arrêt *Commission c/ Italie* de 1987, dans lequel la Cour constate qu' "eu égard à [d]es manquements à des dispositions spécifiques, il est sans intérêt d'examiner si la République italienne a [...] également manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5 du traité"<sup>1273</sup>. On peut aussi évoquer l'arrêt *Moormann* de 1988<sup>1274</sup> dans lequel la Cour s'est fondée sur l'art.5 CEE en lien avec l'art.189§3 CEE pour rappeler que toute autorité nationale est tenue de ne pas appliquer le droit national qui contredit une directive non encore transposée ou un texte national faisant une mauvaise transposition d'une directive, dès lors que les dispositions de la directive en cause sont d'effet direct, alors que l'art.189§3 CEE était une base suffisante<sup>1275</sup>. Une telle vision conduisait comme le souligne Marc Blanquet, à ôter à ce principe quasiment toute portée, à lui conférer un effet largement "tautologique"<sup>1276</sup>.

Certains auteurs prétendent selon une perspective comparable que le principe de coopération loyale est une expression du principe de bonne foi au sens de l'art.27 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Selon cette perspective, il met à disposition un critère pour la manière dont doivent être remplies les obligations du traité, une mesure de comportement qui ne peut obtenir de force contraignante qu'en lien avec les dispositions concrètes du traité<sup>1277</sup>. Ainsi l'interdiction d'opposer à ses obligations son droit interne se retrouve dans le contexte international et dans la jurisprudence européenne. Le droit international ne permet toutefois d'expliquer qu'une partie des fonctions du principe de coopération loyale, on ne pourrait notamment pas comprendre par ce biais qu'il puisse fonder des obligations quand des normes communautaires concrètes font défaut<sup>1278</sup>.

La coopération loyale est aussi parfois rapprochée de l'interdiction d'abus de droit qui renvoie notamment aux situations dans lesquelles un Etat exerce ses droits de telle façon qu'il viole les droits d'un autre Etat. Cette interdiction de l'abus de droit est en lien étroit avec les obligations de respect mutuel découlant de la coopération loyale, mais elle ne permet pas de saisir les obligations de coopération et de soutien mutuel que la coopération loyale implique également<sup>1279</sup>.

Une partie de la doctrine a pendant une période rejeté tout caractère juridiquement contraignant à l'art.5 CEE en raison de sa généralité, mais, comme le souligne Marc Blanquet, une telle indétermination concerne de nombreux principes du droit communautaire auquel on

<sup>1272</sup> Souligné par : LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), p.79.

<sup>1273</sup> CJCE, 17 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff.394/85, *Rec.*1987 p.2741, pt.21.

<sup>1274</sup> CJCE, 20 septembre 1988, *Moormann*, aff.190/87, *Rec.*1988 p. 4689.

<sup>1275</sup> Souligné par : LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), p.33 ; BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.65.

<sup>1276</sup> Pour une présentation de cette conception "tautologique" et sa critique voir : BLANQUET (M.), *Ibid.*, pp.26-30.

<sup>1277</sup> Sur le rapprochement de l'article 27 de la Convention de Vienne, cf. les présentations critiques de : LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), pp.82-83 ; BLANQUET (M.), *Ibid.*, pp.30-34.

<sup>1278</sup> En ce sens : LÜCK (M.), *Ibid.*, p.83. En outre, il relève que la bonne foi du droit international présuppose la réciprocité, alors qu'en droit communautaire au contraire la réciprocité est rejetée

<sup>1279</sup> En ce sens : LÜCK (M.), *Ibid.*, p.89.

reconnait néanmoins une valeur juridique<sup>1280</sup>.

**314.** Mais avec le dégageant d'obligations par la Cour de justice sur le seul fondement de l'art.5 CEE, toute affirmation d'une absence de juridicité et d'interprétation tautologique ont été écartées<sup>1281</sup>. Par ailleurs, la coopération loyale a pu être rapprochée de la fidélité fédérale<sup>1282</sup>. Michael Lück souligne bien la dimension constitutionnelle du traité, que l'UE n'est pas une simple association internationale lâche, comme explication du rapprochement de la coopération loyale de la fidélité fédérale<sup>1283</sup>, mais il poursuit que la coopération loyale n'est pas un instrument juridique qui peut être déduit du fédéralisme, mais qu'il est plutôt un principe juridique qui résulte des particularités structurelles de la Communauté européenne<sup>1284</sup>. Comme pour le même point de vue exprimé pour la fidélité fédérale en Allemagne, nous soulignerons que c'est le fédéralisme sous-jacent à la construction européenne qui le justifie et que ce sont uniquement ses manifestations concrètes qui peuvent être considérées comme adaptées au contexte juridique de l'UE.

Deux conséquences sont alors à tirer. Tout d'abord comme le soulignent notamment Jean-Victor Louis et Marc Blanquet, le principe de coopération loyale joue "*en l'absence d'un conflit normatif direct*"<sup>1285</sup>, il déploie tout son potentiel en l'absence d'obligation textuelle claire en droit communautaire. L'obligation de coopération loyale visant le bon fonctionnement de l'UE dans la perspective de bons rapports entre les deux niveaux, il apparaît logique que la Cour de justice rejette l'effet direct de l'art.5 CEE (10 CE ; 4§3 TUE)<sup>1286</sup>.

## b) Les destinataires du principe

**315.** La signification du principe de coopération loyale ayant été présentée, il convient maintenant de préciser ses destinataires. A cet égard, si la version du principe posée à l'art.5 CEE, reprise à l'art.10 CE, vise uniquement comme destinataires les Etats, la Cour indique dès un arrêt *Luxembourg c/ Parlement* de 1983 qu'il est également opposable aux organes de la Communauté<sup>1287</sup>. Appliqué dans cette affaire au Parlement, elle le réaffirme dans d'autres arrêts dans le cas de Commission, énonçant que celle-ci est "*tenue, en vertu de l'article 5 du traité, à une obligation de coopération loyale avec les autorités judiciaires des États membres chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national*"<sup>1288</sup>.

Marc Blanquet critiquait dans sa thèse cette application par la Cour de l'art.5 CEE (10 CE) aux institutions européennes vis-à-vis des Etats membres, estimant que l'article ne visait que les Etats membres et que "*seul le principe général, et non sa conséquence partielle dans le traité,*

<sup>1280</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), pp.241-244.

<sup>1281</sup> Voir sur ces points : *Ibid.*, pp.256-265.

<sup>1282</sup> En ce sens : LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), pp.140-141 ; GIEGERICH (T.), *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess : Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*, Springer, Berlin, p.656 ; BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), pp.105-106.

<sup>1283</sup> LÜCK (M.), *Ibid.*, pp.154-155.

<sup>1284</sup> *Ibid.*, p.162.

<sup>1285</sup> LOUIS (J.-V.), Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la communauté européenne et ses Etats membres, *Journal of European Integration*, 1979, vol.2 n°3, pp.364 et s. (cité par BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.217 qui partage ce point de vue).

<sup>1286</sup> CJCE, 24 octobre 1973, *Schlüter*, aff.9/73, *Rec.*1973 p.1161. Voir pour une discussion sur l'effet direct de l'art.5 CEE : BLANQUET (M.), *Ibid.*, pp.265-280.

<sup>1287</sup> CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/ Parlement*, aff. 230/81, *Rec.*1983 p. 255, pt.37.

<sup>1288</sup> CJCE, 28 février 1991, *Delimitis*, aff. 234/89, *Rec.*1991 p.I-935, pt.53 ; voir aussi notamment : CJCE, 13 juillet 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88, *Rec.*1990 p.I-3365, pt.17 ; CJCE 11 juin 1991, *Athanasopoulos*, aff. C-251/88, *Rec.*1991 p.I-2797, pt.57.



*p[ouvai]t être source de ces obligations de la Commission*"<sup>1289</sup>. Une expression appropriée était employée selon lui quand la Cour parlait de "*règle imposant aux Etats membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération loyale qui inspire notamment l'article 5 du traité CEE*"<sup>1290</sup> ou affirmait que "*l'article 5 du traité [...] est l'expression de la règle plus générale imposant aux Etats membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération et d'assistance loyales*"<sup>1291</sup>. C'est pourquoi il estimait dans sa thèse que l'art.5 CEE était uniquement une expression particulière du principe de fidélité fédérale<sup>1292</sup>.

En outre, la Cour applique également ce principe aux relations entre Etats dans un arrêt *Italie c/ Commission* de 1990<sup>1293</sup>, et le réaffirme notamment dans l'arrêt *Espagne c/ Commission* de 1995<sup>1294</sup>.

Comme le soulignent Claude Blumann et Louis Dubouis, la nouvelle formule incluse dans l'art.4§3 TUE clôt le débat en mettant l'accent sur le caractère réciproque des obligations de coopération loyale entre l'UE et les Etats membres, mais aussi sur le respect mutuel entre les Etats membres entre eux<sup>1295</sup>.

**316.** La Cour a par ailleurs reconnu l'application de la coopération loyale entre institutions dans un arrêt *Grèce c/ Conseil* de 1988 dans lequel elle ne cite certes pas l'art.5 CEE, mais énonce que "*prévalent les mêmes devoirs réciproques de coopération loyale que ceux qui régissent les relations entre les États membres et les institutions communautaires*"<sup>1296</sup>. Ce rapprochement est critiquable car l'art.5 CEE est la traduction d'un principe nécessaire au fonctionnement d'une union fédérale, alors que la coopération loyale entre les institutions européennes est l'application d'une règle classique pour les systèmes constitutionnels qui a tout au plus un lien indirect avec le fédéralisme dans le contexte européen en participant à l'équilibre des intérêts. Le Traité de Lisbonne tire d'ailleurs les conséquences de cette différence en donnant une base juridique séparée à ce dernier à l'art.13§2 TUE.

## **2) Les obligations imposées par le principe**

**317.** La jurisprudence a précisé différentes obligations qui s'imposaient sur la base du principe de coopération loyale. Claude Blumann et Louis Dubouis distinguent pour leur part les obligations négatives de ne pas porter atteinte au droit communautaire, et les obligations positives découlant du principe de coopération loyale. Parmi les obligations positives, ils différencient une "*obligation positive de résultat*" de prendre toutes les mesures nécessaire générales ou particulières pour assurer la bonne exécution des obligations communautaires et une "*obligation positive de moyen*" destinées à "*faciliter à la Communauté l'accomplissement de sa mission*"<sup>1297</sup>. Nous suivrons un découpage général qui s'en rapproche puisque nous emploierons les expressions d'obligations négative de respects mutuels (a) et positive d'assistance et d'action (b), découpage que l'on retrouve à l'art.4§3 TUE. Nous suivrons par contre une différenciation différente au niveau des obligations d'assistance ne recoupant pas obligation de moyen et de résultat.

<sup>1289</sup> BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.119.

<sup>1290</sup> Aff. 230/81, *Luxembourg c/ Parlement*, pt.37.

<sup>1291</sup> CJCE, 15 janvier 1986, *Hurd*, aff.44/84, *Rec.*1986 p.29, pt.38.

<sup>1292</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.369.

<sup>1293</sup> Aff.C-10/88, *Italie c/ Commission*, *Rec.*1990 p.I-1229.

<sup>1294</sup> CJCE, 29 juin 1995, *Espagne c/ Commission*, aff.C-135/93, *Rec.*1995 p.I-1651.

<sup>1295</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.111.

<sup>1296</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c/Conseil*, aff.204/86, *Rec.*1988 p.5323, pt.17. Voir sur la coopération loyale dans le cadre des rapports interinstitutionnels européens : Partie I chap.II sect.II §1 B.

<sup>1297</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), p.107.



## a) Obligations négatives de respects mutuels

### Respect du bon fonctionnement des institutions

**318.** On relève tout d'abord des "*obligations de collaboration structurelle*", incluant notamment une "*obligation de participation [...] aux travaux des institutions communautaires*" étant précisé que celle-ci doit avoir lieu *dans un certain esprit*", même si Marc Blaquet souligne qu'elles n'ont pas été véritablement exploitées<sup>1298</sup>. Ainsi, quand le représentant d'un Etat membre empêche une décision au Conseil qui exige l'unanimité en refusant tout compromis en appelant à son droit national ou essaie de bloquer une décision à la majorité en utilisant le compromis de Luxembourg, on pourrait considérer qu'il y a atteinte à l'art.10 CE<sup>1299</sup>. Mais en pratique, la recherche d'une solution politique l'emporte<sup>1300</sup>. Ainsi, lors de la crise de la chaise vide de 1965, la France critiquait notamment le poids trop important de la Commission, si bien que l'introduction d'un recours en manquement par cette dernière aurait pu être dangereux pour l'avenir de la CEE. De même, la possibilité, évoquée par Marc Blaquet, qu'un mandat de négociation au Conseil trop rigide donné par un parlement national soit déclaré contraire au principe de coopération loyale<sup>1301</sup> va à l'encontre de la volonté d'augmentation des pouvoirs de contrôle des parlements nationaux sur le processus de décision européen.

La coopération loyale implique par ailleurs une interdiction de perturber le fonctionnement interne des organes communautaires<sup>1302</sup>. Dans l'arrêt *Lord Bruce of Donington* de 1981, la Cour reconnaît certes la compétence des Etats en matière d'imposition des indemnités de frais de voyage des députés européens, mais la limite sur la base de l'art.5 CEE en énonçant que celle-ci ne doit pas constituer un obstacle à leurs déplacements<sup>1303</sup>. Dans l'arrêt *Luxembourg c/ Parlement* de 1983, la Cour énonce tout d'abord que les gouvernements des Etats "*doivent veiller à ce que [des] décisions [provisoires] n'entravent pas le bon fonctionnement du Parlement*" en vertu de l'art.5 CEE<sup>1304</sup>. Puis elle poursuit qu' "*en vertu des devoirs réciproques de coopération [...], les décisions du Parlement [...] doivent respecter la compétence des gouvernements des Etats membres de fixer le siège des institutions*"<sup>1305</sup>.

Dans l'arrêt *Hurd* de 1984 se posait la question du droit des Etats à prendre de mesures hors du domaine des traités qui étaient à la charge financière de la CE. La Cour indique que les obligations existant dans le cadre du traité ne peuvent être appliquées à un accord particulier entre Etats membres extérieur à ce cadre, mais ajoute que l'art.5 CEE s'applique par exception dans le cas où les effets d'une disposition du traité CEE ou du droit dérivé ou le fonctionnement des organes de la CE seraient perturbés<sup>1306</sup>. Autre illustration, l'arrêt *Commission c/ Belgique* de 1987 dans lequel la Cour indique que l'art.5 CEE exigeait de la Belgique une consultation préalable de la Commission avant de transférer à la Communauté européenne la charge, qu'elle supportait jusqu'alors, des prestations sociales dont bénéficiaient les fonctionnaires et les agents européens<sup>1307</sup>.

### Obligations des Etats dans les relations internationales

Les Etats ne peuvent conclure des accords internationaux dans des domaines de

<sup>1298</sup> Souligné par : BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.131.

<sup>1299</sup> Souligné par : GIEGERICH (T.), *Europäische...*(*op.cit.* note 1282), p.656.

<sup>1300</sup> En ce sens : BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.134.

<sup>1301</sup> *Ibid.*, p.136.

<sup>1302</sup> En ce sens : LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), p.60 ; BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.139.

<sup>1303</sup> CJCE, 15 septembre 1981, *Lord Bruce of Donington*, aff. 208/80, *Rec.*1981 p. 2205, pts.14-15.

<sup>1304</sup> Aff. 230/81, *Luxembourg c/ Parlement*, pt.37.

<sup>1305</sup> *Ibid.*, pt.38. Sur la question du siège des institutions et notamment du Parlement européen, cf. : partie II chap.II.

<sup>1306</sup> Aff.44/84, *Hurd*, pts.38-39.

<sup>1307</sup> CJCE, 7 mai 1987, *Commission c/ Belgique*, Aff.186/85, *Rec.*1987 p.2029, pt.39.



compétences partagées que sous la réserve du respect du principe de coopération loyale. Deux arrêts de 2005, *Commission c/ Luxembourg* et *Commission c/ Allemagne*, l'illustrent. Dans les deux espèces, les Etats membres avaient conclu des accords bilatéraux avec différents Etats tiers en matière de transport maritime alors que la Commission avait été mandatée par le Conseil pour négocier un accord en la matière et avait demandé à l'Allemagne et au Luxembourg de s'abstenir de toute initiative qui pourrait porter atteinte à ces négociations. La Cour condamne ces deux Etats pour manquement pour ne pas avoir respecté l'obligation de coopération et de concertation avec la Commission issu de la coopération loyale<sup>1308</sup>.

La sévérité de la Cour quant aux obligations internationales des Etats découlant de ce principe est illustrée par un arrêt *Commission c/ République hellénique* de 2009<sup>1309</sup>. Dans le cadre d'un recours en manquement, la Commission reprochait à la Grèce d'avoir transmis une proposition à l'Organisation maritime internationale alors que la CE disposait d'une compétence exclusive en la matière et qu'aucune habilitation n'avait été donnée aux Etats membres. Elle considérait qu'avait notamment été violé par ce biais l'interdiction, provenant de la coopération loyale, faite aux Etats membres de prendre des mesures qui pourraient porter atteinte aux buts visés par le droit communautaire. Le problème était que l'action reprochée était une simple proposition, et donc un acte non contraignant. L'avocat général rétorquait dans ses conclusions que le processus engagé pouvait aboutir à l'adoption d'une réglementation qui aurait un impact sur le droit communautaire<sup>1310</sup>. La Cour suit cette position<sup>1311</sup>. Cet arrêt permet aussi à la Cour d'énoncer que la violation du principe de coopération loyale par les institutions européennes ne permet pas à un Etat de se libérer de ses obligations européennes, et notamment de violer ce même principe<sup>1312</sup>.

Un autre arrêt *Commission c/ Suède*<sup>1313</sup> de 2010, réaffirme la même sévérité, dans un domaine de compétence partagée alors que dans l'arrêt précité il s'agissait d'une compétence exclusive. La Commission avait fait une proposition de décision visant à l'autoriser à soumettre au nom de la Communauté européenne des propositions d'inscription de produits chimiques parmi ceux que deux conventions internationales, auxquelles la Communauté européenne était partie, visaient à éliminer. La Suède avait fait sa propre proposition d'inscription, ce que la Commission lui reprochait car cela portait notamment atteinte à l'art.10 CE. La Suède rétorquait qu'aucune décision n'avait encore été adoptée au niveau européen, qu'en outre le devoir de coopération loyale avait une portée plus limitée dans un domaine comme celui de l'espèce où la compétence était partagée entre les Etats et la CE<sup>1314</sup>. La Cour rejette l'argumentation. Elle rappelle d'une part que ce devoir a la même portée quelle que soit la nature partagée ou exclusive des compétences concernées et que dans le cas d'une compétence partagée une obligation de coopération étroite entre les deux niveaux européen et étatique s'impose<sup>1315</sup>. Elle indique d'autre part qu'il n'y avait pas de vide juridique, car les discussions en cours au Conseil étaient sur le point d'aboutir et qu'il existait donc une "stratégie commune" que la CE comptait présenter. Or celle-ci n'incluait pas l'objet visé par la proposition de la Suède. La Cour estime que cette proposition pouvant aboutir à l'adoption d'une modification de la convention à laquelle était partie la CE, son existence suffisait à constituer une violation de l'art.10 CE<sup>1316</sup>.

<sup>1308</sup> CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Luxembourg*, aff.C-266/03 Rec.2005 p.I-48/05, pts.59-66 ; CJCE, 14 juillet 2005, *Commission c/ Allemagne*, aff.C-433/03, Rec.2005 p.I-6967, pts.63-73.

<sup>1309</sup> CJCE, 12 février 2009, *Commission c/ République hellénique*, aff. C-45/07, Rec.2009 p. I-701.

<sup>1310</sup> Aff. C-45/07, *Commission c/ République hellénique*, pts.20-21.

<sup>1311</sup> *Ibid.*, pt.22-23.

<sup>1312</sup> *Ibid.*, pt.24 et pt.26. La Cour reconnaît en l'espèce que la Commission avait violé ce principe.

<sup>1313</sup> CJUE, 20 avril 2010, *Commission c/ Suède*, aff. C-246/07, Rec.2010 p. I-3317.

<sup>1314</sup> *Ibid.*, pts.46 et 70.

<sup>1315</sup> *Ibid.*, pts.71 et 73.

<sup>1316</sup> *Ibid.*, pts.103-105.



**319.** Comme le résume Eleftheria Neframi, alors que dans le domaine des compétences internationales partagées il y a une "*obligation de comportement*" préventive, "*l'obligation de coopération loyale étant liée à l'existence d'un risque*" qui "*pourra se matérialiser lorsque la Communauté exercera sa propre compétence*", dans le domaine des accords internationaux mixtes il y a "*une obligation de résultat*", l' "*obligation d'assurer l'unité de la représentation internationale malgré le partage des compétences*"<sup>1317</sup>.

Un arrêt *Commission c/ Irlande* de 2006<sup>1318</sup> illustre les conséquences de la coopération loyale dans le cas de ces accords mixtes. En l'espèce, un projet d'usine donnant sur la mer d'Irlande validé par les autorités britanniques était contesté par les autorités irlandaises. L'Irlande avait demandé la constitution d'un tribunal arbitral en vertu d'une convention sur la protection du milieu marin dans l'Atlantique qui avait été approuvée au nom de la CE. Le RU contestait la compétence de ce tribunal en invoquant la compétence de la CJCE et la Commission avait demandé à l'Irlande pour cette même raison de suspendre la procédure d'arbitrage et de lui transmettre les documents concernant le litige. L'Irlande n'en ayant fourni qu'une partie, la Commission saisit la CJCE d'un recours en manquement à son encontre. La Cour affirme dans son arrêt que "*l'obligation des États membres, prévue à l'article 292 CE [...] de respecter la compétence exclusive de la Cour [...] doit être comprise comme une manifestation spécifique de leur devoir plus général de loyauté qui découle de l'article 10 CE*"<sup>1319</sup>. Elle conclut à la violation combinée des articles 292 et 10 CE. Au-delà de la compétence de la Cour, le recours à l'art.10 CE assure ici la cohérence extérieure de la CE qui était en jeu. La Commission soulignait en effet que l'action de l'Irlande était "*hautement préjudiciable à l'efficacité ainsi qu'à la cohérence de l'action extérieure de la Communauté*"<sup>1320</sup>.

#### Obligation étatique de respect des intérêts européens dans l'exercice de leurs compétences

**320.** Par ailleurs, la coopération loyale "*oblige les États à préserver les effets des actions [...] communautaires, au-delà même de la stricte portée juridique contraignante de ces derniers*", obligation que Marc Blanquet qualifie de loyauté fonctionnelle<sup>1321</sup>. Dans un arrêt *Inno c/ ATB* de 1977, la Cour indique ainsi que si l'art.86 CEE qui interdit les abus de position dominante s'adresse aux entreprises, il découle en vertu de l'art.5 CEE que les États ne doivent pas prendre ou maintenir de mesure qui porteraient atteinte à l'effet utile de cette disposition<sup>1322</sup>. Un arrêt *Leclerc* de 1985 illustre également cette obligation. La Cour y affirme que si l'art.85 CEE interdisant les ententes entre entreprises ne concerne qu'un comportement entrepreneurial, lu en combinaison en vertu de l'art.5§2 CEE, il oblige un État à s'abstenir de prendre une réglementation qui porterait atteinte à son effet utile<sup>1323</sup>.

Il est également possible de déduire, par la lecture combinée des articles 288 TFUE et 4§3 TUE, l'interdiction faite aux États de prendre de mesures qui compromettraient le résultat visé par une directive alors même que le délai de transposition de celle-ci n'est pas expiré<sup>1324</sup>.

Enfin, les États se voient également imposer des obligations lors de l'exercice de leurs

<sup>1317</sup> NEFRAMI (E.), *Exigence...*(*op.cit.* note 721), p.63.

<sup>1318</sup> CJCE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, Aff.C-459/03, *Rec.*2006 p.I-4657.

<sup>1319</sup> *Ibid.*, pt.169.

<sup>1320</sup> *Ibid.*, pt.160.

<sup>1321</sup> BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.137. Voir pour des précisions sur cette obligation de respect de l'effet utile du droit communautaire : ID., *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), pp.172-195.

<sup>1322</sup> CJCE, 16 novembre 1977, *Inno c/ ATB*, aff.13/77 *Rec.*1977 p.2115, pts.30-31.

<sup>1323</sup> CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc c/ Au blé vert*, aff. 229/83, *Rec.*1985 p. 1, pt.14. En l'espèce, la particularité de la réglementation était qu'elle ne favorisait pas de tels accords anticoncurrentiels, mais les rendait inutile (*Ibid.*, pt.15). La Cour estime que dans l'état dans lequel le droit communautaire, l'art.5§2 CEE en liaison avec l'art.85 CEE n'impliquait pas d'obligation suffisamment précise pour conclure à l'interdiction d'une telle réglementation (*Ibid.*, pt.20).

<sup>1324</sup> Souligné par : BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.138.



compétences exclusives sur cette base, comme l'illustre l'arrêt *Matteucci* de 1988<sup>1325</sup>. La Cour déduit de l'art.5 CEE que si "*l'application d'une disposition de droit communautaire risque d'être entravée par une mesure prise dans le cadre de la mise en œuvre d'une convention bilatérale, même conclue hors du champ d'application du traité, tout Etat membre est tenu de faciliter l'application de cette disposition et d'assister, à cet effet, tout autre Etat membre auquel incombe une obligation en vertu du droit communautaire*"<sup>1326</sup>. Les obligations sont ici intermédiaires, il s'agit d'adapter le droit dans leur domaine de compétence en tenant compte des intérêts communautaires. Comme le souligne toutefois Michael Lück, une obligation de coopération dans un domaine de compétence exclusive nationale reste toutefois un cas rare par rapport aux obligations de respect mutuel<sup>1327</sup>.

## b) Obligations positives d'assistance et d'action

### Obligations des Etats d'assurer une exécution efficace du droit européen

**321.** L'Union européenne ne dispose que d'une compétence ponctuelle pour régler la procédure administrative ou l'organisation des autorités des Etats membres, là où en Allemagne, d'importantes compétences d'encadrement existent. Cela a pour conséquence que la fidélité fédérale n'a en Allemagne qu'une importance moindre dans l'exécution du droit fédéral alors que la coopération loyale remplit une fonction centrale en la matière dans le cadre européen<sup>1328</sup>. Les Etats jouent un rôle essentiel pour la "*mise en œuvre et la garantie du droit communautaire*", si bien que Marc blanquet conclut que "*le principe de coopération est finalement ici, pour l'essentiel, un principe de décentralisation communautaire, donnant une fonction de « relais » aux organes des Etats membres*"<sup>1329</sup>, tout en soulignant que "*le caractère instrumentale de cette mission [...] ne s'accompagne pas d'une quelconque soumission hiérarchique des autorités d'exécution [étatiques] aux instances de conception [européennes]*", même si les conditions d'exécution peuvent apparaître en pratique comparables à celles qu'on verrait dans le cas d'un tel rapport de soumission<sup>1330</sup>.

L'art.4§3 al.2 (10§1 CE ; 5§1 CEE) ne se résume pas à rappeler l'obligation pour les Etats d'exécuter leurs obligations, il impose aux Etats d'aller au-delà des obligations posées dans les différentes dispositions du droit européen, de prendre toutes les mesures permettant d'assurer l'effectivité de ce dernier. Comme le souligne Marc Blanquet, il déploie son plein effet lorsqu'il pallie l'absence d'obligation textuelle<sup>1331</sup>. La Cour énonce ainsi dans un arrêt *Deutsche Milchkontor* de 1983 qu' "*il appartient aux Etats membres, en vertu de l'article 5 du traité, d'assurer sur leurs territoires l'exécution des réglementations communautaires*"<sup>1332</sup>. Et dans un arrêt *Italie c/ Commission* de 1989, la Cour affirme le rôle des Etats "*en vertu du principe de coopération loyale entre les administrations communautaire et nationales, posé par l'article 5 du traité CEE, [...] d'assurer la mise en œuvre correcte du droit communautaire*"<sup>1333</sup>. La Cour l'exprime encore plus clairement dans un arrêt *Scheer* de 1970 en énonçant que les Etats avaient "*en vertu des dispositions générales de l'article 5 du traité, l'obligation de tout faire pour*

<sup>1325</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Matteucci*, aff.235/87, *Rec.*1988 p.5589 (souligné par : LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), p.57.

<sup>1326</sup> Aff.235/87, *Matteucci*, p.5612. En l'espèce une convention culturelle germano-belge de 1956 prévoyait des aides d'Etat pour les étudiants nationaux de l'autre pays contractant et une étudiante italienne vivant en Belgique ayant demandé à en bénéficier à une école allemande se voit opposer un refus.

<sup>1327</sup> LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), p.58.

<sup>1328</sup> Souligné par : *Ibid.*, p.132.

<sup>1329</sup> BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.123.

<sup>1330</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.47.

<sup>1331</sup> *Ibid.*, p.34 et p.37.

<sup>1332</sup> CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. 205 à 215/82, *Rec.*1983, p.2633, pt.17.

<sup>1333</sup> CJCE, 14 novembre 1989, *Italie c/ Commission*, aff. 14/88, *Rec.*1989, p.3677, pt.20.



*assurer l'effet utile de l'ensemble des dispositions du règlement*"<sup>1334</sup>.

Les administrations et le législateur ne sont pas les seuls concernés, la Cour affirme ainsi dans ce même arrêt *Scheer* que le "*devoir en vertu de l'article 5 du traité [...] s'impos[e] à toutes les autorités des Etats membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles*"<sup>1335</sup>. En effet, comme elle le souligne dans l'arrêt *Rewe* de 1976, "*par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire*"<sup>1336</sup>.

### Obligations procédurales et de sanction effective des violations du droit de l'Union européenne

**322.** La coopération loyale permet également de pallier l'absence de disposition procédurale communautaire habilitant les Etats à agir à l'encontre de personnes ayant violé le droit communautaire. La Cour avait déjà dans l'arrêt précité *Rewe* de 1976, indiqué sur cette base qu'"*il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours*"<sup>1337</sup>. Elle a ensuite précisé le cadre s'imposant aux Etats dans l'arrêt *Deutsche Milchkontor*. Elle énonce qu'en l'absence de dispositions communautaires relatives aux procédures administratives à suivre pour prévenir et poursuivre les violations du droit européen, la procédure administrative nationale s'applique, sous réserve de ne pas mettre en place des modalités qui rendraient la réalisation du droit communautaire impossible en pratique et d'employer des moyens comparables à ceux utilisés pour des procédures purement nationales similaires<sup>1338</sup>. La Cour précise toutefois dans un arrêt *Unibet* de 2007<sup>1339</sup> que la coopération loyale "*n'impose pas l'existence [...] de la voie de droit la plus efficace [...] mais se contente de l'existence d'autres voies de droit, qui ne sont pas moins favorables que celles régissant les actions nationales similaires*"<sup>1340</sup>.

Autre obligation procédurale s'imposant aux juges nationaux, la Cour a affirmé dans un arrêt *Simmenthal* de 1978, qu'ils doivent laisser inappliquées les dispositions nationales qui diminueraient l'efficacité du droit communautaire en leur refusant le pouvoir d'écarter le droit national entravant la bonne application du droit communautaire, notamment en les obligeant à attendre la décision d'une autre autorité<sup>1341</sup>. Alors que l'art.5 CEE n'était pas mentionné dans l'arrêt *Simmenthal*, la Cour souligne le lien entre cette obligation et le principe de coopération loyale dans son arrêt *Factortame* de 1990<sup>1342</sup>. Elle ajoute dans cette décision que cette disposition impose également au juge d'écarter toute norme nationale qui l'empêcherait de prendre des mesures provisoires<sup>1343</sup>.

**323.** La coopération loyale implique en outre pour les Etats de prévoir des sanctions efficaces pour les violations du droit de l'UE dans leur droit interne. Dans un arrêt *Commission c/ Grèce* de 1989, la Cour affirme que "*lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions [...] nationales, l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes*

<sup>1334</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70, *Rec.*1970, p.1197, pt.10.

<sup>1335</sup> CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, *Rec.*1984, p.1891, pt.26.

<sup>1336</sup> CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff.33/76, *Rec.*1976, p.1989, pt.5.

<sup>1337</sup> *Ibid.*

<sup>1338</sup> *Deutsche Milchkontor*, aff. 205 à 215/82, pt.19 et pts.22-23. Voir aussi CJCE, 6 mai 1982, *Fromme c/ BALM*, aff.54/81, *Rec.*1982 p.1149.

<sup>1339</sup> CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*2007 p. I-2271.

<sup>1340</sup> NEFRAMI (E.), A propos...(*op.cit.* note 742), p.214.

<sup>1341</sup> CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*1978, p.629, pt.22 et pt.26.

<sup>1342</sup> CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.*1990 p. I-2433, pts.18 et 20 (souligné par : BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.63).

<sup>1343</sup> *Ibid.*, pt.21.



mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire"<sup>1344</sup>. Elle poursuit que "tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif"<sup>1345</sup>. Enfin, elle énonce que les autorités doivent "procéder, à l'égard des violations du droit communautaire, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes"<sup>1346</sup>.

La Cour précise par ailleurs dans l'arrêt *Francovitch* que l'obligation de réparation des Etats membres trouve notamment son fondement dans le principe de coopération loyale posés art.5 du traité CE (10 CE)<sup>1347</sup>. En outre, elle ajoute toujours en se fondant sur ce principe<sup>1348</sup> et en affirmant rechercher l'effet utile du droit communautaire, que "les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation"<sup>1349</sup>.

**324.** Enfin, il existe sur la base de la coopération loyale une obligation d'action contre des agissements violant le droit de l'UE comme l'illustre l'arrêt dit "*la Guerre des fraises*" de 1997<sup>1350</sup>. La Cour suit la Commission qui argumentait dans le cadre du recours en manquement contre la France que l'absence d'intervention policière à l'encontre d'actions violentes d'agriculteurs à l'encontre de marchandises espagnoles constituait une entrave à la libre circulation des marchandises en s'appuyant en complément de l'art.30 CEE sur l'art.5 CEE. Ce dernier imposait à l'Etat français d'agir. Il est possible de rapprocher cet arrêt de la décision de Karlsruhe précité dans lequel était reproché au Land de Hesse de ne pas avoir exercé son pouvoir de contrôle sur une commune alors que le référendum qu'elle organisait était contraire au droit fédéral.

#### Une obligation d'action en cas d'inaction européenne ?

**325.** Dans un arrêt *Commission c/ RU* de 1981<sup>1351</sup>, la Cour énonce le rôle des Etats de "gestionnaire de l'intérêt commun" dans le cas d'une carence des institutions européennes dans un domaine de compétence exclusive de la Communauté, tout en encadrant ses pouvoirs. Elle poursuit que l'art.5 CEE "impose aux Etats membres des devoirs particuliers d'action et d'abstention dans une situation où la Commission, pour répondre à des besoins urgents de conservation, a soumis au Conseil des propositions qui, bien qu'elles n'aient pas été adoptées par celui-ci, constituent le point de départ d'une action communautaire concertée"<sup>1352</sup>. Dans le cas d'une inaction des institutions communautaire dans un domaine de compétence exclusive, comme c'est le cas en l'espèce, la Cour estime que les Etats ne peuvent agir que comme "gestionnaires de l'intérêt commun", et qu'ils doivent informer et rechercher l'accord de la Commission concernant leurs mesures, et doivent s'abstenir d'adopter des dispositions qui

<sup>1344</sup> CJCE, 21 Septembre, 1989, *Commission c/ Grèce*, aff.68/88, *Rec.*1989, p.2965, pt.23.

<sup>1345</sup> *Ibid.*, pt.24.

<sup>1346</sup> *Ibid.*, pt.25.

<sup>1347</sup> Aff. C-6 et 9/90, *Francovitch*, pt.36.

<sup>1348</sup> Marc BLANQUET estime que ce fondement est ici formel et n'apporte rien, constituant une illustration de l'utilisation "tautologique" de la coopération loyale susmentionnée (*L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.68).

<sup>1349</sup> Aff. C-6 et 9/90, *Francovitch*, pt.43.

<sup>1350</sup> CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ République française*, aff. C-265/95, *Rec.*1997 p. I-6959. Voir aussi sur cette affaire : *infra* partie II chap.I sect.I §3 A 1).

<sup>1351</sup> CJCE, 5 mai 1981, *Commission c/ RU*, Aff. 804/79, *Rec.*1981, p.1045. Voir aussi sur cette affaire : *infra* partie II chap.I sect.I §1 A. 2) a).

<sup>1352</sup> Aff. 804/79, *Commission / Royaume-Uni*, pt.26.



auraient fait l'objection de la part de cette dernière, conformément au devoir de collaboration<sup>1353</sup>. Mais la Cour indique explicitement dans un arrêt *ORO* de 1989 que, "*de cette jurisprudence, ne découle pas un principe général selon lequel les États membres auraient l'obligation de se substituer au Conseil lorsque celui-ci s'abstient de prendre des mesures qui relèvent de sa compétence*"<sup>1354</sup>. S'il peut sembler en résulter une absence d'obligation d'action des Etats en cas d'inaction européenne<sup>1355</sup>, Marc Blanquet souligne qu'il ne s'agit pas d'écartier "*l'obligation d'action supplétive*" des Etats en cas d'inaction des institutions européennes dans un des domaines de compétence européenne, mais simplement de refuser de reconnaître une compétence propre des Etats<sup>1356</sup>. Dans un arrêt *Pluimveeslachterijen* de 1984, la Cour précise ainsi que les mesures prises par les Etats "*ne doivent cependant pas être considérées comme relevant de l'exercice d'une compétence propre des Etats membres, mais comme la mise en œuvre du devoir de coopération que leur impose, dans une situation caractérisée par la carence du législateur communautaire, l'article 5 du traité, en vue de la réalisation des objectifs de l'organisation commune de marché*"<sup>1357</sup>. Dans un arrêt *Commission c/ RU* de 1980, la Cour énonce le même sens qu' "*il incombait aux Etats membres [...] de prendre les mesures de conservation nécessaires, dans l'intérêt commun et en respectant les règles tant de fond que de procédure découlant du droit communautaire*"<sup>1358</sup>. En effet, selon elle, "*si ces mesures ne peuvent pas être instituées en temps utile sur une base communautaire, les Etats membres ont non seulement le droit mais également l'obligation d'agir dans l'intérêt de la Communauté*"<sup>1359</sup>. L'avocat général Reischl souligne dans ses conclusions sur cette affaire que cette obligation découle de l'article 5 CEE<sup>1360</sup>. Marc Blanquet rattache cette obligation à un contexte de "crise"<sup>1361</sup>, touchant par exemple la conservation des ressources de la mer comme dans ces arrêts, ou concernant la PAC comme l'illustre une lettre de la Commission de 1985<sup>1362</sup>.

#### Devoir d'information

**326.** Il existe enfin selon la Cour une obligation d'information<sup>1363</sup> qui regroupe l' "*assistance mutuelle horizontale entre administrations nationales, la coopération verticale avec la Commission intervenant dans un sens ascendant (information de la Commission) et descendant (diffusion des informations et coordination)*"<sup>1364</sup>. Les Etats doivent aussi coopérer loyalement avec la Commission lors des enquêtes qu'elle mène, fournir toutes les informations nécessaires, notamment lors des procédures de manquement<sup>1365</sup>. Un arrêt *Commission c/ Grèce* de 1988 donne un exemple de condamnation en manquement d'un Etat pour la seule violation de la coopération loyale, la Grèce n'ayant pas transmis les documents demandés par la Commission dans le cadre de cette procédure<sup>1366</sup>.

La Cour affirme une obligation réciproque d'information de la part des institutions

<sup>1353</sup> *Ibid.*, pts.30-31.

<sup>1354</sup> CJCE, 5 décembre 1989, *ORO*, aff.165/88, *Rec.*1989 p. 4081, pt. 15.

<sup>1355</sup> En ce sens LÜCK (M.), *Die Gemeinschaftstreue...*(*op.cit.* note 1004), p.55.

<sup>1356</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.105.

<sup>1357</sup> CJCE, 8 mars 1984, *Pluimveeslachterijen*, aff.47/83 et 48/83, *Rec.*1984 p. 1721, pt.23.

<sup>1358</sup> CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff.32/79, *Rec.*1980 p. 2403, pt.15.

<sup>1359</sup> *Ibid.*, pt.25.

<sup>1360</sup> Conclusions Reischl dans l'aff.32/79, *Commission c/ RU*, *Rec.*1980 p.2460.

<sup>1361</sup> BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.114.

<sup>1362</sup> La Commission y énonce qu' "*il incombe aux Etats membres, en vertu de l'article 5 du traité, de prendre les mesures nécessaires pour contribuer [...] à éviter une rupture dans le fonctionnement des mécanismes de la politique des marchés agricoles*" (*JOCE*, n°L 153 du 22 juin 1985, p.7, citée par : BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), p.114).

<sup>1363</sup> Pour des précisions : cf. BLANQUET (M.), *L'article 5...*(*op.cit.* note 510), pp.151-162.

<sup>1364</sup> BLANQUET (M.), *La coopération...*(*op.cit.* note 512), p.149.

<sup>1365</sup> CJCE, 11 décembre 1985, *Commission c/ Grèce*, aff.192/84, *Rec.*1985 p.3967, pt.19.

<sup>1366</sup> CJCE, 24 mars 1988, *Commission c/ Grèce*, aff.240/86, *Rec.*1988 p.1835, pt.27.



européennes dans une ordonnance *Zwartveld* de 1990<sup>1367</sup>. En l'espèce, un juge avait demandé l'accès à des rapports de fonctionnaires de la Commission. La Commission ayant refusé, il demande à la CJCE d'enjoindre à la Commission de lui fournir ces informations. La Cour rappelle le devoir de coopération loyale de la part des institutions communautaires sur la base de l'article 5 (10 CE), soulignant que ce devoir est particulièrement important dans les relations avec les juridictions nationales qui sont en charge d'assurer le respect du droit communautaire au sein de l'ordre national<sup>1368</sup>. Elle poursuit que les privilèges et immunités des CE ne sont pas absolus et qu'en particulier concernant les fonctionnaires, le protocole ne peut être utilisé pour éviter de répondre au devoir de coopération loyale avec les juridictions nationales<sup>1369</sup>. Dans l'espèce, la Cour demande à la Commission d'apporter son concours à l'enquête ou de lui présenter les raisons qui justifieraient son refus<sup>1370</sup>. Dans un arrêt *Athanasopoulos* de 1991, la Cour complète cette obligation en précisant qu' "*en vertu de l' article 5 du traité, la Commission et [tout] État membre [...] sont tenus à une obligation de coopération loyale avec les institutions des autres États membres chargées de veiller à l'exécution des obligations découlant*" de la réglementation communautaire<sup>1371</sup>.

## **Section II : La nécessité du développement d'un sentiment d'appartenance fédérale**

**327.** En dehors de l'impératif de cohérence et d'efficacité du droit fédéral, l'institutionnalisation de la Fédération suppose le développement d'un sentiment d'appartenance commun.

**328.** Les expressions utilisées pour traduire les rapports entre l'individu et l'entité fédérale, et entre l'individu et l'entité fédérée sont importantes car la nature juridique de ces deux entités y transparaît.

A cet égard, la Confédération germanique voit se développer le recours à une première expression le rapport à l'entité fédérale, "*droit allemand de la citoyenneté fédérale*" ("*deutsches Bundesbürgerrecht*"). Avec la Confédération du Nord de 1867, le terme "*Bundesangehörige*" ("*personne appartenant à la Fédération*") est employé, alors même que la législation de l'époque ne prévoit pas encore d' "*appartenance fédérale*"<sup>1372</sup>. Sous l'Empire bismarckien, l'expression d'appartenance étatique est utilisée mais, à dessein, uniquement pour le niveau fédéré, et l'on parle d'appartenance fédérale puis d'appartenance impériale dans une loi de 1913<sup>1373</sup>.

L'allemand permet une grande souplesse pour traduire les différents rapports d'appartenance car il utilise le suffixe neutre "*Angehörigkeit*" (appartenance). Ainsi, pour traduire le rapport d'appartenance à l'Etat, on parle de "*Staatsangehörigkeit*", et pour le rapport d'appartenance fédéral de "*Bundesangehörigkeit*". Mais le français ne permet pas une telle souplesse que l'allemand. Nous reprendrons l'expression d'appartenance fédérale (*Bundesangehörigkeit*) car, comme le souligne Christoph Schönberger, elle permet de présenter

<sup>1367</sup> CJCE, 13 juillet 1990, *Zwartveld*, Aff.2/88 IMM., Rec.1990 p. I-3365.

<sup>1368</sup> *Ibid.*, pt.18.

<sup>1369</sup> *Ibid.*, pts.19-21.

<sup>1370</sup> *Ibid.*, ptst.25-26. Voir aussi l'arrêt *Delimitis* du 28 février 1991, dans laquelle la Cour indique que les institutions communautaires ont l'obligation d'aider les autorités nationales "*chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national*" (aff. 234/89, Rec.1991, p.I-935, pt.53).

<sup>1371</sup> CJCE, 11 juin 1991, *Athanasopoulos*, aff. C-251/89, Rec.1991 p. I-2797, pt.57.

<sup>1372</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr, 2005, p.33.

<sup>1373</sup> *Ibid.*, p.116.



l'appartenance à toutes les formes d'unions fédérales<sup>1374</sup>. Par contre, nous préférerons aux traductions françaises littérales de Staatsangehörige, "personne appartenant à un Etat", et de Bundesangehörige, "personne à une Fédération", les expressions de ressortissant fédéral et ressortissant étatique. Dans ce cas ressortissant est à prendre dans le sens large du statut d'appartenance par opposition à l'usage courant renvoyant à la nationalité.

Dernière précision terminologique. Nous ferons parfois référence à l'expression de "nation suisse", expression parfois employée dans la doctrine suisse et utilisée dans la Constitution de 1848 qui énonce viser le but de renforcer l'alliance entre les Etats membres de la Confédération, et "*la force et l'honneur de la nation suisse*", ainsi que dans certains arrêts par le Tribunal fédéral. Nous éviterons toutefois le plus souvent possible d'y recourir en raison de la connotation qu'on lui confère généralement qui renvoie plutôt à une vision unitaire de la population inadéquate dans le contexte suisse<sup>1375</sup>.

**329.** La création d'un statut d'appartenance fédéral et l'attribution de droits de citoyenneté ne suffisent pas. Le statut et les droits doivent faire l'objet d'une appropriation de la part de leurs bénéficiaires. Jacques Chevallier définit en ce sens la citoyenneté comme une traduction identitaire à laquelle est attachée une symbolique. Pour lui, "*la citoyenneté ne saurait être définie à partir des seuls textes juridiques qui fixent certains de ses attributs*", "*elle évoque une réalité plus diffuse et plus profonde, touchant aux racines mêmes de l'identité individuelle et collective*" ; "*la citoyenneté se présente comme un statut, plus ou moins intériorisé par chacun, au terme d'un processus d'apprentissage, qui fixe les modalités et les formes d'appartenance au groupe de référence*"<sup>1376</sup>.

Au niveau européen, les études d'opinion Eurobaromètre permettent d'esquisser une réponse au niveau du ressenti de l'appartenance à l'Union européenne<sup>1377</sup>.

Daniel Debomy met à partir de ces études en évidence quatre périodes aux cours des 25 dernières années<sup>1378</sup>. Une période d'augmentation importante des réponses positives à l'appartenance à l'UE et du bénéfice de l'UE jusqu'en 1991, puis une forte baisse avec le chiffre le plus bas des 25 ans en 1997. Ensuite une augmentation plus mesurée et en "dents-de-scie" jusqu'en 2007. Enfin, une nouvelle baisse depuis 2008. Malgré la baisse importante des indicateurs en faveur de l'Union européenne sous l'effet de la crise actuelle, Daniel Debomy souligne ainsi que les niveaux ne sont pas les plus bas que l'on ait pu constater depuis 25 ans.

L'impact de la crise se traduit dans les chiffres des études eurobaromètre récentes. Ainsi,

---

<sup>1374</sup> Expression utilisée par Christophe SCHÖNBERGER (*Ibid.*, notamment p.12) et reprise par Olivier BEAUD (*Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, notamment pp.94-95).

<sup>1375</sup> Voir dans le sens de ce caractère inapproprié par exemple : FLEINER (T.), *Föderalistische und demokratische Institutionen und Verfahren zur Lösung ethnischer Konflikte*, in : SAMARDZIC (S.), FLEINER (T.) (Hrsg.), *Föderalismus und Minderheitenproblem in multiethnischen Gemeinschaften. Eine vergleichende Analyse über die Schweiz und Jugoslawien*, Publications de l'Institut du Fédéralisme, Fribourg Suisse, 1995, pp.47-48.

<sup>1376</sup> CHEVALLIER (J.), *L'État post moderne*, Paris, LGDJ, 2004, p.187.

<sup>1377</sup> Mises en œuvre sous l'égide de la Commission européenne en 1973 suite à un rapport du Parlement européen (Rapport sur la politique d'information des Communautés européennes (rapporteur : SCHUIJT (W.)), n°246/71, 1972, p.1. Voir : ALDRIN (P.), *L'Union européenne face à l'opinion. Construction et usages politiques de l'opinion comme problème communautaire*, *Savoir/Agir*, mars 2009, n°7, p.21), ces études d'opinion sont "*les seules à être conduites de façon quasi-systématique dans tous les pays qui composent l'Union européenne*" par le biais de "*questionnaires et méthodologies identiques*", permettant ainsi une comparaison spatio-temporelle (SOUFFLOT DE MAGNY (R.), *L'identité européenne. Perception et construction*, *RI*, 2009/4, n°140, pp.104). Ce dernier loue par ailleurs leur qualité, liée à la "*rigueur des procédures d'élaboration des questionnaires, de traduction, d'échantillonnage et de traitement statistique*", et leur transparence puisque toutes les données récoltées sont publiées (*Ibid.*)

<sup>1378</sup> DEBOMY (D.), *Les Européens croient-ils encore en l'UE ?*, Analyse des attitudes et des attentes des opinions publiques européennes depuis un quart de siècle, *Notre Europe, Etudes et recherches*, pp.5-8.



au printemps 2012, 31% font confiance à l'UE<sup>1379</sup>, alors qu'ils étaient encore 41% au printemps 2011<sup>1380</sup>. De même, concernant l'image de l'Union européenne, 31% des européens indiquent au printemps 2012 en avoir une image positive<sup>1381</sup>, alors qu'ils étaient 40% au printemps 2011<sup>1382</sup>. Remis en perspective depuis 1980, on constate des variations quant au jugement positif sur l'appartenance à l'UE en hausse de 1980 à 1991 (50% à 72%) et en baisse de 1991 à 2000 (49%), essentiellement dus à des facteurs conjoncturels<sup>1383</sup>.

Concernant les bénéfices tirés de l'appartenance à la CE et à l'UE le sentiment de bénéfice a été plutôt en hausse de 1983 à 1991 puis plutôt en baisse jusqu'en 2000, variant entre 46% et 59%<sup>1384</sup>, et pour la période de 2001 à 2011, les taux ont varié entre 46% et 58%<sup>1385</sup>, le dernier chiffre étant de 52% au printemps 2011<sup>1386</sup>.

Quant au sentiment d'être citoyen européen, qui nous intéresse plus particulièrement, 16% des interrogés 1983 pensaient souvent être citoyen européen, 34% quelquefois et 46% jamais<sup>1387</sup>. Au printemps 2011, 62% des européens ont le sentiment d'être un citoyen européen de l'Union européenne, parmi lesquels 23% répondent « oui, tout à fait », et 36% ne partagent pas ce sentiment, l'étude rapportant qu'existe un fort clivage sociologique dans les réponses<sup>1388</sup>. Si le sentiment d'appartenance semble avoir progressé la variation des chiffres précédemment cités concernant le bénéfice de l'UE et le jugement sur la confiance dans l'UE montre une dépendance par rapport à la conjoncture.

**330.** Après une étude globale du statut d'appartenance fédéral et une recherche des moyens par lesquels ses bénéficiaires pourraient l'intérioriser (§1), nous nous focaliserons sur deux moyens particuliers de renforcer ce sentiment d'appartenance : tout d'abord par le biais d'une forme de "patriotisme constitutionnel" (§2), puis à l'aide des droits conférés par le statut de citoyen fédéral (§3).

### ***§1. L'appartenance fédérale et les moyens d'intériorisation de ce statut***

**331.** Le statut d'appartenance est un élément tangible de distinction entre une Fédération et une organisation internationale<sup>1389</sup>, il conditionne la nature politique du pacte fédératif. Les employés d'une organisation internationale ont certes une obligation de loyauté par rapport à cette dernière et ils bénéficient d'une protection diplomatique sous certaines conditions, mais ces règles ne visent qu'à assurer l'autonomie de l'organisation, son bon fonctionnement et ne

---

<sup>1379</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Eurobaromètre standard 77. Printemps 2012, premiers résultats, juillet 2012, p.13. (Les études eurobaromètres sont accessibles via le site :

[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/index_fr.htm).

<sup>1380</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Eurobaromètre standard 75. Printemps 2011, août 2011, pp.45-46.

<sup>1381</sup> Eurobaromètre standard 77, p.14. 39% en ont une image neutre et 28% une image négative.

<sup>1382</sup> Eurobaromètre standard 75, p.49. 38%, en avaient une image neutre de l'Union et 20% une image négative

<sup>1383</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Eurobaromètre 53, printemps 2000, octobre 2000, p.7. Le taux de ceux la jugeant mauvaise avait baissé de 18% à 8% de 1980 à 1991, et était remonté à 14% jusqu'en 2000. L'étude eurobaromètre 53 du printemps 2000 voyait plusieurs explications à cette évolution<sup>1383</sup> : des événements ponctuels (guerre du Golfe, débats autour du Traité de Maastricht, puis plus tard crise de la vache folle, démission de la Commission Santer), et des "crises" (crise économique, guerre en Yougoslavie), ainsi que certains problèmes structurels (inclusion d'Etats assez eurosceptiques en 1995).

<sup>1384</sup> Eurobaromètre 75 de 2011, pp.11 et s. Le sentiment d'absence de bénéfice a varié entre 37% et 23%.

<sup>1385</sup> *Ibid.*, p.36. Celui de l'absence de bénéfice a varié entre 39% et 26%.

<sup>1386</sup> 37% pensaient le contraire. Les études ont pour le moment arrêté de le mesurer. Pour une critique à cet égard : DEBOMY (D.), *Les Européens ... (op. cit. note 1378)*, p.3.

<sup>1387</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Eurobaromètre 19, printemps 1983, juin 1983, p.76.

<sup>1388</sup> *Ibid.*, pp.54-55

<sup>1389</sup> En ce sens par exemple : BLUMANN (C.), *L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union*, p.56. L'auteur renvoie à : ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, t.2, Sirey, 1974, pp. 95 et s.



peuvent être rapprochées d'une appartenance à une union fédérale<sup>1390</sup>. Ainsi, "*une organisation internationale est un instrument à la fois diplomatique et technique qui n'a pas besoin du soutien populaire pour avoir un sens*" alors que "*la Fédération est une union politique qui [...] unit des peuples et touche directement les citoyens*"<sup>1391</sup>. Par ailleurs, la délimitation impliquée par l'appartenance à un groupe et le droit de séjour au cœur de la citoyenneté sont impossibles à trouver au niveau mondial, ce qui permet notamment d'écarter le concept de citoyenneté mondiale, et donc de Fédération mondiale<sup>1392</sup>, du moins en l'état actuel des connaissances sur la vie dans le reste de l'univers.

Dans une union ayant son point central originel dans l'économie comme dans le cas de la construction européenne, c'est, comme le souligne Christophe Schönberger, la liberté de circulation des personnes qui montre que les Etats membres ne considèrent plus les ressortissants des autres Etats membres comme des étrangers, là où dans les unions fédérales classiques le lien entre les peuples se manifestait déjà par le but de défense commune<sup>1393</sup>. Ainsi, il souligne *a contrario* que l'Association de libre échange nord américaine (ALENA) ne présentant pas de libre circulation des personnes, elle ne peut être une Fédération<sup>1394</sup>. Le commissaire européen Levi Sandri affirmait déjà en ce sens en 1968 que la libre circulation des personnes est "*quelque chose de plus important et de plus exigeant que le simple mouvement de facteurs de production*", qu' "*elle est bien plus un premier germe, une forme encore incomplète de la citoyenneté européenne*"<sup>1395</sup>.

**332.** Après avoir présenté les conditions de l'appartenance fédérale (A) nous soulignerons que le droit de séjour et le principe de non discrimination entre les ressortissants des Etats membres sont les effets fondamentaux de cette appartenance fédérale (B). Enfin, nous rechercherons les moyens permettant que ses bénéficiaires considèrent ce statut comme part de leur identité (C).

## **A. Conditions de l'appartenance fédérale**

**333.** L'appartenance fédérale a des rapports étroits avec l'appartenance fédérée de laquelle elle découle généralement dans une Fédération (1), d'où l'importance de la question de l'encadrement du pouvoir de naturalisation exercé par les Etats membres (2). A l'inverse, le droit européen pose aussi un cadre dans les pouvoirs de retrait ou de limitation des effets de sa nationalité par un Etat (3).

### ***1) Rapports entre appartenance fédérale et appartenance fédérée***

**334.** Un certain nombre d'auteurs partant de l'opposition confédération / Etat fédéral ont ignoré le problème de l'appartenance fédérale dans le cas d'une confédération ou rejeté à l'inverse tout rôle de l'appartenance fédérée pour l'appartenance fédérale dans un Etat fédéral<sup>1396</sup>. Ainsi Max von Seydel, qui interprète le Second Empire allemand comme une

<sup>1390</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), pp. 160-161.

<sup>1391</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(op. cit. note 1374), p.270.

<sup>1392</sup> En ce sens : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), p158 et p.165. De même, pour Schmitt, il ne peut y avoir de Fédération mondiale car elle supposerait l'absence d'opposition entre l'ami et l'ennemi et donc la fin du politique qui suppose une telle division (souligné par : RAMEL (F.), Carl Schmitt face à Hans Kelsen, : la joute se poursuit à l'échelle internationale, *Études internationales*, vol. 40, n° 1, 2009, p.18 et p.31).

<sup>1393</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), p.307, voir aussi : *Ibid.*, p.165.

<sup>1394</sup> *Ibid.*, pp.154-155.

<sup>1395</sup> LEVI-SANDRI (L.), Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der europäischen Gemeinschaft, *Bull.CE* 11/1968, p.6.

<sup>1396</sup> Voir : JELLINEK (G.), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, éd. Keip, 1996, pp.278 et s. ; LE FUR (L.), *Etat fédéral et la Confédération d'Etats*, éd. Panthéon-Assas, 2000, p.505. Voir *a contrario* :



Confédération, estime que l'appartenance étatique aux Etats membres est le seul rapport d'appartenance qui existe<sup>1397</sup>. Désireux d'affirmer la souveraineté des Etats membres, il décrit les droits et obligations découlant de l'appartenance fédérale comme de simples droits et obligations des nationaux des Etats membres et nie pour cette raison l'idée d'appartenance impériale/fédérale<sup>1398</sup>, alors que comme le remarque Christophe Schönberger, il s'agit au contraire de droits et obligations portant sur les rapports entre les Etats membres<sup>1399</sup>. A l'inverse, Philippe Zorn, qui qualifie le Second Empire allemand d'Etat fédéral très fortement unifié, estime que l'appartenance étatique se déduit de l'appartenance fédérale<sup>1400</sup>.

En réalité, dans les unions fédérales originelles, l'appartenance fédérale est classiquement rattachée à l'appartenance étatique<sup>1401</sup>. Une telle déduction ne doit toutefois pas conduire à conclure que l'appartenance fédérale est inférieure à l'appartenance étatique<sup>1402</sup>, il n'y a pas de position hiérarchique entre les deux appartenances.

Dans le pacte fédératif d'origine, l'appartenance fédérale n'est souvent pas explicitée<sup>1403</sup>. Dans un premier temps, une appartenance fédérale fondée sur l'appartenance étatique existe implicitement, se traduisant par le bénéfice d'une égalité de traitement plus ou moins large entre les ressortissants des Etats membres sur l'ensemble du territoire fédéral. C'est le cas de la Confédération américaine, de la Suisse jusqu'en 1848, mis à part la parenthèse de la République helvétique, de la Confédération germanique, et de la Communauté économique européenne. Puis, cette appartenance fédérale est explicitée, elle se voit attribuer un nom, tout en continuant de reposer sur une appartenance à un des Etats membres. En introduisant la citoyenneté de l'Union européenne, le Traité de Maastricht n'a ainsi pas été l'acte fondateur de l'appartenance à l'entité fédérale européenne, mais une simple explicitation symbolique destinée à augmenter le sentiment d'appartenance fédérale des citoyens des Etats membres<sup>1404</sup>.

Dans le cas américain, les rédacteurs de la Constitution de 1787 sont restés muets à dessein sur les rapports entre appartenance étatique et appartenance fédérale et plus largement sur les rapports entre niveaux fédéral et fédéré, mais en pratique, il était admis que l'appartenance étatique permettait de procurer l'appartenance fédérale<sup>1405</sup>. Toutefois, l'absence de précision expresse des relations entre les deux citoyennetés a permis l'interprétation de la majorité des juges dans l'arrêt *Dred Scott* de 1857<sup>1406</sup>. Le juge Taney qui présente la décision de la Cour dans l'affaire *Dred Scott* affirme que "*dans l'examen de cette question, [l'on] ne [doit] pas confondre les droits de citoyenneté qu'un Etat peut conférer à l'intérieur de ses propres*

---

LABAND (P.), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.1*, Tübingen, Mohr, 1911, p.138 et s. L'auteur affirme la nécessaire médiatisation de l'appartenance à l'Empire par le biais de l'appartenance à un Etat membre.

<sup>1397</sup> SEYDEL (M. von), Art.3 RV, in : Id., *Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich*, 2<sup>e</sup> éd., Mohr, 1897, pp.49 et s.

<sup>1398</sup> *Ibid.*, p.49.

<sup>1399</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.149.

<sup>1400</sup> ZORN (P.), *Reichsangehörigkeit (Staatsangehörigkeit)*, in : STENGEL (K. von), FLEISCHMANN (M.)(Hrsg.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd.3*, Tübingen, Mohr, 1914, pp.261 et s. Dans le même sens : LE FUR (L.), *Etat fédéral et la Confédération d'Etats*, p.697.

<sup>1401</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.41.

<sup>1402</sup> BRUNET (R.), *La nationalité dans l'Empire allemand*, Paris, éd. Giard, 1912, pp.16 et s. ; SCHÖNBERGER (C.), *Ibid.*, p.18.

<sup>1403</sup> Souligné par : SCHÖNBERGER (C.), *Ibid.*, p.126.

<sup>1404</sup> *Ibid.*, p.153.

<sup>1405</sup> En ce sens : SMITH (R.), *Civic ideals. Conflicting visions of citizenship in U.S. history*, New Haven, Yale University Press, 1997, pp.115 et s.; KETTNER (J.), *The development of American citizenship, 1608-1870*, Williamsburg, University of North Carolina Press, 1978, pp.350 et s.

<sup>1406</sup> En ce sens : NEUMAN (G.), *Fédéralisme et citoyenneté aux États-Unis et dans l'Union européenne, Critique internationale*, 2003, vol.4, no 21, p.152. *Dred Scott*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857) p.405. Voir sur cette affaire: *infra* chap.II section II §2 C 3) a).



*limites territoriales, et les droits de citoyenneté qui résultent de la qualité de membre de l'Union*<sup>1407</sup>. Il poursuit que "ce n'est pas parce qu'une personne détient les droits et privilèges de citoyen d'un Etat qu'elle doit nécessairement être un citoyen des Etats-Unis", et donc qu'elle "peut posséder les droits et privilèges de citoyen d'un Etat, et cependant ne pas être habilitée à exercer les droits et privilèges d'un citoyen dans n'importe quel autre Etat". James Kettner indique, par rapport à cette position du juge Taney, que "son insistance à disjoindre fondamentalement citoyenneté étatique et nationale contredit une longue tradition juridique et populaire considérant les deux comme des dimensions inséparables du même statut"<sup>1408</sup>. De même, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Dred Scott*, le juge Curtis critique la conclusion de la majorité des juges en rappelant le principe classique de déduction de l'appartenance fédérale à partir de l'appartenance étatique<sup>1409</sup>. Christophe Schönberger ajoute quant à lui que l'interprétation du juge Taney est d'autant plus critiquable que la Constitution énonce explicitement un droit d'égalité de traitement pour les "citoyens de chaque Etat" dans son art.IV<sup>1410</sup>.

En Suisse, depuis 1848, la citoyenneté fédérale est conférée par la citoyenneté cantonale selon l'art.42 aCS 1848 (43 aCS 1874 ; 37 CS). La citoyenneté cantonale est elle-même fondée sur la citoyenneté communale. Christophe Schönberger note à cet égard que le système fédéral suisse "est celui qui a de tous les systèmes fédéraux conservé le plus de proximité avec ses origines quant à son droit de l'appartenance"<sup>1411</sup>.

Dans le cas allemand, le projet de Constitution de 1849 prévoyait que l'appartenance fédérale serait "médiatisée" par l'appartenance à un Etat membre formant l'Empire allemand<sup>1412</sup>. Si rien n'est précisé dans les Constitutions de la Confédération du Nord et du Second Empire, ce principe l'appartenance fédérale est repris dans une loi sur l'appartenance étatique et fédérale du 1<sup>er</sup> juin 1870<sup>1413</sup>.

Dans le cas de l'Union européenne, l'art.8§1 du Traité CE (17 CE ; 20 TFUE) issu du Traité de Maastricht prévoit qu' "est citoyen de l'UE toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre de l'UE". L'appartenance fédérale possède alors un nom, la médiatisation par d'appartenance étatique est soulignée, les Etats réaffirmant même cette médiatisation dans la déclaration n°2 annexée au Traité de Maastricht.

L'appartenance fédérale peut évoluer et ne plus être médiatisée par l'appartenance étatique, cette dernière se déduisant alors à l'inverse de l'appartenance fédérale en fonction du lieu de résidence<sup>1414</sup>. Ce phénomène traduit une transformation de la Fédération en Etat fédéral. L'appartenance fédérale aux Etats-Unis était ainsi à l'origine fondée sur l'appartenance à un Etat membre, mais après la guerre de Sécession, les rapports se sont inversés et c'est le lieu de résidence d'un citoyen américain qui est devenu le critère de détermination de l'appartenance à un Etat membre<sup>1415</sup>. Le 14<sup>e</sup> Amendement adopté en 1868 pose en effet dans sa sect.1 que "toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside". L'appartenance fédérale est symboliquement mise en avant, ce qui traduit le passage d'une identité politique d'abord américaine avant d'être

<sup>1407</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p.213.

<sup>1408</sup> KETTNER (J.), *The development...*(op. cit. note 1405), p.328.

<sup>1409</sup> *Dred Scott*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857), pp.578 et s.

<sup>1410</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), p.71 note 82.

<sup>1411</sup> *Ibid.*, p.85.

<sup>1412</sup> §131 du projet de Constitution de 1849 : "Le peuple allemand se compose des ressortissants (Angehörigen) des Etats qui forment l'Empire allemand".

<sup>1413</sup> *BGBI.* p.355. Voir le §1 de cette loi.

<sup>1414</sup> Voir sur ce pouvoir : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), p.126

<sup>1415</sup> SMITH (R.), *Civic ideals. Conflicting visions of citizenship in U.S. history*, New Haven, Yale University Press, 1997, notamment pp.115 et s. ; KETTNER (J.), *The development...*(op. cit. note 1405), notamment pp.219 et s., 248 et s.



étatique<sup>1416</sup>.

De même, sous la Loi fondamentale, un Landtag ne peut plus fixer le périmètre des personnes bénéficiant de l'appartenance au Land, il découle de la résidence d'un national allemand sur le territoire de ce Land<sup>1417</sup>.

*A contrario* en Suisse, la citoyenneté fédérale est toujours déduite de la citoyenneté cantonale selon l'art.37 al.1 CS.

Même si elle ne partage pas notre qualification des Etats-Unis d'après la guerre de Sécession d'Etat, Elisabeth résume le phénomène possible du passage de la Fédération à l'Etat fédéral par le biais du sentiment d'appartenance fédéral. Elle indique en effet d'une part que "*le sentiment d'allégeance de l'individu à une fédération, le lien affectif qu'il entretient avec elle, la somme des espoirs qu'il peut placer en elle sont essentiels dans le développement et la consolidation de tout processus fédératif*"<sup>1418</sup>, mais elle poursuit qu'il ne doit pas conduire à "*couper pour autant les liens de rattachement qui l'unissent à son Etat*", "*elle doit leur garantir des droits, elle doit leur procurer des avantages, mais seulement jusqu'à un certain point faute de quoi elle serait un Etat véritable et il n'y aurait plus de fédération*"<sup>1419</sup>.

**335.** Des exceptions à la correspondance entre appartenance fédérale et appartenance fédérée existent. Il y a toujours eu dans les unions fédérales certaines personnes qui bénéficiaient d'une telle appartenance fédérale directe "abstraite". Une telle appartenance fédérale autonome est tout d'abord possible dans le cas où des territoires sont directement rattachables à la Fédération car ils ne forment pas des Etats autonomes. Aux Etats-Unis c'est le cas de Puerto Rico ou du District of Columbia. Au sein du Second Empire allemand, cela a été le cas des colonies en vertu d'une loi de 1888, puis d'une loi de 1913. Le même type de statut existait pour l'Alsace-Moselle, même si ces lois opéraient une fiction juridique en considérant l'Alsace-Moselle comme un Etat membre de l'Empire de laquelle découlait une médiatisation théorique de l'appartenance fédérale<sup>1420</sup>.

Il arrive par ailleurs qu'une partie du territoire d'un Etat membre ne participe pas à la Fédération, et donc qu'uniquement une partie des ressortissants de cet Etat bénéficie de l'appartenance fédérale. C'est le cas du grand duché de la Hesse qui n'a fait entrer que la partie nord de son territoire en 1867 dans la Confédération du Nord<sup>1421</sup>. Il est possible de rattacher l'habilitation des Etats membres de l'Union européenne d'étendre ou de restreindre la qualité de ressortissant national dans la perspective du droit de l'UE. Il s'agit dans ce cas, comme le souligne Christophe Schönberger, de mettre en conformité le domaine d'application personnel du droit de l'UE avec son champ d'application territorial, ce qui explique que cette règle ne soit pas vue comme une exception au lien entre appartenance à un Etat membre et appartenance fédérale<sup>1422</sup>. Sur cette base, l'Allemagne a ainsi étendu la qualité de ressortissants allemands dans la perspective du droit européen aux allemands de RDA et aux allemands "de statut"<sup>1423</sup>. A l'inverse le Royaume-Uni a exclu de l'applicabilité du droit de l'UE ses ressortissants quand ils n'avaient pas un droit de séjour illimité sur son territoire pour tenir compte des différents statuts

---

<sup>1416</sup> Aussi en ce sens : ACKERMAN (B.), *We the people, bd.1*, Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p.81 ; ZOLLER (E.), Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etat, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t.294, pp.150 et s.

<sup>1417</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.119-120

<sup>1418</sup> ZOLLER (E.), Aspects...(op. cit. note 1416), p.151.

<sup>1419</sup> ZOLLER (E.), Aspects...(op. cit. note 1416), p.151.

<sup>1420</sup> *Ibid.*, pp.176-177 et note 176

<sup>1421</sup> *Ibid.*, p.173

<sup>1422</sup> *Ibid.*, pp.278-79

<sup>1423</sup> Les allemands de statut regroupent les individus visés à l'art.116§1 LF, il s'agit de tout individu qui a "été admis sur le territoire du Reich allemand tel qu'il existait au 31 décembre 1937, en qualité de réfugié ou d'expulsé appartenant au peuple allemand, ou de conjoint ou de descendant de ces derniers".



de citoyen qu'elle confère<sup>1424</sup>. Traditionnellement, le terme de national britannique n'est pas utilisé, mais il va peu à peu être employé en raison de la participation à la CEE. Une déclaration de 1972 du RU précise ainsi les personnes qui ont la qualité de nationaux britanniques au sens des traités<sup>1425</sup>, remplacée par une déclaration de 1983 suite à l'adoption d'une loi sur la nationalité en 1981<sup>1426</sup>. Les danois des îles Féroé sont dans le même cas de non application du droit de l'UE.

**336.** Cette médiatisation de l'appartenance fédérale par l'appartenance étatique soulève la question de l'encadrement fédéral du pouvoir de naturalisation. En effet, étant donné que la citoyenneté fédérale se déduit de l'appartenance étatique et que les Etats membres sont obligés d'accorder le séjour et de garantir le principe de non discrimination aux ressortissants des autres Etats membres, les conditions d'acquisition de l'appartenance étatique dans les différents Etats intéressent chacun des Etats membres<sup>1427</sup>.

## 2) La question de l'encadrement de la naturalisation

**337.** Dans *Le Fédéraliste*, Madison justifiait déjà sur cette base la nécessité qu'il existe une compétence fédérale pour poser un cadre au pouvoir de naturalisation des Etats<sup>1428</sup>. C'est en effet le seul moyen de garantir à chaque Etat que les autres ne donneront pas trop aisément leur nationalité, afin de limiter l'impact indirect découlant des effets de la citoyenneté fédérale en termes de droit de séjour et d'égalité de traitement pour leurs partenaires. A cet égard, selon l'art.I sect.8. Cl.4 de la Constitution de 1787, le Congrès est habilité à adopter des règles uniformes pour la naturalisation d'étrangers. Malgré cela, les rôles respectifs du droit fédéral et du droit des Etats dans la naturalisation sont restés longtemps assez flous<sup>1429</sup>. Par ailleurs, le Congrès a compétence pour les rapports d'appartenance directe à la Fédération des personnes au sein du District de Columbia et des Territoires<sup>1430</sup> sur la base d'une lecture combinée de l'art.I sect.8 et de l'art.IV sect.3 Cl.2 qui précise qu'il a "*le pouvoir de disposer du territoire ou de toute autre propriété appartenant aux États-Unis, et de faire à leur égard toutes lois et tous règlements nécessaires*".

Dans le cas suisse, le droit fédéral a peu à peu posé des règles pour encadrer le droit cantonal en matière de naturalisation d'étrangers<sup>1431</sup>. Cette dernière a pris les contours qu'elle conserve toujours à l'heure actuelle, à savoir une soumission à l'accord des trois niveaux,

<sup>1424</sup> En 1947, chaque Etat membre du Common Wealth a sa citoyenneté à laquelle s'ajoute la citoyenneté britannique et une loi de 1948 donne le droit à tous ces citoyens de demeurer au RU. Mais en 1973 avec la participation du RU à la CEE sont distingués les "citoyens de la patrie du Royaume-Uni et des colonies" qui bénéficient en vertu de leur statut d'un droit de séjourner au RU et les "britanniques d'Outre-mer" (MARZO (C.), *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp.61-62)

<sup>1425</sup> En vertu de cette déclaration, ce sont les "*citoyens de la patrie du Royaume-Uni et des colonies*", "*les sujets britanniques qui n'ont pas d'autres nationalité [...], les sujets britanniques possédant la nationalité irlandaise à moins qu'ils ne soient aussi citoyens d'un autre pays du Commonwealth [...] et les citoyens britanniques [...] nés, enregistrés ou naturalisés à Gibraltar et dont le père était aussi né, enregistré ou naturalisé à Gibraltar*" (cité par : *Ibid.*).

<sup>1426</sup> Ce sont les "*sujets britanniques ayant le droit de résidence au sein du Royaume-Uni et les citoyens des territoires dépendants possédant cette citoyenneté en vertu d'un lien avec Gibraltar*" (Cité par : *Ibid.*, p.63).

<sup>1427</sup> Souligné par : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.73.

<sup>1428</sup> MADISON (J.), n°42, in : HAMILTON (A.), JAY (J), MADISON (J.), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, pp.352-353.

<sup>1429</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.66 note 65 ; KETTNER (J.), *The development of American citizenship*, pp.224 et s.

<sup>1430</sup> Sur cette notion cf. : *supra* sect.I §1 A 2) b).

<sup>1431</sup> cf. SCHÖNBERGER (C.), *Ibid.*, p.86.



fédéral, cantonal et communal. Lors de la révision totale de 1874, la Confédération a tout d'abord obtenu le pouvoir de contrôler l'attribution de la citoyenneté cantonale et de poser des conditions minimales pour cette acquisition<sup>1432</sup>. Les cantons et communes ont en principe compétence pour attribuer la citoyenneté, mais celle-ci est subordonnée au consentement fédéral en vertu de l'art.44§2 aCS 1874 (38§2 CS). Avec l'acquisition de la compétence d'harmonisation du droit civil, le niveau fédéral a obtenu en 1898 la compétence exclusive pour établir les effets du droit de la famille sur la citoyenneté<sup>1433</sup>. Malgré la nécessité d'avoir la citoyenneté communale et cantonale pour obtenir la citoyenneté fédérale suisse, l'importance des droits de citoyenneté de ces deux niveaux a cependant peu à peu reculé. Toutefois les cantons et communes suisses conservent jusqu'à aujourd'hui le pouvoir de bloquer une naturalisation, ce qui contribue à une pratique restrictive en la matière<sup>1434</sup>. Dans la détermination des conditions de naturalisation, les cantons sont libres. Il n'existe que des conditions fédérales minimales, comme la résidence minimale depuis douze ans en Suisse ainsi que la qualification à la naturalisation à savoir en particulier l'intégration à la société suisse,... Les cantons ajoutent des conditions supplémentaires telles que la durée de résidence dans le canton et la commune, l'intégration à la vie locale, une connaissance minimale de la langue, un revenu suffisant. Comme le note René Schaffhauser, la nécessité d'acquisition de la citoyenneté d'un canton et d'une commune pour obtenir la citoyenneté suisse est un obstacle non négligeable car l'exigence de la durée de résidence ne tient en effet pas compte de la résidence dans d'autres communes, cantons et tout déménagement entraîne une remise à zéro des compteurs<sup>1435</sup>.

Dans le cas allemand, la crainte d'une pratique laxiste de la naturalisation par les Länder avait été soulevée lors des débats ayant conduit à l'adoption du projet de constitution de 1849. Cette problématique avait été soulevée dans le cas de l'Etat de Bade dont les autres Etats allemands craignaient qu'il ne confère aisément à des français la qualité de ressortissant, ce qui leur aurait permis de devenir allemand et de bénéficier notamment de la liberté de circulation<sup>1436</sup>. Afin de palier un tel risque, l'art.4 n°1 de la Constitution de la Confédération du Nord donne compétence au niveau fédéral pour réglementer les droits de citoyenneté étatique, ainsi que la liberté de circulation et les rapports entre Etat d'origine et Etat d'accueil<sup>1437</sup>. Le législateur fédéral adopte sur cette base la loi du 1<sup>er</sup> juin 1870 sur l'appartenance étatique et fédérale qui encadre strictement les conditions d'acquisition et de perte de l'appartenance étatique<sup>1438</sup>. Cette loi a pu être adoptée en raison du poids de la Prusse qui désirait unifier les régimes d'appartenance des différents territoires qu'elle avait acquis suite à la guerre de 1866<sup>1439</sup>.

**338.** Dans le cadre européen, la Cour de justice a, dans son arrêt *Micheletti* de 1992<sup>1440</sup>, écarté le principe posé par le droit international du "*lien effectif de la personne avec l'État*"<sup>1441</sup> qui permet classiquement de refuser à une personne disposant de plusieurs nationalités de

---

<sup>1432</sup> SCHAFFHAUSER (R.), Bürgerrechte, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001, p.319.

<sup>1433</sup> *Ibid.*

<sup>1434</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.88 et 90.

<sup>1435</sup> SCHAFFHAUSER (R.), Bürgerrechte (*op. cit.* note 1432), pp.322-323.

<sup>1436</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.190.

<sup>1437</sup> Art.4 : "*Les objets suivants sont soumis à la surveillance de la Diète et à sa législation : 1. Les dispositions relatives au droit de changer de résidence, au domicile et au droit d'établissement, au droit de citoyen, [...]*".

<sup>1438</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.116.

<sup>1439</sup> *Ibid.*, p.117. Christophe SCHÖNBERGER également le rôle uniformisateur de la Prusse dans le cas du droit des personnes dans le besoin.

<sup>1440</sup> CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff.C-369/90, *Rec.*1992 p.I-4239.

<sup>1441</sup> CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Rec.* CIJ 1955, p.4.



reconnaître les effets de l'une d'entre elles en raison de preuves insuffisantes de rapports réels avec l'Etat concerné. La Cour affirme que l'attribution de la nationalité dépend de la seule compétence des Etats membres et doit simplement être exercée dans le respect du droit communautaire<sup>1442</sup>. Elle poursuit qu'aucun Etat membre ne peut restreindre les effets de la nationalité conférée par un autre Etat membre. Elle privilégie par ce biais une interprétation large des nationalités conférées par les Etats membres, et donc par ricochet des droits conférés par le droit européen.

Toute la portée de la liberté des Etats membres dans l'attribution de leur nationalité est soulignée par un arrêt *Zhu et Chen* de 2004<sup>1443</sup>. Dans l'espèce, une petite fille était née de parents chinois en Irlande du Nord, territoire britannique. L'Irlande reconnaissant la nationalité irlandaise à tout enfant né sur le territoire de l'île, y compris dans la partie nord-irlandaise, elle avait obtenu la nationalité irlandaise. Les parents ne niaient pas que le but du séjour était que leur enfant obtienne la nationalité irlandaise afin que la mère et l'enfant puissent séjourner au Royaume-Uni, Etat qui invoquait en conséquence la théorie de l'abus de droit. La Cour rappelle que la nationalité a été acquise légalement, et qu'il ne revient pas au RU de juger des critères choisis par l'Irlande pour conférer sa nationalité<sup>1444</sup>. Puis elle affirme que le fait qu'un ressortissant d'un Etat membre n'ait pas, comme dans l'espèce, fait usage de sa liberté de circulation ne permet pas de conclure à l'absence d'élément d'extranéité permettant de rendre le droit de l'UE applicable, et ajoute que le fait qu'une personne soit, comme dans l'espèce, née dans un Etat membre tout en ayant la nationalité d'un autre Etat membre suffit à le rendre applicable<sup>1445</sup>.

Lors des négociations d'adhésion de certains Etats, des règles ont parfois été intégrées aux traités d'adhésion pour limiter les effets de nationalités accordées aux anciennes colonies, comme dans le cas de l'Espagne relativement à la double nationalité espagnole qu'elle accordait à ses anciennes colonies d'Amérique latine<sup>1446</sup>. Dans le même sens, le Parlement européen a demandé en 1991 que soient adoptées des règles en matière de double nationalité d'un Etat membres avec un Etat tiers afin d'éviter des abus, mais il n'a pas été suivi, et même encore aujourd'hui il apparaît difficilement envisageable d'adopter de telles règles au niveau européen car la détermination de ses ressortissants demeure une compétence essentielle des Etats<sup>1447</sup>.

Par contre, si une règle nationale portait atteinte au droit de l'UE, elle devrait être modifiée. Ainsi, la naturalisation massive de ressortissants d'Etats tiers pourrait être considérée comme une violation du principe de coopération loyale<sup>1448</sup>. Le cadre imposé par le principe de coopération loyale ne pourrait toutefois dans un tel cas être que de nature procédurale, c'est-à-dire consister en l'implication préalable des autorités des Etats membres et des institutions européennes<sup>1449</sup>. Il ne pourrait en effet s'agir que d'une simple obligation d'information et de

<sup>1442</sup> Aff.C-369/90, *Micheletti*, pt.10.

<sup>1443</sup> CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff.C-200/02, *Rec.*, p.I-9925.

<sup>1444</sup> *Ibid.*, pt.37.

<sup>1445</sup> *Ibid.*, pt.19.

<sup>1446</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.285.

<sup>1447</sup> *Ibid.*, p.286. L'auteur renvoie à la décision n°C 326 du Parlement européen du 21 novembre 1991.

<sup>1448</sup> En ce sens : DE GROOT (G.-R.), *Zum Verhältnis der Unionsbürger... (op. cit. note 1) schaft zu den Staatsangehörigkeiten in de Europäischen Union*, in : MÜLLER-GRAFF (P.-C.) (Hrsg.), *Europäisches Integrationsrecht im Querschnitt*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p.82 ; Hall (S.), *Nationality, migration rights and citizenship of the Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.65 et s. ; KÖCK (H.), *Doppelte Staatsangehörigkeit und Diskriminierungsverbot in der Europäischen Gemeinschaft. Unter besonderer Berücksichtigung "gemischter" doppelter Staatsangehörigkeit*, in : KARL (W.), BRANDL (U.) (Hrsg.), *Völker und Europarecht*, Wien, Verlag Österreich, 2000, pp.207 et s.

<sup>1449</sup> En ce sens : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.287 ; De Groot (G.-R.), *The relationship between nationality legislation of the Member States of the European Union and European citizenship*, in : La Torre (M.) (éd.), *European citizenship: an institutional challenge*, Kluwer Law International, 1998, p.123 et pp.128 à 135 (cité dans les conclusions de l'avocat général Maduro dans

discussion ou une obligation d'accord, car une réglementation européenne expresse reste, en l'état du droit de l'UE, nécessaire pour une obligation de résultat.

**339.** Mais les obligations découlant du droit de l'Union européenne ne s'imposent que dans le sens d'une trop grande flexibilité dans l'attribution par un Etat de sa nationalité, elles encadrent ses décisions de retrait de nationalité ou ses réglementations ayant un effet limitatif de leur nationalité.

### **3) L'encadrement des pouvoirs de retrait et de restriction des effets de la nationalité**

**340.** Une législation nationale qui prévoirait par exemple qu'une personne perde sa nationalité en cas de séjour permanent dans un autre Etat membre apparaîtrait contraire au droit de l'UE<sup>1450</sup> car elle aurait un caractère dissuasif important sur l'exercice des libertés de circulation.

**341.** La Cour a précisé la portée de la réserve, faite dans sa jurisprudence *Micheletti*, relative à l'obligation de respect du droit de l'Union dans l'exercice de leur compétence en matière de nationalité. Restreindre le bénéfice des droits de citoyenneté de l'Union européenne aux seuls nationaux résidant sur le territoire métropolitain est accepté par la Cour de justice, sous réserve du respect du droit communautaire dans la mise en œuvre de cette restriction. La Cour a ainsi validé le système britannique privant de droit de séjour des personnes auxquelles elle accorde la citoyenneté britannique dans l'arrêt *Kaur* de 2001<sup>1451</sup>. La requérante au principal est née en 1949 en tant que citoyenne du RU et des colonies et les lois adoptées ultérieurement par le RU lui ont conféré le statut de citoyenne britannique d'outre mer qui ne donne pas de droit de séjour. Ayant fait une demande de séjour au RU, cette demande est rejetée. La requérante arguait à l'encontre de ce rejet l'obligation des Etats membres de respecter le droit communautaire dans l'exercice de leur compétence en matière de nationalité, estimant que lui refuser un droit de séjour alors qu'elle était ressortissante britannique portait atteinte à ses droits fondamentaux. Elle ajoutait que les déclarations de 1972 et de 1982 du RU concernant le terme "ressortissants" étaient dépourvues de valeur juridique contraignante. La Cour répond que ces déclarations n'ont pas eu pour effet de priver des personnes ne respectant pas les conditions pour être qualifiées de ressortissants britanniques de droits auxquels elles pouvaient prétendre en vertu du droit communautaire mais de ne jamais leur ouvrir de tels droits et écarte en conséquence l'argumentation de la requérante.

La CJUE a apporté d'autres précisions dans un arrêt *Janko Rottmann* de 2010<sup>1452</sup> concernant la portée de la réserve de l'arrêt *Micheletti*, notamment sur la question de la compatibilité avec le droit de l'UE de l'apatridie qui résulterait de ce retrait de nationalité. En l'espèce, un ressortissant autrichien naturalisé allemand s'était vu retirer rétroactivement la nationalité allemande car il avait passé sous silence le mandat d'arrêt dont il faisait l'objet en Autriche lors de sa demande de naturalisation. Or, sa naturalisation lui avait fait perdre la nationalité autrichienne. Les gouvernements allemand, autrichien et la Commission européenne considéraient que le droit de l'UE n'était pas applicable en l'absence d'élément d'extranéité. Ils soulignaient en effet que le requérant était un ressortissant allemand habitant en Allemagne et que la décision contestée avait été prise par les autorités allemandes. En outre, ils ajoutaient que l'exercice de la libre circulation étant antérieure à la naturalisation, elle était trop éloignée pour permettre l'applicabilité du droit de l'UE<sup>1453</sup>. La Cour de justice considère au contraire le renvoi

---

l'aff.C-135/08, *Janko Rottmann*, pt.30).

<sup>1450</sup> Christophe SCHÖNBERGER cite un projet de loi aux Pays-Bas en ce sens (*Unionsbürger...(op. cit. note 1372)*, p.283 note 40). Voir aussi : De Groot (G.-R.), *Ibid.*, pp.115 et s. (cité dans les conclusions dans l'aff.C-135/08, *Janko Rottmann*, pt.40).

<sup>1451</sup> CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, aff.C-192/99, *Rec.*2001 p.I-1237.

<sup>1452</sup> CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann*, aff.C-135/08, *Rec.*2010 p.I-1449.

<sup>1453</sup> *Ibid.*, pt.38.

préjudiciel recevable. Elle rappelle tout d'abord que la considération qu'un Etat ait compétence dans une matière ne le libère de son obligation de respecter le droit de l'UE et estime à cet égard que le retrait de la naturalisation entraînant par ricochet la perte de la qualité de citoyen de l'UE, le droit de l'UE trouvait à s'appliquer<sup>1454</sup>. La Cour poursuit en distinguant l'espèce de l'affaire *Kaur*. Alors que dans l'affaire *Kaur* la requérante n'avait pas été privée de droits découlant du statut de citoyen de l'UE car elle n'avait jamais été ressortissante britannique au sens du droit communautaire, le requérant dans l'espèce avait eu les nationalités de deux Etats membres et donc les droits découlant du statut de citoyen de l'UE<sup>1455</sup>.

Concernant le fond, l'avocat général Maduro rejetait explicitement dans ses conclusions le raisonnement conduisant à déduire que le retrait de la nationalité d'un Etat membre était interdit en raison de la perte de la qualité de citoyen européen qu'elle impliquait. Il estimait en effet qu'il porterait atteinte à "*l'essence de l'autonomie des États membres en la matière*" et ainsi à l'obligation de respect de l'identité nationale des Etats posée à l'art.6§3 UE<sup>1456</sup>. Il indiquait que le droit communautaire imposait simplement un certain cadre à respecter par les Etats dans l'exercice d'un tel retrait<sup>1457</sup>. Il concluait en l'espèce que le retrait de la naturalisation était justifié par la fraude qui était à l'origine de l'acquisition de la nationalité allemande, sans se pencher sur le respect du principe de proportionnalité<sup>1458</sup>. Si la Cour considère également le motif du retrait de la naturalisation, les manœuvres frauduleuses, comme légitime, elle ajoute par contre que la juridiction de renvoi doit vérifier si le principe de proportionnalité est respecté. A cet égard, elle précise que la juridiction de renvoi doit déterminer la gravité de l'infraction commise, et prendre en compte les conséquences d'un tel retrait pour le requérant et le cas échéant sa famille au regard de la perte des droits de citoyenneté européenne, la possibilité pour lui de recouvrer sa nationalité d'origine. La Cour souligne en effet que si la non récupération de son ancienne nationalité ne peut conduire à elle seule l'Etat allemand à renoncer au retrait de la naturalisation<sup>1459</sup>, la juridiction doit vérifier si la proportionnalité exige de laisser un délai raisonnable au requérant avant de procéder au retrait afin de lui laisser la possibilité de récupérer entre temps sa nationalité d'origine<sup>1460</sup>.

## **B. A la recherche des moyens de développement d'un sentiment d'appartenance européen**

**342.** L'appartenance fédérale doit être ressentie par ses bénéficiaires pour pouvoir jouer son rôle de stabilisation de la Fédération. A cet égard, des auteurs ont parlé de "*consensus permissif*" pour désigner l'attitude quelque passive de masses peu investies dans l'aventure européenne à l'inverse de leurs élites<sup>1461</sup>, puis de "*dissensus dubitatif voire agressif*"<sup>1462</sup>, depuis le débat sur la ratification du Traité de Maastricht, nourri par les débats sur les traités qui ont suivi, en particulier le traité établissant une constitution pour l'Europe. D'où la question des moyens permettant de favoriser le développement d'un véritable sentiment d'appartenance européen.

<sup>1454</sup> *Ibid.*, pts.41-42.

<sup>1455</sup> *Ibid.*, pt.49.

<sup>1456</sup> Conclusions dans l'aff.C-135/08, *Janko Rottmann*, pts.24-25.

<sup>1457</sup> *Ibid.*, pt.26.

<sup>1458</sup> *Ibid.*, pt.33.

<sup>1459</sup> Aff.C-135/08, *Janko Rottmann*, pts.56-57.

<sup>1460</sup> *Ibid.*, pt.58.

<sup>1461</sup> LINDBERG (L.), SCHEINGOLD (S.), *Europe's Would Be Polity. Patterns of Change in the European Community*, Prentice-Hall, 1970, 314 p. (cité par : CHALTIEL (F.) ; BASILIEN-GAINCHE (M.-L.), L'État : identité nationale, identité européenne, *Annuaire de droit européen*, 2009, vol.VII, à paraître.

<sup>1462</sup> Expression utilisée par : BEAUD (O.), STRUDEL (S.), *Démocratie, fédéralisme, et constitution*, in : BEAUD (O.), LECHEVALIER (A.), PERNICE (I.), STRUDEL (S.) (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 3-36.

**343.** A cet égard, Jean Leca affirme que "*l'identité individuelle et collective a quatre dimensions : généalogique (« d'où viens-je ? »), téléologique (« où vais-je ? »), commerciale (« avec qui ai-je des relations d'échange ? »), polémique (« qui est mon ennemi ? »)*"<sup>1463</sup>. Il relève le problème de la dimension généalogique dans l'Union européenne (la question de l'histoire commune, des racines chrétiennes), ainsi que celle d'un ennemi qui a poussé à la formation de l'idée de "*grande puissance civile à pouvoir normatif*". Il souligne *a contrario* que "*sont hypertrophiées les dimensions commerciales (...) et téléologique (la parousie de la société de compétence communicationnelle, du patriotisme constitutionnel et du "cosmopolitisme dans un seul continent") qui justifie un fort engagement humanitaire et parfois altermondialiste*"<sup>1464</sup>. Ces remarques, même si elles peuvent apparaître très tranchées, résument dans les grandes lignes les difficultés rencontrées pour le développement d'une identité européenne.

Si une partie des facteurs d'identification mis en évidence par la perspective du droit comparé apparaît difficilement transposable dans l'Union européenne (1), nous retrouvons par contre la place centrale du droit de séjour et du principe de non discrimination entre les ressortissants des Etats membres<sup>1465</sup> (2). Plus globalement, les droits attachés à la citoyenneté fédérale peuvent, tout comme les symboles et la protection des droits fondamentaux jouer un rôle important dans le développement d'un sentiment d'appartenance fédéral, mais nous traiterons de manière plus approfondie ces éléments dans la suite des développements<sup>1466</sup>.

Par contre nous évoquerons ici la contribution des régions au développement du sentiment d'appartenance européen, contribution que l'on ne retrouve pas dans les autres systèmes fédéraux étudiés en tant que tels<sup>1467</sup> (3).

### ***1) Des facteurs d'identification difficilement transposables au cas européen***

**344.** Une partie des facteurs semblent devoir être écartés de façon absolue dans la perspective européenne (a). L'identification au moyen des relations extérieures ne fait pas l'objet de la même conclusion péremptoire mais en raison des particularités de la construction européenne et du stade d'évolution des relations extérieures de l'UE, il ne peut, encore à l'heure actuelle, jouer qu'un rôle limité dans le développement d'un sentiment d'appartenance européen (b).

#### **a) Des facteurs durablement non transposables**

**345.** Le but politique originel de la CEE était la pacification des relations franco-allemande et l'Europe des six avait en gros la taille de l'empire carolingien, si bien qu'on se rapprochait selon Andreas Kopp d'une Europe vaticanesque dans l'esprit des pères fondateurs essentiellement chrétiens-démocrates. Or, avec l'entrée du RU, qui n'a jamais fait partie de l'Empire de Charlemagne et regarde vers le Commonwealth, était écartée au plus tard en 1972 la possibilité d'une approche essentialiste de l'identité européenne<sup>1468</sup>, une approche mettant l'accent sur les

---

<sup>1463</sup> LECA (J.), Questions sur la "constitution" de l'Europe, in : Beaud (O.), Lechevalier (A.), Pernice (I.), Strudel (S.) (dir.), *Ibid.*, p.109.

<sup>1464</sup> *Ibid.*, p.110.

<sup>1465</sup> Voir sur la question de la libre circulation et du principe de non discrimination comme cœur du statut d'appartenance à l'UE : ILIOPOULOU (A.), *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, 795 p.

<sup>1466</sup> Voir pour les symboles et droits fondamentaux dans le cadre plus large du développement d'un patriotisme constitutionnel, : *infra* §2. Et voir pour les droits de citoyenneté fédérale : *infra* §3.

<sup>1467</sup> En ce sens : Olivier Castric écrit : "*La compréhension réciproque des régions d'Europe, de leurs modes de fonctionnement, de leurs priorités, de leurs projets, doit contribuer à l'édification, chez le citoyen, d'un sentiment d'appartenance à une même communauté et favoriser une union plus étroite des peuples d'Europe*" (*Quel partenariat pour les régions de l'Union européenne ?*, Rennes, Éd. Apogée, 2002, p.22).

<sup>1468</sup> KOPP (A.), *Europäische Identität als Kategorie des Europarechts*, Tübingen, Köhler, 2002, p.73.



origines gréco-romaine et chrétienne, une "Europe des cathédrales", sur la dimension géographique de l'Europe, défendant une UE la plus homogène possible<sup>1469</sup>. Ce constat est confirmé par les vifs débats au sujet de l'introduction d'une référence aux racines chrétiennes de l'Europe dans le préambule du projet de Traité constitutionnel.

**346.** Autre facteur d'identification, l'existence de dirigeants charismatiques qui par leur position prépondérante garantissent l'unité. L'Empereur sous l'Empire bismarckien a été un symbole de l'unité allemande. Cela a été plus particulièrement le cas de Guillaume II, pour une part pour ses défauts qui le rendaient proche du peuple, même s'il a par ailleurs pris des décisions qui ont en pratique plutôt desservi l'Allemagne<sup>1470</sup>. Le Président américain joue également un rôle symbolique fort.

Au contraire, on ne retrouve pas une telle figure dans le cas suisse. En effet, l'esprit fédéral s'est caractérisé par "la lutte contre toute hégémonie au sein de la Ligue, et la méfiance à l'égard des « grands hommes »"<sup>1471</sup>. Nous retrouvons cette même méfiance au sein de l'Union européenne. Ainsi par exemple José Manuel Barroso a été proposé comme candidat à la présidence de la Commission par défaut en 2004, d'autres candidats à la personnalité plus forte ayant été écartés en raison du refus de certains Etats. De même, Catherine Ashton a été choisie au poste de Haut représentant en dépit de son manque d'expérience dans le domaine car les dirigeants européens savaient qu'elle ne leur porterait pas ombrage<sup>1472</sup>. Le système politique européen se rapprochant du contexte suisse<sup>1473</sup>, il est difficile à l'heure actuelle d'imaginer qu'un homme ou une femme au sein des institutions européennes puisse jouer ce rôle intégratif dans le futur proche.

**347.** L'action d'un Etat membre de la Fédération peut aussi jouer un rôle dans le développement d'un sentiment d'appartenance fédéral. Dans le cas allemand, l'hégémonie prussienne a ainsi favorisé la défense d'un intérêt fédéral sous la Confédération du Nord et sous le Second Empire, permettant notamment de renforcer l'attachement à l'Empire des ressortissants du Sud traditionnellement plus proches de l'Autriche. La Prusse disposait de liens étroits avec l'appareil politique fédéral qui lui ont permis une telle action : l'Empereur était le Roi de Prusse, le Chancelier impérial était chancelier de Prusse, les ministres et membres de la haute administration fédérale étaient issus des rangs prussiens même si cela n'est pas prévu par la Constitution, et la vérification des comptes impériaux était effectuée par la Cour des comptes prussienne<sup>1474</sup>. Enfin, pour réviser la Constitution, elle disposait d'une minorité de blocage de 14 voix au Bundesrat. Ernst Rudolf Huber souligne que la Prusse jouait contre les deux tendances extrêmes unificatrice et particulariste et que les oppositions entre les Etats, les classes, les confessions,... ont été dépassées en grande partie grâce à son travail dont la légitimité n'était pas disputée. Elle ne donnait en effet pas d'ordre et n'utilisait pas sa position à son profit, elle avait au contraire un rôle de médiateur des oppositions. Bismarck combat ainsi les particularismes prussiens.

A l'opposé, Denis de Rougemont souligne qu'en Suisse "toutes les fois qu'un ou plusieurs des membres de la fédération crurent le moment venu d'accaparer le pouvoir [...], ils trouvèrent ligüés contre eux, spontanément, tous les autres membres, et chaque fois le résultat de la lutte fut un resserrement de l'alliance sur pied d'égalité réelle : les petits cantons recevant

<sup>1469</sup> MARION (A.), Une citoyenneté sans territoire ? La difficile quête d'une géographie politique et identitaire européenne, *RI*, 2009/3, n°139, p.68.

<sup>1470</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.III*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1988, p.773.

<sup>1471</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération helvétique*, éd. du Rocher de Monaco, 1953, p.30.

<sup>1472</sup> Voir par exemple en ce sens un article du blog de Jean Quatremer, correspondant de Libération à Bruxelles : <http://bruxelles.blogs.liberation.fr/coulisses/2010/02/les-affaires-tr%C3%A8s-%C3%A9trang%C3%A8res-de-la-baronne-ashton.html>.

<sup>1473</sup> Cf. à cet égard : *infra* partie II chap.II sect.II §3 B.

<sup>1474</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche... (op. cit. note 1470), Bd.III*, p.780.



*des avantages de droit qui compensaient les avantages de fait des plus grands*<sup>1475</sup>.

Dans le cas européen nul Etat ne saurait non plus jouer un rôle de leader défenseur de l'intérêt européen. Le rôle de moteur du couple franco-allemand est souvent mis en avant, mais rien de comparable avec l'action de la Prusse. La volonté de s'abstraire de son intérêt étatique est notamment absente, et la puissance vis-à-vis des partenaires n'est pas non plus à la même hauteur.

**348.** Autre facteur de développement d'une identité commune classique dans les systèmes fédéraux, la défense de positions uniques au niveau international reste encore limitée dans l'Union européenne.

#### **b) Une identité extérieur encore trop faible**

**349.** Le 2<sup>e</sup> alinéa du préambule du Traité sur l'UE (ancien alinéa 10 du préambule dudit Traité) renvoie à la mise en œuvre d'une politique étrangère et de sécurité commune comme moyen de renforcer l'identité de l'Europe et son indépendance. L'art.2§1 2<sup>e</sup> tiret UE, disparu avec le Traité de Lisbonne, énonçait comme but de l'UE l'affirmation de son identité sur la scène internationale par le biais notamment de la PESC. Dans ce domaine, les populations européennes attendent beaucoup de l'Union européenne comme le soulignent les études eurobaromètre. Selon un sondage eurobaromètre effectué au printemps 2011, 75% des européens soutiennent une politique de sécurité et de défense commune des Etats membres de l'UE (contre 17%). 64% soutiennent également l'idée d'une politique étrangère commune (contre 26%). Une majorité d'européens est favorable à une politique étrangère commune dans 24 pays<sup>1476</sup>.

L'affirmation identitaire vers l'extérieur pourrait donc apparaître plus simple qu'au niveau interne et il est souvent souligné l'importance de la rétroaction de l'image externe en interne. Le dégagement d'une identité européenne est notamment plus simple pour les européens hors d'Europe lors de voyages, de même qu'elle se dégage pour les visiteurs de pays tiers en Europe qui perçoivent une unité européenne<sup>1477</sup>. C'est cet angle qui semble avoir été choisi par la déclaration de Copenhague des chefs d'Etats et de gouvernement sur l'identité européenne de 1973<sup>1478</sup>. En effet, des trois éléments présents dans cette déclaration, c'est la définition de l'identité européenne par rapport au monde qui fait l'objet de l'essentiel des dispositions dans la seconde partie (13 points contre respectivement 8 et 1 pour les deux autres), et il est affirmé dès le 1<sup>er</sup> alinéa du préambule que le but de la déclaration est "notamment de mieux définir leurs relations avec les autres pays du monde ainsi que les responsabilités qu'ils assument et la place qu'ils occupent dans les affaires mondiales". En outre, si elle concerne la cohésion des Etats membres de la Communauté européenne<sup>1479</sup>, la première partie de la déclaration évoque déjà cet aspect notamment aux pts.6 et 8. De même, la troisième partie, qui vise le caractère dynamique de l'identité, énonce que "*les Neuf s'attacheront notamment à définir progressivement leur identité vis-à-vis des autres entités politiques*", et fait un lien entre l'affirmation de l'identité par

<sup>1475</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération...*(*op. cit.* note 1471), p.31.

<sup>1476</sup> Eurobaromètre 75. Printemps 2011, p.59. Les trois Etats membres ne présentant qu'une minorité en faveur d'un telle politique commune sont : RU (38%), la Suède (42%) et le Danemark (44%).

<sup>1477</sup> En ce sens : MARION (A.), *Une citoyenneté...*(*op. cit.* note 1469), p.70.

<sup>1478</sup> Souligné par : KREIS (G.), *L'émergence de la notion d' « identité » dans la politique de la Communauté européenne. Quelques réflexions autour de la Déclaration du sommet de Copenhague de 1973*, *RI*, 2009/4, n° 140, p.55. Déclaration sur l'identité européenne du 17 décembre 1973, *Bull. CE*, Décembre 1973, n°12, pp.127-130. Georg KREIS voit plusieurs raisons au choix de ce moment pour adopter une telle déclaration : modification structurelle du monde (non alignés après décolonisation, Chine monte,...), l'élargissement de la CEE qui nécessite de préciser le projet,... (*Ibid.*, p.59).

<sup>1479</sup> Celle-ci comprend selon ses rédacteurs la revendication de valeurs communes, des principes de démocratie et de liberté, d'Etat de droit, de justice sociale, de garantie des droits fondamentaux.



rapport au reste du monde et le renforcement interne de l'identité européenne. Cependant même à l'égard du rapport au monde, la mise en évidence d'une identité européenne spécifique est loin d'être probante dans cette déclaration. La référence aux "*liens étroits qui existent entre les Etats-Unis et l'Europe des Neuf, qui partagent des valeurs et des aspirations fondées sur un héritage commun*" souligne plutôt les éléments transatlantiques communs que ceux d'une autodétermination européenne<sup>1480</sup>. Certes, il est affirmé dans la suite du paragraphe qu' "*ils n'affectent pas la détermination des Neuf de s'affirmer comme une entité distincte et originale*", mais il est précisé qu'elle s'affirme dans le cadre d'un "*dialogue constructif*" et d'une "*coopération*" avec les Etats-Unis.

Si l'on se place dans l'UE contemporaine, son identité extérieure n'en est encore qu'à ses balbutiements. En dehors de l'OMC où existe une position forte de l'Union européenne car elle dispose d'une compétence exclusive, il est rare que l'UE soit présente dans une organisation internationale, et, si c'est le cas, sa parole est brouillée car il s'agit d'une compétence partagée. La guerre en Irak, et plus récemment la question de l'acceptation d'un Etat palestinien au sein de l'ONU et la question de l'intervention en Lybie ont montré les difficultés à la convergence des positions des gouvernements entre Etats européens, même si les populations étaient généralement beaucoup plus proches les unes des autres.

**350.** Au-delà, il est à noter que les guerres ou au moins l'existence d'un ennemi commun étaient présents dans toutes les grandes Fédérations comme élément d'unification. Dans le cas allemand, la guerre de la Prusse contre l'Autriche a permis de fonder la Confédération du Nord, et la guerre entre la Confédération du Nord et la France a ouvert la voie du Second Empire qui étendait le territoire antérieur aux Etats allemands du Sud.

De même, la guerre d'Indépendance a joué un rôle de catalyseur dans le cas américain. Comme le disait Benjamin Franklin lors du Congrès qui allait conduire à la signature de la Déclaration d'Indépendance : "Nous devons en effet nous rassembler, ou il est quasiment assuré que nous serons pendus séparément" ("*We must, indeed, all hang together, or most assuredly we shall all hang separately*"). Ainsi sans l'existence d'une volonté de vivre en commun le système ne peut pas prendre. En ce sens Elisabeth Zoller relève que si la guerre avec la Grande-Bretagne avait permis de maintenir l'union entre les Etats, une fois terminée, ces derniers ne versaient plus leur contribution financière, ce qui posait un problème de solvabilité à la Confédération<sup>1481</sup>. Ils ne s'estimaient en effet pas réellement liés par les traités que cette dernière signait, ce qui mettait en danger la crédibilité internationale de la Confédération, et ils connaissaient en outre entre eux des conflits commerciaux toujours plus durs.

Pour ce qui est des cantons suisses, Denis de Rougemont rappelle que c'est la menace des Habsbourg désireux d'étendre leurs territoires qui a poussé les trois premiers cantons à s'unir en 1215<sup>1482</sup>. Par la suite, d'autres cantons se sont joints aux trois précurseurs, dans le même but de garantir leur existence et leur identité face aux puissances qui les entouraient.

Dans le contexte européen, Antoine Fleury se demande s'il serait nécessaire d'avoir "*une épreuve commune et partagée pour que cette UE se découvre une identité propre*"<sup>1483</sup>, mais cette épreuve commune existe, elle est à la base de la construction européenne, c'est la Seconde guerre mondiale. Au-delà, au contraire des modèles fédéraux étudiés, l'unification européenne n'est dirigée contre personne, les neuf sont persuadés que leur association sert la communauté

<sup>1480</sup> En ce sens : KOPP (A.), *Europäische...*(*op. cit.* note 1468), pp.73-74.

<sup>1481</sup> ZOLLER (E.), *Aspects...*(*op. cit.* note 1416), p.78.

<sup>1482</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération...*(*op. cit.* note 1471), pp.24-25. L'auteur souligne qu'ils ont pu se maintenir à l'époque malgré la taille encore réduite de cette union car ils ont bénéficié du soutien de l'Empereur Frédéric II, qui régna de 1220 à 1250, qui combattait le Pape, que les Habsbourg soutenaient, et parce que les territoires en cause en cause étaient un point de passage stratégique au plan économique et militaire entre le Nord et le Sud.

<sup>1483</sup> FLEURY (A.), Introduction, *RI*, 2009/3, n°139, La communauté et l'Union européenne à la recherche d'une identité depuis 1957 (première partie), p.6.



des peuples car elle est un élément d'équilibre et un pôle de coopération avec toutes les nations<sup>1484</sup>. S'il y a pu y avoir un ennemi soviétique, il n'était pas propre à la Communauté européenne, mais commun au bloc occidental. Mais il faut relativiser le rôle des facteurs extérieurs comme les guerres. Ils peuvent certes provoquer la décision de former ou renforcer une union fédérale, mais ils ne sauraient suffire car une fois disparus, la Fédération n'aurait plus de raison d'être<sup>1485</sup>. En ce sens, la crainte d'être envahi par l'URSS si elle a jamais soutenu le développement d'une identité européenne nourrie par l'anticommunisme, était déjà vue comme une base fragile par Raymond Aron qui soulignait déjà le risque d'un profond affaiblissement une fois la menace soviétique disparue<sup>1486</sup>.

**351.** La volonté de défendre des intérêts communs dans les relations internationales, de protéger son identité,... existe dans les Fédérations, au-delà de la question du souci de défense du territoire. Dans le cas suisse, Christoph Guggenbühl relève que depuis la fin du Moyen Age, les couches dirigeantes ont développé des représentations d'identité commune car à l'étranger, elles étaient confrontées aux questions de garantie des intérêts de la Confédération dans son ensemble, qu'avec la fin du Saint Empire la pression accrue des monarchies a conduit à renforcer encore<sup>1487</sup>. De même si Denis de Rougemont reconnaît que les différences entre les citoyens des différents cantons est aussi grande qu'entre des citoyens de nations différentes et souligne que les citoyens des différents cantons suisses montrent peu d'intérêt à se connaître mutuellement, il relève qu'ils "*ont en commun leur volonté de rester eux-mêmes, de se gouverner à leur manière, et savent très bien que leur union fédérale est la seule garantie d'une pareille liberté*"<sup>1488</sup>.

Au sein de l'UE, ce souci de défense des intérêts se développe, mais encore d'une façon inégale selon les domaines. Nous avons déjà évoqué la représentation commune de la Communauté au sein de l'OMC qui permet la défense des intérêts commerciaux. Un autre exemple de cette particularité, qui est en même temps traduction de la défense d'un intérêt européen, peut être vu au niveau agricole. La préférence communautaire a longtemps marqué une identité agricole européenne face au reste du monde. Mais dès le début des années 1980, surproduction, problème d'environnement,... en interne, et pressions extérieures (GATT) ont toutefois poussé à des réformes. Le nouveau modèle agricole (aides directes à caractère social, conditionnalité environnementale, recherche de cohésion territoriale et économique et sociale) est mal vécu par les agriculteurs, et est loin d'être un facteur de développement d'une identité européenne parmi eux<sup>1489</sup>. Le Comité des organisations professionnelles agricoles de la Communauté européenne a pourtant cherché, à partir de 1997, à protéger le "*modèle agricole européen*", et à affirmer une "*identité de l'agriculture européenne*"<sup>1490</sup>. A cet égard, selon Gilbert Noël, "*le pilier du développement rural reflète une nouvelle idéologie, rurale et sociétale, support pour une identité rurale reconnue*" qui constitue une forme de préférence

<sup>1484</sup> KOPP (A.), *Europäische...*(op. cit. note 1468), p.72.

<sup>1485</sup> BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.118.

<sup>1486</sup> LAPPARENT (O. de), L'identité européenne selon Raymond Aron : entre mythe et réalité, *RI*, 2009/4, n°140, La communauté et l'Union européenne à la recherche d'une identité depuis 1957 (deuxième partie), p.45.

<sup>1487</sup> GUGGENBÜHL (C.), Biedermänner und Musterbürger im "Mutterland der Weltfreiheit". Konzepte der Nation in der helvetischen Republik, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz 1798-1998 : Staat-Gesellschaft-Politik. Bd 4, Die Konstruktion einer Nation : Nation und Nationalisierung in der Schweiz, 18.-20. Jahrhundert*, Zürich, Chronos Verlag, 1998, pp.34-35.

<sup>1488</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération...*(op. cit. note 1471), pp.54-55.

<sup>1489</sup> Voir en ce sens : NOËL (G.), La communauté agricole européenne : entre communauté d'intérêt et recherche identitaire, *RI*, 2009/3, n°139, p.46. Sur la réforme de la PAC, voir : BLUMANN (C.), La réforme de la politique agricole commune, *CDE*, n°3-4, 2004, pp. 297-335. Réorientation d'une politique axée sur les prix des produits agricoles et la production vers une prise en compte plus globale du monde agricole (aspects économiques, sociaux et environnementaux).

<sup>1490</sup> NOËL (G.), *Ibid.*, p.44.



communautaire nouvelle<sup>1491</sup>.

**352.** D'autres fondements doivent être recherchés au développement d'une identité européenne. A cet égard, le principe de non discrimination entre les ressortissants des Etats membres<sup>1492</sup> qu'Alexander Hamilton considérait comme "*la base de l'Union*"<sup>1493</sup>, associé au droit de séjour, sont également considérés dans l'Union européenne comme base de la citoyenneté européenne. Il est ainsi notamment à noter que l'importance du principe de non discrimination dans les droits de citoyenneté de l'UE trouve une traduction symbolique dans la modification le nouveau titre "Non-discrimination et citoyenneté de l'Union" dans le Traité sur le fonctionnement sur l'UE issu de la modification apportée par le Traité de Lisbonne<sup>1494</sup>, réalisant "*la proposition faite des années auparavant de rassembler les articles 12 et 17 CE*"<sup>1495</sup>.

## **2) Droit de séjour et principe de non discrimination : effets fondamentaux de l'appartenance fédérale**

**353.** Généralement une distinction est effectuée entre la dimension verticale de l'appartenance fédérale, qui correspond aux relations entre les personnes appartenant à l'union fédérale et la Fédération et ses institutions, et la dimension horizontale, qui porte sur les relations des personnes appartenant à l'union fédérale avec les Etats membres dont ils ne sont pas ressortissants. La seconde dimension est la plus importante dans le cadre des unions fédérales originelles, mais elle perd de l'importance par rapport à la dimension verticale au fur et à mesure de l'intégration et ne joue qu'un rôle marginal dans un Etat fédéral comme l'Allemagne contemporaine<sup>1496</sup>. Dès lors, il n'est pas étonnant que, comme le note Claire Marzo, "*le cœur de la citoyenneté européenne*" repose "*non pas sur des compétences européennes, mais sur une extension des droits nationaux à des citoyens d'autres États membres*"<sup>1497</sup>.

Dans le contexte allemand ce statut était désigné dans le cadre de la Confédération germanique, par les expressions "*d'étrangers à l'intérieur d'un Etat appartenant à la Confédération*", d' "*indigénat fédéral*" et de "*droit de citoyenneté allemande commun*"<sup>1498</sup>. "*Indigénat commun*" est l'expression qui s'imposera toutefois par la suite. Roger Picard a développé un autre concept permettant de décrire la dimension horizontale de la citoyenneté fédérale celui d' "*intercitoyenneté*"<sup>1499</sup>. Ce concept vise le cas dans lequel les ressortissants des Etats membres bénéficient dès qu'ils résident dans un Etat membre de tous les droits et sont soumis aux mêmes devoirs que les ressortissants dudit Etat sans que leur statut d'appartenance étatique d'origine ne soit remis en cause<sup>1500</sup>. Enfin, Claire Marzo parle de "*citoyenneté en creux ou d'isopolitie puisqu'il ne s'agit pas d'un droit substantiel accordé, mais d'un droit d'accès*"

---

<sup>1491</sup> *Ibid.*, p.45.

<sup>1492</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op. cit.* note 1485), p.224.

<sup>1493</sup> HAMILTON (A.), n°80, in : HAMILTON (A.), JAY (J), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (*op. cit.* note 1428), p.664 : il énonce en effet qu' "*on peut regarder comme base de l'Union la disposition d'après laquelle « les citoyens de chaque Etat auront droit à tous les privilèges et immunités des citoyens des différents Etats »*".

<sup>1494</sup> Il est à noter que la Charte des droits fondamentaux annexée au Traité de Lisbonne reprend à l'art.21 II l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité et à l'art.45 la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'UE.

<sup>1495</sup> Souligné par MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), pp.106-107.

<sup>1496</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.206.

<sup>1497</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.19.

<sup>1498</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.97.

<sup>1499</sup> PICARD (R.), *L'unité européenne par l'intercitoyenneté*, SPID, 1948, p.17.

<sup>1500</sup> Christophe SCHÖNBERGER souligne toutefois que Roger Picard n'avait pas vu qu'une telle intercitoyenneté était une caractéristique des ordres fédéraux, et pensait qu'une telle intercitoyenneté pourrait se développer en dehors d'institutions européennes entre les Etats européens (*Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.229).



aux droits conférés par le droit national<sup>1501</sup>.

Cette intercitoyenneté renvoie aux règles des Etats sous réserve que celles-ci respectent un principe qualifié de non discrimination ou d'égalité entre les ressortissants des différents Etats membres. Deux interprétations apparemment différentes ont été données du rapport entre principe de non discrimination et citoyenneté dans le cadre fédéral. Sandrine Maillard met l'accent sur le lien qui existe toujours entre égalité et citoyenneté, même en dehors de tout cadre fédéral, elle estime que "*la promotion d'un principe d'égalité participe [...] de l'émergence de la citoyenneté*"<sup>1502</sup>. Mais il est aussi possible de considérer que le principe d'égalité a une place centrale dans la citoyenneté fédérale, qu'il est la marque de son caractère fédéral, par opposition à d'autres droits et principes qu'on retrouve dans les citoyennetés étatiques<sup>1503</sup>. Associé au droit de séjour, le principe de non discrimination a été un moyen essentiel de renforcement de l'identité fédérale, dans les systèmes fédéraux référents (a), et il joue également un rôle central à cet égard au sein de l'Union européenne (b).

### a) Droit de séjour et principe de non discrimination dans les systèmes fédéraux comparés

**354.** L'article IV des Articles de la Confédération et l'article IV sect.2 cl.1 de la Constitution de 1787, qui posent le principe du bénéfice des privilèges et immunités des citoyens américains au sein de tous les Etats membres, peuvent être compris comme des clauses de non discrimination<sup>1504</sup>. L'art.IV des Articles de la Confédération comprenait notamment la liberté d'entrée et de sortie, les libertés de commerce et d'établissement, qui renvoyait à l'exercice d'une activité professionnelle, et l'acquisition de biens. Il ne s'agissait que d'une amorce d'appartenance fédérale et non d'une appartenance construite et formalisée, et Donald Lutz parle à son égard de "*découverte de la double citoyenneté dans les articles de la Confédération*"<sup>1505</sup>. L'article IV sect.2 Cl.1 de la Constitution de 1787 ne mentionne plus expressément les différents droits qui étaient énumérés dans l'art.IV Articles de la Confédération, mais ils sont considérés comme implicitement inclus. Au soutien d'une telle interprétation, il est à souligner que Charles Pinckney, qui est vu comme l'auteur de l'article IV de la Constitution de 1787, a écrit que cette disposition était "*fondée exactement sur les principes de l'article IV des Articles de la Confédération*"<sup>1506</sup>, et que plusieurs décisions de la Cour suprême ont repris cette origine<sup>1507</sup>. Ainsi en est-il par exemple d'un arrêt *Paul v. Virginia* de 1869<sup>1508</sup>, la Cour suprême donne une définition du principe d'égalité des citoyens américains et précise son objet. Elle indique que "*l'objet de cette clause est de placer les citoyens de chaque Etat sur le même pied avec les citoyens d'autres Etats, dans la mesure où les avantages*

<sup>1501</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.265. Dans le même sens : MAILLARD (S.), *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p.189.

<sup>1502</sup> MAILLARD (S.), *Ibid.*, p.32. Thomas MARSHALL souligne en ce sens qu' "*une égalité basique humaine est associée au concept de citoyenneté*" (*Citizenship and social class*, London, Pluto perspectives, 1992, p.6 (cité par MARZO (C.), *Ibid.*, p.233)).

<sup>1503</sup> En ce sens : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.16 et p.46.

<sup>1504</sup> En ce sens : NEUMAN (G.), *Fédéralisme...*(*op. cit.* note 1406), pp.153-154.

<sup>1505</sup> LUTZ (D.), *The articles of Confederation as the background to the federal republic*, *Publius*, 1990, n°20, pp.66 et s.

<sup>1506</sup> PINCKNEY (C.), *Observations on the plan of Government Submitted to the Federal Convention, in Philadelphia, on the 28th of May, 1787*, in : FARRAND (M.) (éd.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Yale University Press, 1911, appendice A, Chapitre CXXIX, p.112. Gary Simson défend aussi une interprétation de l'art.IV de la Constitution au regard de l'article IV des Articles de la Confédération (*Discrimination against Nonresidents and the Privileges and Immunities Clause of Article IV*, *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, n°128, p.384).

<sup>1507</sup> Voir par exemple : *Austin v. New Hampshire*, 420 U. S. 656, pp.660-661 (1975) ; *Hicklin v. Orbeck*, 437 U.S. 518 (1978) (p.531-532) ; *Baldwin v. Fish and Game Commission of Montana*, 436 U.S. 371 (1978) (p.379).

<sup>1508</sup> *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (7 Wall.) 168 (1869).



*résultant de la citoyenneté de cet Etat est concerné". Elle poursuit que, pour cela, "elle les libère des handicaps du statut d'étranger dans les autres Etats ; elle empêche les législations discriminatoires des autres Etats envers eux ; elle leur donne le droit d'entrée dans d'autres Etats et de sortie de ces derniers ; elle leur assure dans d'autres Etats la même liberté que celle des citoyens de ces Etats dans l'acquisition et la jouissance de la propriété et dans la poursuite du bonheur ; et elle leur assure dans les autres Etats l'égalité de leurs lois"<sup>1509</sup>. Quant au rôle de cette clause dans le développement d'une identité américaine, la Cour conclut dans cette même décision qu' "il a été très justement dit qu'aucune disposition dans la Constitution n'avait contribué aussi fortement qu'elle à faire un peuple des citoyens des Etats-Unis"<sup>1510</sup>.*

Dans le cas suisse, un droit de citoyenneté suisse unifié a été imposé pendant la République helvétique (1798-1803) qui comprenait un large droit de séjour, appelé liberté d'établissement<sup>1511</sup>, dans l'ensemble du territoire fédéral. Avec l'Acte de médiation napoléonien de 1803 qui réintroduit le système fédéral disparaît toute référence à un tel droit. Le pacte fédératif de 1815 ne prévoit pas non plus un tel droit d'établissement, il vise uniquement la libre circulation des marchandises. Le principe d'égalité de traitement entre citoyens des différents cantons n'est assuré qu'en matière policière<sup>1512</sup>. Des accords concordataires entre cantons ont complété l'égalité de traitement notamment en matière de droit de succession, de droit de la faillite et une partie des cantons a en outre conclu des concordats visant un droit d'établissement permettant d'aller plus loin en matière d'égalité de traitement.

Ce n'est toutefois qu'avec la Constitution de 1848 qu'une appartenance fédérale réelle sera créée<sup>1513</sup>. Son art.41 pose tout d'abord un droit d'établissement. L'article 41§4 précise ensuite que le citoyen suisse jouit une fois établi dans un canton dont il n'est pas ressortissant, de tous les droits des citoyens de ce canton à l'exception des droits politiques communaux. Il énonce qu'il jouit notamment d'une égalité de traitement pour vendre et acheter des biens, et établir une entreprise. L'art.41§5 impose par ailleurs une égalité de traitement en matière d'imposition. Dans la Constitution de 1874, l'art.60 pose un principe général de l'égalité de traitement et l'art.45 §1 la liberté d'établissement. La liberté d'établissement sur les territoires des cantons suisses pour tous les citoyens suisses (art.24 CS) et le principe d'égalité de traitement (art.37§2 CS) demeurent des droits fondamentaux des suisses sous l'empire de la constitution fédérale actuelle.

Dans le cas allemand, l'art.18 de l'Acte de 1815 garantit aux sujets des Etats membres un certain nombre de droits quand ils se trouvent sur le territoire d'un Etat dont ils ne sont pas des ressortissants. Ils bénéficient d'un droit d'acquisition de biens fonciers sans être soumis à des charges spécifiques par rapport aux sujets de l'Etat (art.18 a) et sont libérés de tout paiement d'impôt sur l'argent qu'ils déplacent dans un autre Etat (art.18 c). Leur liberté de circulation entre Etats membres n'est par contre que très limitée. Elle n'est garantie que pour un sujet d'un Etat vers un Etat dont il veut devenir sujet (art.18 b). Des accords entre Etats ont toutefois comme en Suisse permis de compléter les droits des sujets des Etats membres de la Confédération, en posant par exemple un principe d'égalité de traitement en matière de saisie-exécution<sup>1514</sup>, ou en prévoyant l'obligation pour l'Etat d'origine de prendre en charge ses

---

<sup>1509</sup> *Ibid.*, p.180.

<sup>1510</sup> *Ibid.*

<sup>1511</sup> À ne pas confondre avec la liberté d'établissement au sens du droit de l'Union européenne qui correspond à la liberté d'exercer une activité professionnelle indépendante par le biais d'une structure durable dans l'Etat d'accueil.

<sup>1512</sup> L'art.11 du pacte de 1815 énonce que "*les dispositions de police doivent être identiques pour les citoyens d'un canton et pour les ressortissants d'un autre canton*".

<sup>1513</sup> Voir sur cette évolution historique : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.82-83.

<sup>1514</sup> BECKER (P.), *Der Kampf um ein gemeinsames Indigenat : zugleich ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Rechtseinheit*, Thèse, Limburg an der Lahn, Limburger Vereinsdruckerei, 1929, pp.48 et s. et pp.79



ressortissants en cas de problèmes financiers et pour l'Etat d'accueil de soutenir les ressortissants des autres Etats en cas de maladie ou d'enterrement<sup>1515</sup>.

Même s'il n'est jamais entré en vigueur, il est également intéressant de se pencher sur le projet de Constitution de 1849 en ce qu'il a servi de fondement aux réflexions ultérieures ayant mené aux Constitutions de la Confédération du Nord, puis de l'Empire. Le §133 de ce projet prévoyait tout d'abord un droit de séjour, un droit d'acquisition de biens, et un droit d'exercer une activité de production alimentaire sur l'ensemble du territoire de l'Empire. Le §134 posait ensuite un principe de non discrimination entre les ressortissants des différents Etats allemands<sup>1516</sup>. Le droit de citoyenneté fédéral avait bien ici pour cœur le statut juridique des ressortissants des Etats membres dans d'autres Etats membres<sup>1517</sup>. On retrouve cette idée avec la Constitution de la Confédération du Nord de 1867 et de la Constitution du Second Empire dont l'art.3 pose le principe d'un indigénat commun<sup>1518</sup> impliquant une égalité de traitement entre les ressortissants de l'Etat d'accueil et les ressortissants des autres Etats membres. Comme le résume Brunet, cet article "*a une signification essentiellement négative : il a pour but de rendre inapplicable, en ce qui concerne les nationaux des autres Etats membres, toute norme de droit particulier qui ordonne ou admet un traitement inégal des étrangers et des nationaux*"<sup>1519</sup>. L'indigénat commun garantissait toutefois uniquement l'égalité de traitement, et non le droit au séjour dans un autre Etat membre, aussi une loi sur la liberté de circulation et le droit de séjour a été adoptée le 1<sup>er</sup> novembre 1867<sup>1520</sup>. Par la suite de nombreuses règles d'harmonisation ont été votées sous le Second Empire, et l'indigénat commun a perdu de l'importance<sup>1521</sup>.

**355.** Certains auteurs ont diminué l'importance de l'appartenance fédérale sous la Confédération du Nord et le Second Empire allemand en faisant référence à la possibilité qui existait même pour des Etats qui n'appartenaient à aucune union fédérale de conclure entre eux des accords accordant mutuellement à leurs ressortissants une égalité de traitement avec leurs nationaux<sup>1522</sup>. Toutefois, même en admettant un possible rapprochement par rapport à ces accords sur ce point<sup>1523</sup>, Christophe Schönberger relève que quand une telle égalité de traitement

---

et s.

<sup>1515</sup> Cf. : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.96.

<sup>1516</sup> §134 du projet de Constitution de 1849 : "*Aucun Etat allemand ne peut faire de différence entre ses ressortissants (Angehörigen) et les autres allemands qui déclasserait ces derniers comme étrangers, dans les droits de citoyenneté, le droit pénal et le droit processuel*". Son §132 prévoit en outre que "*chaque allemand a le droit de citoyenneté impérial allemand. Il peut exercer les droits qui lui sont conférés par ce biais dans chaque Etat allemand*".

<sup>1517</sup> Souligné par : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.98.

<sup>1518</sup> L'art.3§1 énonce qu' "*il existe, pour tout le territoire fédéral, un indigénat commun, ayant pour effet que le ressortissant d'un Etats membre quelconque (sujet, citoyen) devra être traité dans tout autre Etat membre comme indigène, et y sera admis à domicile fixe, à l'exercice de l'industrie, aux emplois publics, à l'acquisition de la propriété foncière, à celle du droit de citoyen et à la jouissance de tous les autres droits civils, sous les mêmes conditions que l'indigène, et qu'il devra être traité de même aussi en ce qui concerne la poursuite de ses droits et la protection des lois*".

<sup>1519</sup> BRUNET (R.), *La nationalité...*(*op. cit.* note 1402), p.51

<sup>1520</sup> HUBER (E. R.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. II, 3. Aufl.*, Stuttgart, 1992, p.304.

<sup>1521</sup> Paul LABAND le constatait déjà en 1911 (*Das Staatsrecht...*(*op. cit.* note 1396), p.186. Il est à noter que l'art.33§1 LF pose toujours un principe d'égalité de traitement de chaque allemand dans chaque Land en dépit de sa portée limitée.

<sup>1522</sup> SEYDEL (M.von), Art.3 RV...( *op. cit.* note 1397), pp.49 et s. ; BRUNET (R.), *La nationalité...*(*op. cit.* note 1402), p.34 note 1.

<sup>1523</sup> Sur ces traités cf. : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.211-213 : Assez libéraux avant la première guerre mondiale, ce type de traités pose ultérieurement des conditions beaucoup plus restrictives et perd de l'importance après la Seconde guerre mondiale. Le développement d'accords régionaux multilatéraux portant sur des questions techniques et règles en matière de sécurité sociale qui se sont complexifiées l'expliquerait selon l'auteur.



s'inscrit dans le cadre d'une union politique fédérale, sa portée en est modifiée. En outre, les droits acquis par les ressortissants des Etats parties à un tel traité restaient précaires. Il n'y avait pas cette interdépendance caractérisant une union fédérale et qui repousse le risque qu'il soit mis fin au pacte comme c'est le cas d'un traité international classique. Enfin, ces droits étaient normalement soumis à une clause de réciprocité, ce qui n'est pas le cas dans une union fédérale, et ils n'étaient pas toujours directement applicables aux ressortissants des Etats parties. Les Etats d'origine devaient ainsi parfois intervenir pour garantir à leurs ressortissants leur bénéfice effectif<sup>1524</sup>, là où nul n'est besoin pour la personne bénéficiant de l'égalité de traitement de recourir à son Etat d'origine au sein d'une union fédérale. Bien que constituant une Fédération, la Suisse a connu de tels accords entre les cantons conférant des droits d'établissement sous le pacte fédératif de 1815, alors que le cœur de l'union se résumait encore pour l'essentiel à la défense commune. Or ces accords posaient de grands problèmes d'application notamment en raison de la clause de réciprocité. Un canton pouvait en effet refuser le bénéfice du droit de séjour à une personne dont le canton d'origine avait violé lui-même l'accord<sup>1525</sup>.

**356.** Comme le souligne Christophe Schönberger un net parallèle existe entre les discussions à l'époque portant sur l'indigénat commun dans ces différents systèmes fédéraux et la jurisprudence de la Cour de justice en matière de non discrimination en raison de la nationalité au niveau européen<sup>1526</sup>.

#### **b) Droit de séjour et non discrimination dans l'Union européenne**

**357.** Le Traité instituant la CEE prévoit dès sa version de 1957 un principe de non discrimination en raison de la nationalité à l'art.6 (12 CE ; 18 TFUE) applicable dans le champ d'application du droit communautaire de façon subsidiaire en l'absence de disposition particulière. Il prévoit par ailleurs une libre circulation et un droit de séjour des travailleurs salariés à l'art. 48 (39 CE; 49 TFUE), et des travailleurs indépendants en tant que prestataire de service par le biais de l'art.59 (49 CE; 56 TFUE) ou chef d'entreprise par le biais de la liberté d'établissement posé à l'art.52 (43 CE; 49 TFUE), sachant que ces différentes dispositions posent une interdiction de toute restriction à l'exercice de ces libertés. Par ailleurs, l'ancien travailleur a un droit de séjour sur le territoire d'un Etat dès lors qu'il y réside et qu'il y a travaillé un certain temps, en vertu du règlement n°1251/70<sup>1527</sup>.

La Cour de justice a étendu la portée de ces dispositions et leurs bénéficiaires. Elle a ainsi développé la reconnaissance d'un droit de séjour aux destinataires de service, toutefois limité à la durée de la prestation de service. Elle a affirmé dans un arrêt *Luisi et Carbone* de 1984 que "*les touristes, les bénéficiaires de soins médicaux et ceux qui effectu[ai]ent des voyages d'études ou des voyages d'affaires [étaient] à considérer comme des destinataires de services*"<sup>1528</sup>. Par ailleurs, un droit d'accès à l'université ayant été reconnu, la Cour y adjoint dans un arrêt *Raulin* de 1992 un droit de séjour dans la mesure nécessaire pour suivre les cours dispensés<sup>1529</sup>. Le droit de séjour a été ici déduit à partir du principe de non discrimination,

<sup>1524</sup> *Ibid.*, pp.115-116.

<sup>1525</sup> *Ibid.*, pp.219-220.

<sup>1526</sup> Christophe SCHÖNBERGER (*Ibid.*, p.102 note 203) renvoie comme exemple à un rapport de la commission justice du Bundesrat du 12 décembre 1868 sur "*les questions ayant suscité des discussions dans le cadre de l'article 3 de la constitution confédérale dans les domaines de l'administration de la justice civile et pénale*" (*Archiv des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins, Bd.1, 1868, F. Kortkamp, p.1222*) ainsi qu'à l'étude de : BOCKSHAMMER (O.), *Das Indigenat des Art. 3 der deutschen Reichsverfassung*, Laupp, 1896, 30 p.).

<sup>1527</sup> Règlement n°1251/70 du 29 juin 1970 relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, JO, n°L 142 du 30 juin 1970, p.24.

<sup>1528</sup> CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone c/ Ministero dello Tesoro*, aff.jointes 286/82 et 26/83, *Rec.*1984 p. 377, pt.16 :

<sup>1529</sup> CJCE, 26 février 1992, *Raulin*, aff.C-357/89, *Rec.* 1992, p.I-1027. Voir sur la reconnaissance d'un droit

même si, comme le souligne Christophe Schönberger, ce principe ne peut en principe fonder un droit de séjour<sup>1530</sup>.

Le législateur communautaire a repris l'acquis jurisprudentiel concernant les inactifs et est allé au-delà en posant un droit de séjour par trois directives de 1990 : l'une concernant les étudiants<sup>1531</sup>, une autre concernant les retraités<sup>1532</sup>, et enfin la dernière visant toutes les autres personnes inactives ressortissantes d'un Etat membre de la Communauté européenne<sup>1533</sup>. La Commission européenne a souligné en 2003 que ces directives ont "*marqu[é] le passage de la libre circulation des personnes afin d'exercer une activité économique, à la libre circulation des personnes en tant que citoyens et indépendamment de l'exercice d'une activité économique*"<sup>1534</sup>. Le temps pour les adopter a été proportionnel à leur importance. En effet, l'intention avait été exprimée par les chefs d'Etat et de gouvernement lors de sommets en 1972 et 1974 d'adopter une directive visant le droit de séjour des ressortissants des États membres sur le territoire d'un autre État membre, et un projet avait été proposé dès 1979 par la Commission<sup>1535</sup>, mais il a fallu attendre onze ans pour qu'un tel droit soit accordé à l'ensemble des ressortissants des Etats membre<sup>1536</sup>, et même attendre 2004 pour avoir un texte unique.

**358.** Le Traité de Maastricht va favoriser le renforcement de la portée du droit de séjour et du principe de non discrimination en introduisant la citoyenneté européenne et en prévoyant dans un art.8 A du traité CE (18 CE; 21 TFUE) un principe de liberté de circulation et de séjour des citoyens européens. Comme le note Sandrine Maillard il n'y a pas simplement reprise des conséquences des directives sur les inactifs et de la jurisprudence de la CJCE, la citoyenneté européenne pose un nouveau cadre de lecture<sup>1537</sup>.

Après avoir refusé de reconnaître l'effet direct de l'article 18 CE dans un arrêt *Kaba* de 2000<sup>1538</sup>, en arguant que les limitations qui y étaient visées concernaient le principe du droit de séjour des citoyens européens et non son exercice, la Cour a admis un tel effet direct dans un arrêt *Baumbast* de 2002<sup>1539</sup>. La Cour restreint la portée des limites posées dans les directives de 1990 en soumettant la réglementation nationale de l'Etat d'accueil à un strict contrôle de proportionnalité<sup>1540</sup>.

Les avancées de la jurisprudence de la CJUE sont souvent reprises par des actes de droit

---

d'accès à l'Université : *infra* §3 A 1).

<sup>1530</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.310.

<sup>1531</sup> Directive n°90/366 du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des étudiants, *JOCE*, n° L 180 du 13 juillet 1990, p.30. Elle a été remplacée par la directive n°93/96 du 23 octobre 1993 (*JOCE*, n° L 317 du 18 décembre 1993, p.59) en raison de son annulation par la Cour de justice pour erreur de base juridique.

<sup>1532</sup> Directive n°90/365 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés ou non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *JOCE*, n° L 180 du 13 juillet 1990, p.28.

<sup>1533</sup> Directive n° 90/364 du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, *JOCE*, n° L 180 du 13 juillet 1990, p.26.

<sup>1534</sup> Deuxième rapport de la Commission sur l'application des directives 90/364, 90/365, 93/96 (droit de séjour) remis au Conseil et au Parlement européen, 5 mars 2003, COM (2003) 101 final, p.3.

<sup>1535</sup> Proposition de Directive du Conseil relative au droit de séjour des ressortissants des États membres sur le territoire d'un autre État membre, COM (1979) 215 final, *JO*, n°C 207 du 17.8.1979, p. 14.

<sup>1536</sup> Souligné par : DOLLAT (P.), *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruylant, 1998, pp.113-115.

<sup>1537</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.163.

<sup>1538</sup> CJCE, 11 avril 2000, *Kaba*, aff.C-356/98, *Rec.*2000 p.I-2623, pt.30.

<sup>1539</sup> Elle renvoie à cet égard à sa jurisprudence Van Duyn du 4 décembre 1974 dans laquelle elle avait précisé que l'existence de telles limites dans l'article 48 CEE n'empêchaient pas de reconnaître un effet direct à la libre circulation des travailleurs dès lors que ces limites sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel. CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff.C-413/99, *Rec.*2002 p.I-7091, pts.84-86 renvoyant à CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home Office*, Aff.41/74, *Rec.*1974 p. 1337, pt.7.

<sup>1540</sup> En ce sens : MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.173.



dérivé car le législateur veut conserver la main. C'est le cas de la directive n°2004/38 de 2004<sup>1541</sup> qui remplace les textes de droit dérivé antérieurs propres aux différentes catégories de personnes (travailleurs, étudiants,...). Cette directive va même au-delà de la simple codification. L'apport le plus important concerne l'inclusion d'un droit de séjour permanent à l'art.16, alors qu'auparavant la situation juridique restait incertaine. Le but de ce droit de séjour permanent était de "*renforc[er] le sentiment de citoyenneté de l'Union*" et de "*promouvoir la cohésion sociale, qui est l'un des objectifs fondamentaux de l'Union*"<sup>1542</sup>. L'art.16 énonce que ce droit est acquis en cas de séjour ininterrompu de cinq ans, sachant que des absences d'au maximum six mois par an ou, par exception, pour douze mois au maximum étant possibles : pour raisons professionnelles, pour cause de maladie grave, ou d'études. Il précise en outre que ce droit se perd en cas d'absence pendant deux ans consécutifs. Une exception est prévue pour les travailleurs ayant cessé leur activité. S'il s'agit d'une retraite, ils doivent avoir résidé depuis trois ans et y avoir exercé une activité professionnelle pendant les douze derniers mois au moins. En cas d'invalidité permanente, un séjour de deux ans est requis.

**359.** Plusieurs arrêts ont apporté des précisions concernant l'acquisition du droit de séjour permanent. Le premier est un arrêt *Lassal* de 2010<sup>1543</sup>. En l'espèce une ressortissante française avait séjourné au Royaume-Uni en ayant le statut de travailleur de janvier 1999 à février 2005. Absente pendant dix mois, elle était revenue en décembre 2005 pour chercher un travail et avait perçu une allocation chômage jusqu'en novembre 2006. Elle avait alors demandé à bénéficier d'un complément de revenu en invoquant une grossesse, ce qui lui avait été refusé au motif qu'elle n'avait pas de droit de séjour au RU. La Cour de justice énonce que si le droit de séjour permanent n'existait pas avant la fin du délai de transposition de la directive n°2004/38, qui était au 30 avril 2006, les périodes de séjour de cinq ans ininterrompues antérieures doivent néanmoins être prises en compte pour déterminer l'acquisition d'un tel droit<sup>1544</sup>. La Cour précise qu'elle ne confère pas par ce biais un effet rétroactif à l'art.16§1 de la directive, mais tient compte de ce qu'il est simplement demandé une preuve du degré d'intégration pour l'obtention du droit de séjour permanent, sans exiger que la manifestation de cette intégration soit antérieure ou postérieure à l'expiration du délai de transposition<sup>1545</sup>. Elle explique en outre qu'un tel droit pouvait déjà antérieurement être dégagé dans certains cas particuliers et souligne qu'interpréter la directive comme ne permettant pas de prendre en compte ces périodes serait contraire à la directive n°2004/38<sup>1546</sup> dont le but est de renforcer la liberté de circulation et le droit de séjour des citoyens européens et de leur famille, et qui affirme à cette fin qu'on ne saurait se fonder sur elle pour réduire le bénéfice de tels droits sur le fondement de textes antérieurs qu'elle modifie ou abroge<sup>1547</sup>. Enfin, elle précise la portée de l'art.16§4 visant le cas de la perte du droit de séjour permanent en raison d'absences ultérieures à son acquisition<sup>1548</sup>. Elle énonce que des absences de l'État membre d'accueil, inférieures à deux ans consécutifs ne porte pas atteinte au droit de séjour permanent<sup>1549</sup>.

Un arrêt *Dias* de 2011<sup>1550</sup> apporte d'autres précisions en répondant à la question de la

<sup>1541</sup> Directive n°2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives n°64/221, n°68/360, n°72/194, n°73/148, n°75/34, n°75/35, n°90/364, n°90/365 et n°93/96, *JOUE*, n°L 58 du 30 avril 2004, p.77.

<sup>1542</sup> Cons.17 et 18 de la directive n°2004/38.

<sup>1543</sup> CJUE, 7 octobre 2010, *Lassal*, aff.C-162/09, *Rec.*2010 p.I-9217.

<sup>1544</sup> *Ibid.*, pts.33-34.

<sup>1545</sup> *Ibid.*, pts.37-38.

<sup>1546</sup> *Ibid.*, pt.30.

<sup>1547</sup> *Ibid.* pt.35.

<sup>1548</sup> *Ibid.*, pts.45-46.

<sup>1549</sup> *Ibid.* pt.58.

<sup>1550</sup> CJUE, 21 juillet 2011, *Dias*, aff.C-325/09.



comptabilisation de périodes pendant lesquelles une allocation chômage est perçue pour la détermination de l'acquisition d'un droit de séjour permanent. En l'espèce, une ressortissante portugaise résidant au Royaume-Uni et ayant travaillé de 1998 à l'été 2002 avait reçu une carte de séjour valable cinq ans. Elle avait été ensuite en congés maternité de l'été 2002 à avril 2003, puis au chômage jusqu'en avril 2004, et elle avait ensuite à nouveau travaillé jusqu'en mars 2007, avant de redevenir demandeuse d'emploi. La Cour de justice confirme que la période de séjour ininterrompu de 5 ans antérieure à la fin du délai de transposition de la directive est à prendre en compte<sup>1551</sup>. Elle poursuit toutefois que la période de chômage de la requérante d'avril 2003 à avril 2004 ne peut être comptabilisée dans la formation du droit de séjour permanent, soulignant qu'elle n'avait alors pas de droit de séjour sur la base du droit de l'UE<sup>1552</sup>. En outre, elle ajoute que sont assimilées à des absences qui sont à comptabiliser au titre de l'art.16§4 les périodes auxquelles le citoyen européen ne dispose pas d'un droit de séjour sur la base du droit de l'UE. En l'espèce, la Cour conclut que cette disposition était ici applicable à la période d'avril 2003 à avril 2004<sup>1553</sup>, mais relève que cette période étant inférieure à deux ans consécutifs, elle ne remet pas en cause l'acquisition du droit de séjour permanent<sup>1554</sup>. Il est à noter que la Cour précise également dans l'arrêt que pour la perte du droit de séjour permanent il faut non seulement prendre à compte les facteurs spatiaux et temporels, comme les absences, mais également les facteurs qualitatifs pour déterminer le degré d'intégration du citoyen européen avec l'Etat d'accueil<sup>1555</sup>. Il est dès lors possible de se demander s'il ne s'agit d'une amorce d'assouplissement jurisprudentiel des critères posés par la directive.

Enfin, dans un arrêt *Lucja Czop et Margita Punakova* de septembre 2012, la Cour a précisé que les périodes de séjour d'un ressortissant d'un Etat membres de l'UE qui ont été accomplies alors que cet Etat n'était pas encore membre de l'UE doivent être comptabilisées pour la détermination de l'existence d'un droit de séjour permanent sur la base de l'art.16 de la directive n°2004/38<sup>1556</sup>.

**360.** Dans un arrêt ce *Ruiz Zambrano* de 2011, la Cour a encore étendu les effets du droit de séjour d'un citoyen européen en précisant qu'il pouvait aussi être invoqué en l'absence de tout exercice d'une liberté de circulation à l'encontre de l'Etat dont le citoyen européen a la nationalité et dans lequel il réside<sup>1557</sup>. En l'espèce, deux ressortissants colombiens mariés habitaient en Belgique où ils avaient eu deux enfants de nationalité belge. Ils font une demande de régularisation de séjour, et le mari fait en outre une demande d'allocation chômage. Les deux sont refusées. Le gouvernement belge arguait qu'il n'existait aucun élément d'extranéité puisque les enfants n'avaient pas quitté la Belgique. La Cour concède que la directive n°2004/38 n'est pas applicable car elle suppose qu'un citoyen ait fait usage de sa liberté de circulation ou de séjour, mais ne suit pas ce raisonnement concernant les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'UE. Elle rappelle que les mesures étatiques ayant pour "*effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union*" sont incompatibles avec l'article 20 TFUE. Elle poursuit que le refus d'accorder un droit de séjour au père de citoyens européens mineurs et donc à sa charge, et le refus d'accorder un permis de travail qui entraîne une absence de ressources suffisantes ont pour conséquence que ces citoyens européens devraient quitter le territoire de l'UE avec leurs

---

<sup>1551</sup> *Ibid.*, pt.38.

<sup>1552</sup> *Ibid.*, pt.48 et pt.55.

<sup>1553</sup> *Ibid.*, pts.62-63.

<sup>1554</sup> *Ibid.*, pt.66.

<sup>1555</sup> *Ibid.*, pt.64.

<sup>1556</sup> CJUE, 6 septembre 2012, *Lucja Czop*, aff.C-147/11 et *Margita Punakova*, aff.C-148/11, pt.35. Dans la première espèce, une ressortissante polonaise résidant depuis 2002 au Royaume-Uni avait demandé un complément de revenu en 2008 qui lui avait été refusé.

<sup>1557</sup> CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff.C-34/09.

parents<sup>1558</sup>.

**361.** En dehors du droit de séjour et du principe de non discrimination, nous évoquerons un autre facteur de développement du sentiment d'appartenance, le rôle des régions. La Commission souligne en ce sens le rôle de relais de l'Union européenne pouvant être joué par les autorités locales et régionales vis-à-vis des citoyens<sup>1559</sup>. De même, le Parlement européen affirme dans une résolution 2011 que "*la coopération territoriale, qui amène les citoyens de régions différentes à coopérer, est un processus continu d'apprentissage créant un sentiment d'appartenance commune et d'avenir partagé*"<sup>1560</sup>.

### **3) Le renforcement du sentiment d'appartenance par le biais des régions**

**362.** La solidarité entre les Etats est manifestée sous diverses formes dans les traités européens : clause de solidarité contre les attaques terroristes et les agressions armées sur le territoire d'un Etat membre (art.222 TFUE), possibilité de mettre en place un mécanisme européen de stabilité permanent (art.136 TFUE), esprit de solidarité dans la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie (art.194 TFUE). Mais la solidarité porte également sur les régions en difficultés. Nous évoquerons ici rapidement quelques aspects concrets de la cohésion économique et sociale qui permettent aux citoyens de ressentir au plus près l'action de l'Union européenne<sup>1561</sup> (a). Au-delà, les régions peuvent être acteurs du rapprochement des Etats européens et des citoyens européens par le biais de coopérations ayant pour but la réalisation de projets communs (b).

#### **a) Le rôle joué par le statut de bénéficiaire de la cohésion économique et sociale**

**363.** Le rôle des aides aux régions en difficultés dans le développement d'un sentiment d'appartenance fédéral est illustré en Suisse. Ainsi, même si un système de péréquation ne sera mis en place que dans les années 1930 et que le budget fédéral restait encore limité au XIX<sup>e</sup> siècle, il est toutefois à noter qu'en 1864, 18,1% des dépenses fédérales globales concernaient déjà des subventions aux cantons dans différents domaines : constructions de routes, expositions industrielles, aux associations,...<sup>1562</sup>. Benedikt Hauser cite notamment une aide au canton du Tessin du fait du blocage de la frontière de l'Italie du nord par l'Autriche qui a permis à la Confédération de montrer au canton que "*même s'il se trouv[ait] de l'autre côté des Alpes, les cœurs des frères de la Confédération ne batt[ai]ent pas moins chaudement pour lui*"<sup>1563</sup>.

**364.** Dans le cadre européen, l'article 174 §1 TFUE (158 §1 CE ; 130 A §1 du traité CE) pose le but de "*promouvoir un développement harmonieux de l'ensemble de la Communauté*" par le biais du "*renforcement de sa cohésion économique, sociale et territoriale*" et l'art.174§2 TFUE

---

<sup>1558</sup> *Ibid.*, pt.45.

<sup>1559</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Livre blanc sur une politique de communication européenne, COM(2006) 35 final, 1<sup>er</sup> décembre 2006, p.13 : [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com2006\\_35\\_fr.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com2006_35_fr.pdf).

<sup>1560</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 23 juin 2011 sur l'objectif 3: un défi pour la coopération territoriale - le futur agenda de la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale (2010/2155(INI)).

<sup>1561</sup> Voir aussi sur cette question : LECLERC (S.), (dir.), *L'Europe et les régions : quinze ans de cohésion économique et sociale*, Bruylant, 2003, 292 p. ; GUILLERMIN (G.), OBERDORFF (H.), (dir.), *La cohésion économique et sociale : une finalité de l'Union européenne*, 2 vol., La Documentation française, 2000 ; OBERDORFF (H.), *La cohésion économique, sociale et territoriale, instrument de la solidarité européenne*, in : BOUTAYEB (C.) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp.283-294 ; LECLERC (S.), *La politique régionale : régions, Etats et solidarité*, in : *Ibid.*, pp.295-307.

<sup>1562</sup> HAUSER (B.), *Zur Integrationspolitik des frühen Bundesstaates*, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz... (op. cit. note 1487)*, p.249.

<sup>1563</sup> *Ibid.*, pp.249-250.



(158§2 CE ; 130 A§2 du traité CE) énonce qu' "*en particulier la Communauté vise à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions ou îles les moins favorisées, y compris les zones rurales*". A cette fin, plusieurs fonds ont été mis en place. L'origine de l'action de la Communauté européenne en matière de cohésion économique et sociale se trouve dans la création du fonds européen de développement régional (FEDER) en 1975. Toutefois, il existait déjà deux autres fonds ayant une action en matière sociale dont bénéficiaient plus particulièrement les régions en difficultés, le fonds social européen (FSE) créé en 1957, et le fonds européen d'orientation et de garantie (FEOGA), qui visait notamment les aides à la modernisation des exploitations agricoles, créé en 1962. La cohésion économique et sociale est ensuite intégrée par l'Acte unique dans les traités, et une recherche de cohérence entre les actions des différents fonds mentionnés est recherchée<sup>1564</sup>. Enfin, un fonds de cohésion est créé avec le Traité de Maastricht afin d'aider les Etats connaissant plus de difficultés (Espagne, Portugal, Grèce, Irlande). L'art.176 TFUE (160 CE ; 130 C du traité CE) vise l'action du FEDER, et l'art.177§2 TFUE (161 CE ; 130 D du traité CE) celle du fonds de cohésion. L'impact de ces aides sur le sentiment d'appartenance européen dépend toutefois de la publicité qui en est faite notamment par les régions bénéficiaires.

Nous citerons à titre d'exemples des actions concrètes qui ont donné une bonne image de l'Union européenne, et favorisé de bons rapports avec les collectivités locales afin d'en faire des relais de l'action de l'UE. Un pont, financé à hauteur de 55% par l'UE, a été construit qui a permis de désenclaver le plateau à l'intérieur de l'île de la Réunion<sup>1565</sup>. En Martinique, un collège, financé à hauteur de 50% par l'UE, a été construit<sup>1566</sup>. En Guadeloupe<sup>1567</sup>, un site de traitement des plastiques et pneumatiques, financé à 35% par le FEDER, a contribué non seulement à améliorer la protection de l'environnement mais aussi la santé car les dépôts sauvages voyaient se développer des larves de moustiques qui risquaient de provoquer une épidémie de dengue. Une aide à la sauvegarde du bassin de la Gironde, financée à hauteur de 45% par l'UE, a notamment permis le développement de l'écotourisme. L'UE a par ailleurs payé 12% des coûts pour la prévention des inondations dans la baie de Somme par le biais du réaménagement des voies naturelles pour l'évacuation des eaux de pluie<sup>1568</sup>. Enfin, dans la région Rhône-Alpes<sup>1569</sup>, une aide a été fournie par l'UE à la reconversion de communes après l'arrêt de la centrale nucléaire Super Phénix.

**365.** Les régions ne sont pas seulement relais de l'information sur les subventions dont elles bénéficient, elles peuvent être des acteurs plus actifs du renforcement du sentiment d'appartenance par le biais du développement de coopération avec des régions d'autres Etats membres, notamment quand elles sont transfrontalières, et la création d'eurorégions.

## **b) La coopération régionale**

**366.** Comme le souligne Olivier Castric, "*la coopération interrégionale, par les relations de partenariat qu'elle suscite et implique entre les acteurs, permet de dépasser l'appréhension des relations interrégionales en termes de concurrence entre régions pour accéder à un niveau de coopération où la complémentarité est recherchée*"<sup>1570</sup>. Cette coopération est promue par le programme INTERREG, financé par le FEDER, qui doit permettre aux régions en retard de

---

<sup>1564</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2009, p.335.

<sup>1565</sup> *7 jours Europe*, hors-série spécial politique régionale n°1, octobre 2004, p.5.

<sup>1566</sup> *Ibid.*, p.6.

<sup>1567</sup> *Ibid.*, pp.6-7.

<sup>1568</sup> *Ibid.*, pp.8-9.

<sup>1569</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>1570</sup> *Ibid.*, p.224.



bénéficier de l'expérience de régions plus développées<sup>1571</sup>, programme qui a été renouvelé depuis 1989<sup>1572</sup>.

Il est à souligner, qu'avant même ces programmes d'aides, des eurorégions ont été développées à partir des années 1970 notamment grâce à l'Association des régions frontalières européennes (ARFE) créée en 1971<sup>1573</sup>. Depuis le début des années 1990, elles bénéficient de l'aide financière européenne par le biais d'INTERREG. L'exemple d'un pont de chemin de fer sur la Meuse partie d'une ligne de chemin de fer désaffectée entre Maastricht et une commune belge peut être cité pour illustrer l'intérêt d'une coopération entre régions de différents Etats membres dans un tel cadre<sup>1574</sup>. Du seul point de vue néerlandais, il ne semblait pas avoir d'intérêt alors que dans la perspective transfrontière, la voie ferrée est apparue utile, empêchant la destruction du pont. Depuis, cette voie a pu être réutilisée grâce à des aides financières du Limbourg et de la Flandre. Il est *"important que le Limbourg dispose d'une plus grande marge de manœuvre pour collaborer avec les régions voisines en Belgique et en Allemagne, car la législation nationale agit [...] comme un frein"*, les Etats ne voyant pas forcément la nécessité de projets transfrontières<sup>1575</sup>. Dans la perspective de l'identité européenne, le gouverneur de la province du Limbourg, souligne que *"l'intensification de la collaboration transfrontalière peut dissiper l'eurosepticisme des citoyens"*, rappelant le soutien financier européen à l'eurorégion Meuse-Rhin.

Concernant les bases juridiques de ces coopérations, les cadres juridiques ont été longtemps nationaux<sup>1576</sup>. Cela s'explique car l'Etat étant en effet le seul acteur international doté de la personnalité juridique, il est le seul tenu responsable des relations internationales des régions<sup>1577</sup>. Les relations internationales étant un des éléments essentiels de la souveraineté externe, les Etats étaient peu enclins à laisser des régions y jouer un rôle. Le problème venait essentiellement de ce que la plupart des Etats obligeaient à la conclusion d'accords préalables avec les Etats dont faisaient parties les régions avec lesquelles leurs propres régions voulaient coopérer, alors que, dans la plupart des cas, le cadre juridique interne était imparfait<sup>1578</sup>. C'est

---

<sup>1571</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Communication aux Etats membres du 28 avril 2000 fixant des orientations pour une initiative communautaire concernant la coopération transeuropéenne et destinée à favoriser un développement harmonieux et équilibré du territoire européen (INTERREG III), *JOCE*, n°C 143 du 23 mai 2000, p.6.

<sup>1572</sup> Une phase pilote a eu lieu (1989-1990, puis INTERREG I (1991-1993), INTERREG II (1994-1999), INTERREG III (2000-2006), INTERREG IV (2007-2013). Pour un résumé de l'historique d'INTERREG : <http://www.liege-euregio.eu/Historique.html>.

<sup>1573</sup> <http://www.aebr.eu/>.

<sup>1574</sup> Le Limbourg, "jardin expérimental de l'Europe", article du *Nichandelsblad* reproduit en français dans le *Courrier international*, 12-18 avril 2007, n°858, p.23.

<sup>1575</sup> *Ibid.*

<sup>1576</sup> Ainsi, devant l'impossibilité de faire reconnaître la coopération entre Nord-Pas-de-Calais, Bruxelles, Flandres, Wallonie, et Kent, ces régions ont décidé 1991 de se constituer en GEIE (groupement européen d'intérêt économique), ce qui comme le souligne Olivier Castric, leur a permis d'avoir une caisse commune (*Quel partenariat... (op. cit. note 1467), p.187*).

<sup>1577</sup> "A ce jour, la coopération interrégionale transfrontalière rencontre encore et toujours des obstacles juridiques et administratifs liés aux prérogatives des Etats membres en matière de politique étrangère. [...] Des accords diplomatiques sont nécessaires lorsqu'il s'agit de prendre des engagements juridiques contraignants, quand bien même ceux-ci ne dépassent pas le cadre régional ou local" (COMITE DES REGIONS, Avis sur le principe de la subsidiarité "Vers une culture de la subsidiarité ! Un appel du Comité des régions" du 10 mars 1999, Cdr 302/98 fin, p.16, dernier accès octobre 2011 via :

[http://www.nordpasdecals.fr/communiqués\\_presse/comm-1999/telechargement/cor.pdf](http://www.nordpasdecals.fr/communiqués_presse/comm-1999/telechargement/cor.pdf))

<sup>1578</sup> Au RU, les comtés peuvent, dans les limites de leurs compétences, signer des conventions avec d'autres collectivités étrangères, mais comme le souligne Olivier CASTRIC, *"le flou juridique entourant ce type de relation ne les incite guère à s'y lancer"* (*Quel partenariat... (op. cit. note 1467), p.190*). En Espagne, les



pourquoi la Communauté européenne est intervenue pour encourager et initier des partenariats interrégionaux. Outre le manque de bonne volonté des Etats qui craignaient d'être contournés, ces coopérations étaient freinées par les différences de structures et de compétences entre les collectivités des différents Etats. Ainsi, les Länder allemands ont trois interlocuteurs en France, interlocuteurs qui en outre, connaissent un partage des compétences très flou et qui disposent de pouvoirs bien inférieurs à ceux des Länder. Par ailleurs, la soumission des collectivités à l'ordre juridique de l'Etat dont elles font partie et la variation des législations d'un Etat à l'autre étaient des obstacles importants à la réalisation de projets communs. Un des rapports préparatoires du livre blanc sur la gouvernance de 2001 indiquait, pour sortir de ce cercle vicieux, qu'il fallait créer un instrument juridique communautaire de coopération transfrontalière, interrégionale remplaçant les conventions bilatérales des Etats<sup>1579</sup>.

C'est dans ce cadre qu'est intervenu le règlement n°1082/2006 qui met en place les "groupements européens de coopération territoriale" (GECT)<sup>1580</sup>. Son considérant n°2 souligne que son but est de dépasser les difficultés rencontrées pour *"réaliser et gérer des actions de coopération territoriale dans le cadre des législations et des procédures nationales différentes"*. L'art.1§2 précise que le GECT *"a pour objet de faciliter et de promouvoir la [...] coopération territoriale entre ses membres [...] dans le but exclusif de renforcer la cohésion économique et sociale"*. Le GECT a la capacité d'agir au nom et pour le compte de ses membres, ayant la personnalité juridique (art.1§3). Peuvent y prendre part Etats, collectivités locales, régionales, organismes de droit public selon les compétences prévues par le droit national, et il faut, pour créer un GETC, que les membres soient au moins de deux Etats différents (art.2).

Le Parlement européen affirme au sujet du GETC, dans une résolution de 2011, qu'il *"répond aux besoins de coopération structurée en termes financiers, de statuts juridiques et de gouvernance multi-niveaux"* et *"signale que cet instrument est le plus à même de rapprocher les différentes communautés culturelles et linguistiques, [...] de faire prendre conscience aux Européens de la valeur ajoutée européenne"*<sup>1581</sup>. Dans un document de travail préparatoire à cette résolution sont cités quelques exemples de leur réalisation : un hôpital construit et géré par un GETC établi par des collectivités territoriales françaises et espagnoles dans les Pyrénées méditerranéennes, *"plus de 18 000 km de routes nouvellement créées ou supportées"*, *"5 800 «start up» et entreprises directement ou indirectement créées ou sauvegardées"*<sup>1582</sup>.

Une plateforme a par ailleurs été créée au sein du Comité des régions pour que les GETC puissent échanger leurs expériences<sup>1583</sup>, elle répertorie 23 GETC fin octobre 2011<sup>1584</sup>. L'Eurométropole Lille-Kortrijk-Tournai est le premier GECT à avoir été créé<sup>1585</sup>. Nous citerons

---

statuts des Communautés autonomes prévoient la possibilité de passer des accords de coopération avec des collectivités étrangères. En France, la loi n°82-213 de 1982 introduit la première disposition intéressant de telles coopérations, mais il fallait une autorisation du gouvernement à laquelle une loi de 1992 a mis fin.

<sup>1579</sup> Voir : Chantier n°4 : Cohérence et coopération dans une Europe en réseau. Rapport du groupe de travail 4c : gouvernance à plusieurs niveaux : articulation et mise en réseau des différents niveaux territoriaux, in : Commission européenne, *Gouvernance européenne. Travaux préparatoires au livre blanc*, OPOCE, Luxembourg, 2002, p.351.

<sup>1580</sup> Règlement n°1082/2006 du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale, *JOUE*, n°L 210 du 31.07.2006, p.19. Voir sur le GETC : GRANGER (M.), *Le GECT, un nouvel instrument juridique adapté à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales ?*, *RMCUE*, Février 2010, n°535, pp.91-97.

<sup>1581</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 23 juin 2011 sur l'objectif 3 (2010/2155(INI)), pts.35-36.

<sup>1582</sup> SANCHEZ-SCHMID (M.-T.), 22 octobre 2010, Document de travail sur Objectif 3: un défi pour la coopération territoriale - le futur agenda de la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale (PE 450.843v03-00), p.3 :

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-450.843+03+DOC+PDF+V0//FR&language=FR> .

<sup>1583</sup> <http://portal.cor.europa.eu/egtc/en-US/Platform/Pages/welcome.aspx>.

<sup>1584</sup> <http://portal.cor.europa.eu/egtc/en-US/Projects/already/Pages/welcome.aspx>.

<sup>1585</sup> <http://fr.eurometropolis.eu/>.

son organisation à titre d'exemple du fonctionnement des GETC. Il comprend une assemblée qui vote notamment le budget et les thèmes de coopération, un bureau, et un comité directeur exécutif qui applique les décisions prises par les deux autres instances et qui est composé d'un président et trois vice-présidents représentant les différents partenaires<sup>1586</sup>. Nous évoquerons comme autre exemple un GETC en formation. Cinq Régions françaises et italiennes (Provence-Alpes-Côte d'Azur, Ligurie, Piémont, Vallée d'Aoste et Rhône-Alpes)<sup>1587</sup> ont décidé de s'unir en juillet 2006. Les buts étaient au départ : "*structuration d'une filière touristique de montagne*", transport ferroviaire transalpin, programmes de recherche communs<sup>1588</sup>. Le 18 juillet 2007 les présidents des régions de l'Eurorégion Alpes Méditerranée ont signé un protocole d'entente, premier pas vers la mise en place d'un GECT. En janvier 2008, les bureaux des régions membres de l'Eurorégion ont été regroupés en un même lieu à Bruxelles.

**367.** Mais la contribution des régions au développement d'un sentiment d'appartenance européen ne peut venir qu'en complément. Nous avons vu le rôle du droit de séjour et du principe de non discrimination, il convient maintenant d'étudier une autre piste, celui du développement d'un patriotisme constitutionnel au niveau fédéral.

## **§2. Le développement d'un "patriotisme constitutionnel" fédéral**

**368.** Dans le contexte suisse, Augustin Macheret écrit que "*la fonction principale du droit constitutionnel suisse est de rassembler, par le biais d'un fédéralisme [...], une collectivité nationale dépourvue de tout autre point d'ancrage que cette volonté de vivre ensemble qu'on désigne par le terme 'Willensnation'*"<sup>1589</sup>. Les constituants ajoutent en effet des éléments prospectifs, pédagogiques, voire émotionnels comme le Conseil fédéral suisse l'a exprimé dans un message du 28 novembre 1996 en indiquant que "*la Constitution fédérale n'est pas qu'un texte juridique*", mais qu'elle "*est également un document politique, historique et culturel*"<sup>1590</sup>. C'est cet attachement aux institutions, au texte constitutionnel, que met en avant le concept de "patriotisme constitutionnel" que Jürgen Habermas tente d'appliquer à l'Union européenne (A). Ce patriotisme renvoie notamment à la protection des droits fondamentaux dont il convient de rechercher la contribution au développement d'un sentiment d'appartenance européen (B). Ce concept implique en outre un rôle central des dirigeants dans la création du mythe formant la base de l'identité commune (C).

### **A. Le concept de "patriotisme constitutionnel"**

**369.** Si ce concept développé par Dolf Sternberger est accueilli avec enthousiasme par ses contemporains aussi bien du monde académique que du monde politique (1), l'application post-nationale proposée par Jürgen Habermas (2) marque la fin du consensus (3).

#### ***1) Le concept développé par Dolf Sternberger***

---

<sup>1586</sup> Martine Aubry Présidente Lille Métropole Communauté urbaine ; Rudy Demotte Ministre-Président Région wallonne et Communauté française (représente cette dernière) ; Stefaan De Clerck, Ministre de la justice (représente les communes de Flandre) ; Gilles Pargneaux, vice-président de Lille métropole : présidence tournante (d'abord Stefaan De Clerck (janvier 2008-avril 2010) puis Martine Aubry (depuis avril 2010).

<sup>1587</sup> <http://www.euroregion-alpes-mediterranee.eu/>.

<sup>1588</sup> L'Euro-région Alpes-Méditerranée prend corps, *Les echos*, 1<sup>er</sup>-2 décembre 2006, p.6.

<sup>1589</sup> MACHERET (A.), buts et spécificités du droit constitutionnel suisse, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht... (op. cit. note 1432)*, p.138.

<sup>1590</sup> Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20.11.1996, FF 1997 I 1, pp.11 et s. (cité par *Ibid.*, p.30).



**370.** Dolf Sternberger a développé le concept de patriotisme constitutionnel. Sa première mention est dans un de ses discours de 1979 :

*"Le sentiment national reste blessé, nous ne vivons pas dans une Allemagne complète. Mais nous vivons dans une constitution complète [...] et c'est en soi une forme de patrie. Un deuxième patriotisme s'est formé qui se fonde sur la constitution"*<sup>1591</sup>.

Dans les esprits, le patriotisme est lié à la nation, mais devant l'impossibilité d'un tel fondement il ne faut pas, selon Dolf Sternberger, laisser le patriotisme apparaître dépassé alors qu'une autre base existait antérieurement à la nation, la constitution<sup>1592</sup>. Dolf Sternberger affirme que le concept de "*patriotisme constitutionnel n'a pas été conçu comme un pis-aller*" en raison de l'impossibilité recourir au "*patriotisme national*", mais qu'en le développant, il a voulu "*bien plus attirer l'attention sur le fait que le patriotisme a toujours eu à voir dans une tradition européenne majoritaire et pour l'essentiel, avec la constitution étatique, que le patriotisme est originellement et essentiellement un patriotisme constitutionnel*"<sup>1593</sup>. Il rappelle en effet que sous l'Antiquité, le patriotisme était lié à la constitution, prise dans un sens large, la République. Il cite en ce sens Cicéron qui, dans *De legibus*, parle de deux patries, "*l'une naturelle, l'autre citoyenne*" en privilégiant la seconde<sup>1594</sup>. Il fait ensuite référence à deux autres auteurs qui lient patriotisme et liberté. L'un, La Bruyère, auteur français du 17<sup>e</sup> siècle, affirme dans les *Caractères* qu' "*il n'y a pas de Patrie dans le despotisme*"<sup>1595</sup>. L'autre, Thomas Abbt, auteur allemand du XVIII<sup>e</sup> siècle, écrit :

*"Quand la naissance ou ma libre décision m'unit à un Etat, aux salutaires lois desquelles je me sou mets, lois qui ne me prive pas plus de ma liberté qu'il n'est nécessaire au bien de l'Etat dans son entier, pour tout cela, je nomme cet Etat ma patrie" ; "la voix de la patrie ne peut plus retentir quand on la prive du souffle de la liberté"*<sup>1596</sup>.

Dolf Sternberger renvoie par ailleurs au lien fait par les Lumières entre patriotisme, liberté et constitution<sup>1597</sup>. Il souligne toutefois le revers présent dans ce patriotisme classique et résumé par le titre de l'ouvrage de Thomas Abbt, *De la mort pour la Patrie*. La mauvaise réputation du patriotisme en Allemagne est en effet en partie liée à cet appel guerrier à la défense de la patrie, au sacrifice. Aussi indique-t-il vouloir écarter ce lien avec l'héroïsme et réintroduire "*un élément de patriotisme naturel*" qui manque dans ce qu'il considère être une "*décision radicalement rationnelle*"<sup>1598</sup>. Dans un discours ultérieur il va plus loin en affirmant que cet aspect du patriotisme, qui emportait avec lui des moments de désirs de gloire, a disparu<sup>1599</sup>.

Pour Dolf Sternberger, ce n'est pas l'histoire commune, une expérience vécue mais la garantie des droits fondamentaux et des droits de participation politique assurée par la Constitution qui forment l'identité. Il inscrit en effet son concept de patriotisme constitutionnel dans un contexte de valeurs particulières, rattachables à l'ordre démocratique libéral, ce qui

---

<sup>1591</sup> STERNBERGER (D.), *Verfassungspatriotismus*, 1979, in : ID., *Verfassungspatriotismus*, éd. Insel, Frankfurt a.M., 1990, p.13.

<sup>1592</sup> STERNBERGER (D.), *Verfassungspatriotismus*, Rede bei der 25-Jahr-Feier der "Akademie für politische Bildung", 1982, in : ID., *Ibid.*, p.20.

<sup>1593</sup> STERNBERGER (D.), Anmerkungen beim Colloquium über "Patriotismus" in Heidelberg am 6. November 1987, in : ID., *Ibid.*, p.32.

<sup>1594</sup> *Ibid.*, p.33.

<sup>1595</sup> Extrait du chapitre X « Du Souverain ou de la République » des *Caractères*.

<sup>1596</sup> Cité par : STERNBERGER (D.), *Verfassungspatriotismus*, 1982 (*op.cit.* note 1592), p.22.

<sup>1597</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>1598</sup> *Ibid.*, p.23.

<sup>1599</sup> STERNBERGER (D.), Anmerkungen...(*op.cit.* note 1593), p.34.

conduit à considérer que sa théorie a un certain caractère prescriptif<sup>1600</sup>. Mais en même temps, le terme constitution impliqué par le patriotisme constitutionnel ne renvoie ni à l'acte juridique, ni à une vision très abstraite de l'ordre juridique démo-libéral telle que la présente Karlsruhe<sup>1601</sup>.

Dolf Sternberger souligne par ailleurs la nécessité d'éléments pour l'exercice, et la protection efficace de la Constitution : des partis politiques, un débat, ...<sup>1602</sup>. La protection de la Constitution face à ses ennemis est, selon lui, une "obligation patriotique"<sup>1603</sup>, notamment contre toute utilisation abusive des droits qu'elle contient ayant pour finalité de la détruire<sup>1604</sup>.

Dolf Sternberger renvoie enfin comme preuve de la possibilité d'unifier par une constitution à la Suisse et aux Etats-Unis en soulignant les origines très différentes de leurs habitants. Il a notamment rapproché dans ce second cas la Déclaration d'Indépendance d'un acte constitutionnel et la fête nationale d'une expression de patriotisme constitutionnel<sup>1605</sup>.

371. Thomas Schöderle souligne que Jürgen Habermas et Dolf Sternberger se rejoignent sur le concept de "patriotisme constitutionnel", qu'ils partent notamment du même constat de la fusion du républicanisme et du nationalisme au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1606</sup>. Mais Dolf Sternberger appelle à une lecture de la protection des droits fondamentaux et de la démocratie qui implique comme cadre l'Etat, toute autre forme ne conduisant selon lui qu'à l'anarchie<sup>1607</sup>. Cela permet de douter que l'auteur ait songé à une transposition du concept à la Communauté européenne, et qu'il aurait suivi Jürgen Habermas dans cette transposition<sup>1608</sup>.

## 2) Le concept de patriotisme constitutionnel d'Habermas et son application en dehors de l'Etat

372. Jürgen Habermas oppose deux types de patriotisme qu'il rattache à deux procédures distinctes de formation d'un Etat. Un premier type d'Etats s'est formé avant qu'une nation n'existe sur un cadre territorial établi, comme c'est le cas de la France. Un second type d'Etats s'est formé alors qu'existait déjà une conscience nationale mais pas de territoire, comme en Allemagne. Habermas souligne que des acteurs différents ont joué un rôle prépondérant dans l'établissement de chacun de ces deux types d'Etats : "ce furent, d'un côté, des juristes, des diplomates et des militaires appartenant à l'état-major d'un roi, et qui ont créé une «institution étatique rationnelle», et ce furent, de l'autre, des écrivains et des historiens, plus généralement des savants et des intellectuels qui, par leur propagande en faveur d'une « nation fondée sur la culture », ont préparé l'unification étatique qui sera réalisée (par Cavour et Bismarck) au moyen de la diplomatie et de la force militaire"<sup>1609</sup>. Le premier cas renvoie à une création plus rationnelle proche de l'idée d'un patriotisme constitutionnel développé par les révolutionnaires français, alors que le second est le patriotisme romantique avec tous ses excès. Habermas cite au soutien du premier Ernest Renan qui affirmait que les alsaciens ne pouvaient devenir allemands après 1871 car ils faisaient partie de la communauté des citoyens français comprise non comme

<sup>1600</sup> SCHÖLDERLE (T.), Dolf Sternbergers « Verfassungspatriotismus ». Ein Begriff macht Karriere, Akademie für Politische Bildung Tutzing, 21 octobre 2008, p.2 :

[http://web.apb-tutzing.de/apb/cms/uploads/media/Sternberger\\_Verfassungspatriotismus\\_05.pdf](http://web.apb-tutzing.de/apb/cms/uploads/media/Sternberger_Verfassungspatriotismus_05.pdf).

<sup>1601</sup> STERNBERGER (D.), Verfassungspatriotismus, 1982 (*op.cit.* note 1592), p.24.

<sup>1602</sup> *Ibid.*, p.27. Il présente d'autres éléments en plus : *Ibid.*, p.29.

<sup>1603</sup> STERNBERGER (D.), Verfassungspatriotismus, 1979 (*op.cit.* note 1591), p.16.

<sup>1604</sup> STERNBERGER (D.), Anmerkungen... (*op.cit.* note 1593), p.37.

<sup>1605</sup> STERNBERGER (D.), Verfassungspatriotismus, 1982 (*op.cit.* note 1592), p.30.

<sup>1606</sup> SCHÖLDERLE (T.), Dolf... (*op.cit.* note 1600), pp.3-4.

<sup>1607</sup> STERNBERGER (D.), Verfassungspatriotismus, 1982 (*op.cit.* note 1592), p.26.

<sup>1608</sup> STERNBERGER (D.), Komponente der geistigen Gestalt Europas, in : ID., *Verfassungspatriotismus* (*op.cit.* note 1591), p.54.

<sup>1609</sup> HABERMAS (J.), L'État-nation a-t-il un avenir?, in : ID., *L'intégration républicaine*, Fayard, Paris, 1998, p.95.



"un ensemble de traits communs, ethniques et culturels, mais par la pratique des citoyens qui exercent activement leurs droits démocratiques de participation et de communication"<sup>1610</sup>. Selon cette perspective, il faut un cercle de citoyens concernés, et l'homogénéité de la population n'est pas une condition posée, et si un territoire est nécessaire, l'absence de continuité territoriale ne pose pas problème<sup>1611</sup>. Jürgen Habermas évoque aussi Schmitt qui exige une homogénéité de la population et affirme qu'un État de droit centré sur la démocratie ne peut jouer un rôle d'intégration sociale car il estime que les citoyens n'agissent que comme des égoïstes rationnels isolés quand ils ne sont pas liés par des traditions et des valeurs culturelles communes<sup>1612</sup>. Or, Habermas souligne que cette critique schmittienne de la démocratie ne vise en réalité qu'un cas particulier de démocratie, alors qu'il existe une légitimation démocratique fondée sur la procédure, suivant laquelle le "contrat entre participants du marché est remplacé par la pratique délibérative des participants d'une communication qui souhaitent parvenir à des décisions rationnellement motivées"<sup>1613</sup>. Selon cette perspective, un consensus d'arrière-plan assuré par l'homogénéité culturelle n'est pas requis, car la formation de l'opinion et de la volonté par la structure démocratique permet d'établir une entente normative raisonnable, y compris entre ceux qui sont des étrangers les uns pour les autres ; le processus démocratique, grâce à ses propriétés procédurales, garantit la légitimité, et peut, si nécessaire, combler les lacunes de l'intégration sociale<sup>1614</sup>. Habermas oppose en outre à l'argument de Dieter Grimm que l'idée commune doit être présupposée qu'une telle identité ne s'est pas non plus créée avant la mise en place d'Etat au niveau national<sup>1615</sup>.

Jürgen Habermas adopte cette perspective de légitimité du droit fondée non pas sur une rationalité formelle ou sur la conformité à une norme supérieure suprapositive, mais sur "la formation discursive de la volonté entre citoyens égaux", sur une "légitimation procédurale du droit"<sup>1616</sup>. La procédure d'adoption rend selon lui la norme acceptable pour les citoyens qui se reconnaissent alors comme son auteur<sup>1617</sup>. En effet, le patriotisme constitutionnel "se comprend d'abord comme un projet et non comme une forme d'expression de loyauté invariable", il y a un apprentissage constant<sup>1618</sup>. La culture constitutionnelle est vivante, évolutive, elle "fait le lien entre les principes universels d'une part et les expériences spécifiques du collectif historiquement constitué d'autre part". Les règles constitutionnelles individuelles elles-mêmes font l'objet d'un débat politique partisan.

Mais d'un autre côté il ne peut être compris comme un simple état de discussion car une forme de stabilité, un consensus global est nécessaire, il permet notamment aux minoritaires d'accepter les décisions qu'ils n'ont pas soutenues. Le patriotisme constitutionnel implique en effet que "les règles fondamentales de la vie politique commune doivent (et peuvent) être justifiées aux yeux de ceux qui sont soumis aux décisions contraignantes", que les procédures de légitimation du droit ne leur apparaissent pas étrangères<sup>1619</sup>.

Transposé à l'Union européenne, l'existence d'un patriotisme européen ne "dépen[d] pas du substrat d'un quelconque « peuple européen », mais du réseau de communication que

---

<sup>1610</sup> *Ibid.*, p.71.

<sup>1611</sup> MARION (A.), Une citoyenneté...(*op. cit.* note 1469), pp.68-69. Sur la position de Jürgen Habermas sur l'homogénéité, cf. *supra* section I §1 A 1) a).

<sup>1612</sup> HABERMAS (J.), L'État-nation...(*op. cit.* note 1609), p.132.

<sup>1613</sup> *Ibid.*

<sup>1614</sup> *Ibid.*, pp.130-131.

<sup>1615</sup> MARRAMAO (G.), L'Europe après le Léviathan. Technique, politique et Constitution, *Lignes*, 2004, n°13.

<sup>1616</sup> HABERMAS (J.), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur. Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, p. 492.

<sup>1617</sup> *Ibid.*, p.499.

<sup>1618</sup> Souligné par : MÜLLER (J.-W.), *Verfassungspatriotismus. Eine systematische Verteidigung, Vorgänge*, 2010, Heft 3, pp.113-115.

<sup>1619</sup> *Ibid.*, p.112.



*form[e] un espace public politique à l'échelle européenne, fondé sur une culture politique*"<sup>1620</sup>. Le problème vient moins actuellement "*d'insurmontables prétentions à la souveraineté*" que d'une absence d'espace public européen qui empêche qu'un processus démocratique fonctionne en dehors de l'Etat-nation<sup>1621</sup>. Il faut "*un espace public intégré à l'échelle européenne, une société civile avec des groupements d'intérêt, des organisations non étatiques, des mouvements civiques, etc.*", il faut une "*institutionnalisation juridique d'une communication entre citoyens*"<sup>1622</sup>. Jürgen Habermas se demande alors si la conscience de devoir défendre un bien public européen existe<sup>1623</sup>. En effet, le devoir d'une personne appartenant à une communauté politique est "*de faire preuve d'une loyauté envers la communauté, ce qu'il exprime par sa volonté de sacrifier son bénéfice personnel au nom des intérêts de cette communauté*"<sup>1624</sup>.

Les droits fondamentaux sont au centre de la définition du concept patriotisme constitutionnel proposé par Jürgen Habermas<sup>1625</sup>. Il ne s'agit pas de droits totalement abstraits, il considère en effet qu'il existe une nécessité d'adaptation des principes universels "*au contexte culturel spécifique à chaque tradition constitutionnelle*"<sup>1626</sup>. Son but est de donner une réponse permettant de concilier principes universalistes et identité culturelle particulière<sup>1627</sup>. Il affirme ainsi qu' "*une culture politique libérale n'est que le dénominateur commun d'un patriotisme constitutionnel qui aiguise en même temps le sens de la diversité et de l'intégrité des différentes formes de vie qui coexistent dans une société multiculturelle*" et qu'ensuite, "*la citoyenneté [...] requiert la socialisation de tous les citoyens dans le cadre d'une culture politique commune*" particulière<sup>1628</sup>. Il poursuit que "*les exemples de sociétés multiculturelles telles que la Suisse ou les États-Unis montrent qu'une culture politique [...] ne doit pas forcément s'appuyer sur une provenance commune, ethnique, linguistique et culturelle, de tous les citoyens*"<sup>1629</sup>. Bien que les mêmes principes constitutionnels se retrouvent, leur interprétation particulière dans le cadre d'une communauté politique à la lumière de son histoire forme la culture politique d'un pays<sup>1630</sup>.

Enfin, tout comme Dolf Sternberger, Jürgen Habermas rejette le versant héroïque des droits civiques, symbolisé par le service militaire obligatoire avec le sacrifice de sa vie comme expression ultime de son attachement à la patrie<sup>1631</sup>. Il y a certes de l'émotion dans le patriotisme constitutionnel, mais plus de réflexion que dans le cas du patriotisme national : il est post-héroïque<sup>1632</sup>.

**373.** Il est à noter que Valéry Giscard d'Estaing reprend, quand il parle de patriotisme européen dans son discours à l'Université Humboldt en 2006, une définition proche du concept de patriotisme constitutionnel. Il affirme ainsi que ce patriotisme n'est pas fondé sur une ethnie ou

<sup>1620</sup> HABERMAS (J.), L'État-nation...(*op.cit.* note 1609), p.149.

<sup>1621</sup> *Ibid.*, p.79.

<sup>1622</sup> *Ibid.*, pp.156-157.

<sup>1623</sup> *Ibid.*, p.79.

<sup>1624</sup> *Ibid.*, p.91.

<sup>1625</sup> Cf. par exemple : HABERMAS (J.), The Limits of NeoHistoricism, *Philosophy & Social Criticism*, May 1996, vol.22, n°3, p.5

<sup>1626</sup> *Ibid.*, p.6.

<sup>1627</sup> Voir : LEYDET (D.), « Patriotisme constitutionnel et identité nationale », in : Seymour (M.) (dir.), *Une nation peut-elle se donner la constitution de son choix*, Bellarmin, Montréal, 1995, p.82. L'auteur défend la position habermassienne.

<sup>1628</sup> HABERMAS (J.), L'État-nation...(*op.cit.* note 1609), p.77.

<sup>1629</sup> *Ibid.* Sur le problème de l'absence d'espace public européen, de la légitimité démocratique de l'Union européenne, élément indispensable à véritable sentiment d'appartenance européen, cf. : *infra* partie II, chap.II sect.II §3 A1).

<sup>1630</sup> HABERMAS (J.), L'État-nation...(*op.cit.* note 1609), p.109.

<sup>1631</sup> *Ibid.*, p.71.

<sup>1632</sup> MÜLLER (J.-W.), *Verfassungspatriotismus...*(*op.cit.* note 1618), p.116.



sur le sentiment religieux car s'il considère que l'origine européenne est principalement judéo-chrétienne, il relève aussi que d'autres influences sont intervenues<sup>1633</sup>. De plus il souligne que "le patriotisme comporte aussi l'acceptation de certains sacrifices, du moins d'un certain désintéressement", poursuivant que "les guerres d'autrefois en apportaient la preuve héroïque, mais dévastatrice dans sa démonstration"<sup>1634</sup>.

**374.** Si elle a été reprise par certains auteurs, la théorie habermassienne a également *a contrario* fait l'objet de nombreuses critiques portant tant sur son interprétation du concept de patriotisme constitutionnel que sur son application à des entités politiques non étatiques.

### **3) Les critiques du patriotisme constitutionnel habermassien**

**375.** Un patriotisme constitutionnel ne pourrait tout d'abord se développer que si des conditions sont réunies<sup>1635</sup>. En Allemagne, un tel patriotisme s'est développé mais le contexte, celui d'un vide symbolique ainsi que l'existence du recours constitutionnel individuel ont fortement contribué à son développement. Même dans le contexte allemand, certains auteurs ont considéré ce concept inutile après la réunification. Dans ce sens Michel Coutu relève que lors de la réunification, ce n'est pas l'appel à ce patriotisme qui a servi de fondement, mais la tradition nationale<sup>1636</sup>.

**376.** Par ailleurs, s'il reconnaît que le patriotisme constitutionnel se conçoit non pas de façon abstraite mais en relation avec les forces sociales, leurs intérêts, et souligne à cet égard notamment qu'il dépend de l'existence d'un groupe particulier qui en est porteur<sup>1637</sup>, Michel Coutu critique comme "utopique" ce concept qu'il considère faiblement mobilisateur. Andreas Kopp estime dans le même sens qu'une telle tentative de construction au moyen d'actions rationnelles d'une identité collective ne pourra aboutir, et renvoie au soutien de sa remarque à l'exemple de la RDA et sa tentative de Nation de classe<sup>1638</sup>. Michel Coutu ajoute que l'application de ce concept au contexte européen soulève le problème de la spécificité de l'identité européenne par rapport à la culture occidentale car les valeurs affirmées sont partagées tout au sein de cette sphère occidentale<sup>1639</sup>.

**377.** Michel Coutu souligne ensuite que Jürgen Habermas conçoit le pouvoir comme un dialogue, la recherche d'un consensus rationnel, qu'il ne voit pas comme Max Weber dans l'essence du politique la violence qui se révélerait dans des cas extrêmes, son caractère irrationnel<sup>1640</sup>. Or, il estime que Jürgen Habermas esquivait volontairement toute étude d'une question présentant le politique sous sa forme conflictuelle, et que le concept de patriotisme

---

<sup>1633</sup> GISCARD D'ESTAING (V.), Peut-on créer un patriotisme européen ?, Humboldt Rede zu Europa, 9 novembre 2006, p.7 : [http://whi-berlin.de/documents/HRE-Giscard\\_dEstaing.pdf](http://whi-berlin.de/documents/HRE-Giscard_dEstaing.pdf).

<sup>1634</sup> *Ibid.*, p.8.

<sup>1635</sup> SCHULZ (D.), Der Wert der Verfassung : Deutsche und französische Verfassungskultur im Vergleich, in : HEIT (H.)(hrsg.), *Die Werte Europas. Verfassungspatriotismus und Wertegemeinschaft in der EU ?*, LIT Verlag, Münster, 2006, pp.108-109 et p.113. Michel COUTU souligne dans le même sens que la particularité du vide de légitimation a permis que le patriotisme constitutionnel prospère, a donné une motivation qu'il dit sinon manquer à ce concept (Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire, *Droit et société*, 1998, n°40, p.638).

<sup>1636</sup> COUTU (M.), Citoyenneté...(op.cit. note 1635), p.638. Voir aussi : Isensee (J.), *Plädoyer für eine Kultur der Gemeinschaft. Verdrängung und Wiederentdeckung der Realität*, *Die Politische Meinung*, 2006, vol.54 n°440, p.13.

<sup>1637</sup> COUTU (M.), Citoyenneté...(op.cit. note 1635), p.633.

<sup>1638</sup> KOPP (A.), *Europäische...*(op. cit. note 1468), p.24.

<sup>1639</sup> En ce sens : MARION (A.), Une citoyenneté...(op. cit. note 996), p.70.

<sup>1640</sup> COUTU (M.), Citoyenneté...(op.cit. note 1635), p.640.



constitutionnel vise expressément à une telle neutralisation<sup>1641</sup>. Il critique une restriction au seul critère de légitimation du "*consensus rationnel*" fondé sur une "*communication libre de contrainte*"<sup>1642</sup>. Une mise à l'écart du conflit est en effet, selon Michel Coutu, problématique car l'identité nationale s'est construite sur l'opposition, la différenciation d'autres identités. Au-delà, la réflexion habermassienne est pour lui trop simplificatrice, elle ne tient pas compte de la complexité des mécanismes de légitimation au sein des sociétés contemporaines.

En outre, le concept de patriotisme constitutionnel relie sa théorie sur le discours et la raison communicative avec son engagement en faveur de certaines valeurs. Or Beth Foley estime à cet égard qu'il s'agirait moins pour Jürgen Habermas de trouver un équilibre entre particularisme et universalisme que d'effacer tout lien entre l'identité et une référence à une communauté culturelle, critère frappé de disgrâce<sup>1643</sup>. Ce dernier néglige selon elle les interactions entre normes universelles et les "*affiliations particulières formant l'identité politique*"<sup>1644</sup>. Beth Foley estime qu'il y a dès lors un paradoxe à ce que Jürgen Habermas appelle à une prise en compte de l'histoire allemande pour l'action politique contemporaine alors qu'il écarte tout aspect particulariste au profit de l'universel dans la définition d'une identité<sup>1645</sup>.

S'il reconnaît que le concept de patriotisme constitutionnel permet de comprendre la part de rationalité dans l'Etat de droit contemporain, Michel Coutu rejoint cette critique et l'accentue encore, estimant que ce concept ne peut se comprendre que de façon "stratégique" de lutte contre les particularismes<sup>1646</sup>. Il relève ainsi que dans le cas canadien qui l'intéresse, ce concept est utilisé contre les revendications du Québec.

Cette vision apparaît toutefois exagérée puisque Jürgen Habermas juge le respect des identités comme part de l'identité fédérale<sup>1647</sup>. En réalité, le reproche est celui d'une action par les élites qui est pourtant la base de la construction identitaire, Sternberger et Habermas ne cachent en effet pas leur volonté de promouvoir, certes à des niveaux différents, ce patriotisme constitutionnel, et donc le caractère prescriptif de leur théorie. En outre, Beth Foley concède qu'Habermas a évolué et reconnu que les principes s'inscrivent dans une communauté culturelle définie<sup>1648</sup>.

**378.** La qualification de citoyenneté post-nationale utilisée par Jürgen Habermas a fait également l'objet d'oppositions<sup>1649</sup>. Gerald Neuman la critique dans le cas européen en soulignant que la citoyenneté européenne repose sur la nationalité d'un des Etats membres, et que la qualification de citoyenneté postnationale ne pourrait être pertinente qu'en cas de fondement sur le critère de résidence dans un Etat membre de l'UE<sup>1650</sup>. Christophe Schönberger critique quant à lui la conception d'une citoyenneté postnationale uniquement en tant qu'elle vise un statut universel de l'Être humain car elle ignore alors que l'appartenance

<sup>1641</sup> *Ibid.*, p.642.

<sup>1642</sup> *Ibid.*, pp.643-644.

<sup>1643</sup> FOLEY (B.), *Verfassungspatriotismus : The key to understanding Jürgen Habermas's political thought ?*, *European Social and Political Research*, 2006–2007, vol. 13, pp.50-51.

<sup>1644</sup> *Ibid.*, p.52. L'auteur rappelle que la prise de position d'Habermas s'inscrit dans un débat lancé à la fin des années 1980 par la droite allemande sur la nécessité d'un renforcement de l'identité nationale. Se sont opposées les visions d'historiens de droite et de gauche, Habermas se classant dans ces derniers (*Ibid.*, pp.55-56).

<sup>1645</sup> *Ibid.*, p.59

<sup>1646</sup> COUTU (M.), *Citoyenneté...* (*op.cit.* note 1635), p.646

<sup>1647</sup> Par exemple en ce sens : HABERMAS (J.), *Le 15 février ou ce qui unit les européens*, in : ID., *Une époque de transitions : écrits politiques (1998-2003)*, Fayard, 2005, p.158 : "*La reconnaissance des différences [...] peut aussi devenir la marque d'une identité commune*".

<sup>1648</sup> FOLEY (B.), *Verfassungspatriotismus* (*op.cit.* note 1643), p.78.

<sup>1649</sup> Voir par exemple : ISENSEE (J.), *Die Verfassung als Vaterland. Zur Staatsverdrängung der Deutschen*, in : MOHLER (A.) (Hrsg.), *Wirklichkeit als Tabu. Anmerkungen zur Lage*, München 1986, pp. 11-35.

<sup>1650</sup> NEUMAN (G.), *Fédéralisme...* (*op. cit.* note 1406), p.160.



(Angehörigkeit) suppose une délimitation par rapport à autrui<sup>1651</sup>. Voir dans la citoyenneté de l'UE la préfiguration d'une citoyenneté universelle, détachée des nationalités nie en effet selon lui le caractère d'identification qui est toujours lié à une citoyenneté et passe totalement sous silence la nature fédérale qui la caractérise<sup>1652</sup>.

**379.** Même si une partie des critiques est recevable, le développement d'un patriotisme constitutionnel peut tout de même contribuer à créer un sentiment d'appartenance européen. Dans ce cadre se pose tout d'abord la question du rôle des valeurs et droits fondamentaux.

## **B. La contribution au sentiment d'appartenance des valeurs et droits fondamentaux**

**380.** Les droits fondamentaux peuvent en premier lieu être considérés comme participant au développement d'un sentiment d'appartenance fédérale s'ils apparaissent aux citoyens comme une valeur ajoutée. A cet égard, dans le cas allemand l'importance des droits fondamentaux introduits par la Loi fondamentale et le rôle particulier de la Cour constitutionnelle garante de l'Etat de droit en raison de l'histoire de cet Etat, ont joué un rôle essentiel dans le développement d'un patriotisme constitutionnel. Dans le cas américain, le 14<sup>e</sup> amendement a joué un rôle très important de développement de la protection des droits fondamentaux, sa large portée se déployant surtout à partir des années 1960<sup>1653</sup>. Toutefois dans les deux cas cette contribution au patriotisme constitutionnel s'inscrit dans un contexte étatique.

Dans le contexte de l'Union européenne, il est à noter que les citoyens bénéficiaient déjà d'une forte protection de leurs droits par la Convention européenne des Droits de l'Homme (CESDH) et par le droit national, si bien que les droits fournis par l'UE ont été vus comme allant de soi et n'ont pas contribué au développement d'un sentiment d'appartenance européen<sup>1654</sup>. Leur existence était toutefois une condition préalable nécessaire à un tel développement. Mais si les droits bruts ne sont pas un apport par rapport à l'existant quand ils sont, pour une large part, identiques avec d'autres communautés politiques, leur interprétation particulière à une communauté politique peut par contre, comme le souligne Jürgen Habermas, participer au développement d'un patriotisme constitutionnel<sup>1655</sup> (1).

Les devoirs trouvant une place tout aussi essentielle dans le patriotisme constitutionnel, l'absence de toute mention expresse les concernant dans les traités européens est par contre critiquable (2).

---

<sup>1651</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.32.

<sup>1652</sup> *Ibid.*, p.141. L'auteur rattache la position de Joseph WEILER à cette perspective exprimée dans son article : The State über alles. Demos, Telos, and the German Maastricht decision, *Festschrift für Everling*, Nomos, 1995, pp.1651-1688.

<sup>1653</sup> Cf. *infra* partie II chap.I sect.I §3 B 1).

<sup>1654</sup> En ce sens : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.197, 199 et 201. La protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'application du droit communautaire a été développée au niveau européen par la Cour de justice par le biais de principes généraux du droit européen à partir des années 1970 dégagés à partir des droits constitutionnels nationaux et de la CESDH. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux, qui est annexée audit Traité, a permis de donner une meilleure lisibilité des droits fondamentaux conférés par l'UE même si son apport au fond est plus limité. Voir pour un résumé de la protection des droits fondamentaux depuis le Traité de Lisbonne : GROUSSOT (X.), PECH (L.), La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne, *Fondation Robert Schuman, Policy Paper, Question d'Europe*, n°173, 14 juin 2010, 15 p. Voir pour une présentation du développement de la protection des droits fondamentaux dans l'UE : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 662), pp.122-147 ; ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union Européenne*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2006, pp.255-259 ; JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, pp.54-77

<sup>1655</sup> Rapporté par : Schulz (D.), *Der Wert...*(*op.cit.* note 1635), p.118.

Enfin, nous évoquerons le renoncement à des éléments de protection internationale pour les citoyens européens vis-à-vis des Etats membres de l'Union européenne comme autre manifestation de l'appartenance fédérale (3).

### ***1) Une spécificité de l'Union européenne dans l'interprétation des valeurs et droits fondamentaux***

**381.** Jürgen Habermas note un certain nombre de particularités des européens qui permettent de les caractériser, et notamment de les distinguer des américains. Ils font tout d'abord confiance à l'Etat et considèrent globalement de façon positive son action en matière de régulation, et sont au contraire méfiants vis-à-vis des marchés, méfiance dont Habermas souligne qu'elle peut être vue comme une trace des luttes des classes qui ont marqué l'Europe<sup>1656</sup>. Une grande importance est ainsi attachée à l'Etat Providence pour la sécurité qu'il confère et les valeurs de solidarité qu'il véhicule. Les Etats-Unis n'ont jamais connu de socialisme ou de mouvements sociaux vraiment forts à la différence de l'Union européenne, et les sondages eurobaromètres montrent que les européens conservent la volonté d'une protection publique importante, ce qui permet de conclure que l'aide sociale publique fait partie de l'identité européenne<sup>1657</sup>. Il est à cet égard à noter qu'au sein de la Charte des droits fondamentaux un chapitre IV est consacré à la solidarité et un chapitre III à l'égalité. Le chapitre IV comprend les droits des travailleurs<sup>1658</sup>, et le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale, aux services sociaux de protection (chômage, accident de travail, maternité,...) (art.34). Un compromis avec les britanniques qui ne voulaient pas de droits créances dans la Charte a conduit à distinguer les droits et les principes sociaux, comme le précise l'art.52§5. Ces "principes" nécessitent l'intervention du législateur européen, ils ne peuvent être invoqués devant un juge "*que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité*" des actes qui les mettent en œuvre, là où les droits sont directement invocables par les particuliers dans l'ensemble du champ d'application du droit de l'UE<sup>1659</sup>. Ainsi, seules les autorités qui adoptent les textes destinés à les appliquer doivent les respecter. Comme le résume Olivier de Schutter, ces principes "*peuvent servir de boucliers, pour faire obstacle à l'adoption de certains actes [...] qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint par des mesures de mise en œuvre*", mais il ne peuvent "*servir d'épée, c'est-à-dire être invoqués devant le juge afin de réclamer de la part du législateur ou de l'exécutif l'adoption de mesures déterminées à l'effet de les concrétiser*"<sup>1660</sup>.

Une autre caractéristique des européens est de considérer avec beaucoup de prudence, de distance les progrès technologiques<sup>1661</sup>. Nous pouvons attacher à cette remarque de Jürgen Habermas le cas des conflits avec les américains au sein de l'OMC au sujet du principe de précaution, et notamment la différence de perspective par rapport aux OGM.

L'expérience totalitaire du XX<sup>e</sup> siècle peut être par ailleurs vue comme un élément expliquant la plus grande importance attachée par les européens par rapport aux américains à

---

<sup>1656</sup> HABERMAS (J.), Le 15 février...(*op.cit.* note 1647), p.159 et p.162.

<sup>1657</sup> OPIELKA (M.), Soziale Verfassungswerte. Die Entwicklung des Wohlfahrtsstaates als Projekt Europas, in : HEIT (H.) (hrsg.), *Die Werte...*(*op.cit.* note 1635), pp.126-128.

<sup>1658</sup> Négociation et actions collectives (art.28), protection contre le licenciement injustifié (art.30), droits à des conditions de travail justes et équitables (art.31), droit à l'information et la consultation dans l'entreprise (art.27).

<sup>1659</sup> BENOIT-ROHMER (F.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 10 mai 2001, n°19, p.1484.

<sup>1660</sup> DE SCHUTTER (O.), L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", in : LYON-CAEN (A.), LOKIEC (P.I) (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz 2005, p.150.

<sup>1661</sup> HABERMAS (J.), Le 15 février...(*op.cit.* note 1647), p.159.



l'intégrité personnelle et physique, et qui se traduit notamment par l'interdiction de la peine de mort comme condition d'adhésion à l'Union européenne<sup>1662</sup>. Est en outre à souligner le soutien important à un ordre international multilatéral, et la réticence forte au recours à la force à la différence de ce qui est le cas dans d'autres régions du monde<sup>1663</sup>. L'Union européenne traduit ainsi au plan international ce qui a été au fondement de sa construction, la volonté d'une paix durable. Le prix Nobel de la paix qui lui a été décerné en octobre 2012 consacre son rôle dans la pacification des relations entre les peuples sur le continent européen. Le communiqué du comité norvégien souligne en dehors de la réconciliation franco-allemande la contribution à la stabilisation de la démocratie en Espagne, au Portugal et en Grèce, et à son amélioration en Turquie, ainsi qu'à la pacification des relations dans les Balkans avec l'adhésion prévue de la Croatie en 2014, et la candidature de la Serbie et du Monténégro. Il indique en outre la volonté de rappeler cette contribution unique dans le monde d'une union volontaire entre Etats à la paix, au moment où la crise la déstabilise et fait naître des tensions entre ses populations.

Enfin, Jürgen Habermas souligne que les européens font plus attention aux empiètements du religieux sur le politique que les citoyens dans d'autres régions du monde<sup>1664</sup>. Michael Opielka souligne dans le même sens que les Etats-Unis sont caractérisés par une société très marquée par la religion alors que l'Union européenne se caractérise par des Etats sécularisés<sup>1665</sup>.

**382.** Daniel Debomy confirme ces différents éléments à partir de l'examen des études eurobaromètres. Il relève que les citoyens européens ressentent globalement leur appartenance commune, le partage d'un modèle commun reposant sur des valeurs culturelles et humanistes se différenciant notamment de celles des Etats-Unis<sup>1666</sup>. Il souligne que les valeurs ressenties communes par les citoyens comme renvoyant à l'attachement à la paix, la liberté notamment un plus grand détachement des Eglises par rapport à la société américaine, la diversité culturelle, l'égalité et la solidarité là encore marquant une opposition avec les Etats-Unis vus comme indifférents aux plus pauvres, le respect de l'environnement<sup>1667</sup>. Il met en exergue le "*rôle de l'effet-miroir*" joué par la comparaison avec les Etats tiers à l'UE dans le développement d'un sentiment d'appartenance européen, notamment par rapport aux Etats-Unis. Il souligne surtout à cet égard que les résultats dans les nouveaux Etats membres de l'est ne sont pas différents au-delà d'une "*brève attirance pour le mirage américain*" qui a pu exister dans les années 1990<sup>1668</sup>.

Daniel Debomy souligne dans le même temps que les européens craignent un recul de ce modèle, les excès du libéralisme économique<sup>1669</sup>. Si l'image reste celle d'une Europe de la solidarité, il note que l'UE devra savoir prouver que cette valeur reste fondamentale sous peine

<sup>1662</sup> *Ibid.*, p.162. L'interdiction de la peine de mort est reprise art.2§2 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>1663</sup> *Ibid.*, p.159.

<sup>1664</sup> Jürgen HABERMAS souligne ainsi en visant en creux les EU qu' "*on imagine assez mal un président commençant sa journée d'homme d'Etat par une prière publique et justifiant certaines de ses décisions politiques lourdes de conséquences par sa mission divine*" (*Ibid.*, p.161).

<sup>1665</sup> OPIELKA (M.), , *Soziale...*(*op.cit.* note 1657), p.122. Même si avec l'élargissement le constat pourrait être relativisé, il demeure vrai : le rapport à la religion dans la vie privée est important pour 17,9%, 23,1%, 34,1% et 81,9% respectivement dans l'Europe des 15, dans les dix nouveaux Etats, et en Turquie ; dans la société il l'est pour ces différents groupes pour 39%, 56,5%, 63,6%, et 76,6% ; enfin dans la vie politique par rapport à la question de savoir si l'athéisme d'un le rend inadéquate pour une fonction publique, il l'est pour ces groupes pour 12,2%, 18,5%, 38,8%, et 62,3% (sondage cité par GERHARDS (J.), HÖLSCHER (M.), *Europäischer Verfassungspatriotismus und die Verbreitung zentraler Werte in den Mitglieds- und Beitrittsländern der EU und der Türkei*, in : HEIT (H.) (hrsg.), *Die Werte...*(*op.cit.* note 1635), p.101).

<sup>1666</sup> DEBOMY (D.), *Les Européens croient-ils encore en l'UE ? Analyse des attitudes et des attentes des opinions publiques européennes depuis un quart de siècle, Notre Europe, Etudes et recherches*, juin 2012, p.33.

<sup>1667</sup> *Ibid.*, pp.36-37.

<sup>1668</sup> *Ibid.*, pp.37-38.

<sup>1669</sup> *Ibid.*, pp.44 et s.



de voir les Etats se replier sur le plan national et les citoyens européens connaître une désillusion forte et durable<sup>1670</sup>. Dans le même temps, les attentes envers l'UE, la volonté d'un renforcement de ses compétences restent fortes<sup>1671</sup>.

A la question "que signifie pour vous l'Union européenne", les européens répondent à l'automne 2011 : la liberté de voyager, d'étudier et de travailler partout dans l'UE (41% des sondés) juste devant l'euro (37%)<sup>1672</sup>. Sont ensuite citées la paix (21%), la démocratie (21%), une voix importante dans le monde (20%), la diversité culturelle (19%), et prospérité économique (12%), la protection sociale (10%). Il est par ailleurs à noter que les représentations négatives ont progressé. Ainsi, le gaspillage d'argent est passé de 21% dans l'eurobaromètre 72 de l'automne 2008 à 28% dans l'eurobaromètre 76 de l'automne 2011, et la bureaucratie est passée de 20 à 23%, le chômage (16%), pas assez de contrôle aux frontières extérieures (15%), plus de criminalité (13%), la perte de l'identité culturelle (12%).

**383.** Si les droits fondamentaux sont expressément visés par les traités européens, les devoirs s'imposant aux citoyens européens ne sont par contre pas mentionnés, alors même qu'ils participeraient aussi du sentiment d'appartenance commun.

## 2) L'absence d'affirmation expresse de devoirs pour les citoyens européens

**384.** Comme le souligne Joseph Weiler, l'absence de mention de devoirs précis est critiquable car ces derniers participent au développement d'une fidélité à l'égard de la communauté politique à laquelle un citoyen appartient, et le renvoi aux obligations générales telles que le respect de l'égalité hommes-femmes,... ne peut être une réponse car elles s'imposent à toute personne se trouvant résidant sur le territoire européen<sup>1673</sup>. Jean-François Renucci indique également en ce sens que "*puisque l'objectif [était] d'adresser un signal clair aux citoyens européens, il n'aurait pas été inutile de rappeler avec plus de force qu'il n'est pas liberté sans devoirs, de démocratie sans civisme, ni de citoyenneté sans responsabilité*"<sup>1674</sup>.

Claude Blumann et Louis Dubouis se sont penchés sur les causes de l'absence de mention de devoirs. Ils évoquent un niveau de solidarité encore insuffisant entre les citoyens européens pour imposer de tels devoirs communs, et rappellent le recul du service militaire, devoir classique s'imposant au citoyen national, alors que la mise en place d'un service civil au niveau européen ne semble pas apparaître comme une alternative réellement envisagée<sup>1675</sup>.

Joseph Weiler considère quant à lui que l'introduction d'un impôt européen, outre qu'il permettrait à l'UE de renforcer son autonomie, pourrait contribuer à renforcer le sentiment d'appartenance européen car il "*éveille[rait] le sens de la responsabilité, suscite l'intérêt du citoyen et devien[drait] par excellence un enjeu électoral*"<sup>1676</sup>. Sandrine Maillard voit quant à elle dans l'obligation de solidarité une traduction d'un devoir qui aurait pu être mis à la charge du citoyen européen<sup>1677</sup>. Elle évoque en outre également la création d'un impôt de solidarité européen, mais en le faisant aussi supporter par les résidents ressortissants d'Etats tiers, au contraire de ce que propose Claude Blumann qui le restreint aux citoyens européens<sup>1678</sup>.

<sup>1670</sup> *Ibid.*, pp.51 et s., notamment p.61.

<sup>1671</sup> *Ibid.*, pp.39 et s.

<sup>1672</sup> *Eurobaromètre standard 76*. Automne 2011, p.43.

<sup>1673</sup> En ce sens : WEILER (J.), *Les droits des citoyens européens*, *RMUE*, 1996, n°3, pp.39-40 et p.44.

<sup>1674</sup> RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2002, 821 p. (cité par : MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.406).

<sup>1675</sup> BLUMANN (C.), Dubouis (L.), *Droit matériel...*(*op.cit.* note 1564), p.26.

<sup>1676</sup> WEILER (J.), *Les droits...*(*op.cit.* note 1673), pp.49-50.

<sup>1677</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), pp.407-408.

<sup>1678</sup> BLUMANN (C.), *Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire*, *RAE*,



Elisabeth Zoller estime également que "*pour faire progresser l'Europe, notamment pour faire progresser la solidarité entre les peuples européens, il faudra bien à un moment donné penser en termes d'obligations, notamment en termes d'obligations fiscales*"<sup>1679</sup>.

**385.** Si les devoirs sont absents, on retrouve par contre le renoncement aux protections internationales classiques qui souligne une appartenance fédérale.

### ***3) Le renoncement aux protections internationales classiques : signe de l'appartenance fédérale***

**386.** Nous reprendrons l'image de "métamorphose" proposée par Olivier Beaud en vertu de laquelle les ressortissants des Etats membres qui étaient des étrangers les uns par rapport aux autres deviennent membres d'un même ensemble tout en conservant leurs nationalités différentes<sup>1680</sup>. Deux de ses effets seront présentés, en matière de droit d'asile et d'extradition des ressortissants des Etats membres.

Le protocole n°6 annexé au Traité d'Amsterdam a tout d'abord écarté le droit d'asile pour les citoyens européens au sein des Etats membres de l'Union européenne. Conserver un tel droit serait en effet considéré comme contraire à la confiance que se portent mutuellement les Etats. Pour ce qui est du citoyen, ses droits sont garantis puisque chaque Etat doit respecter des standards communs en matière de protection des droits fondamentaux et de démocratie, et qu'une procédure de sanction est prévue en cas d'atteinte à ces valeurs. Dans le cas où cette procédure de sanction serait mise en œuvre, il est par ailleurs prévu des exceptions à l'inapplication du droit d'asile quand la procédure concerne une violation de l'art.15 de la CESDH. Cette exception se justifie puisque les conditions d'homogénéité fédérale qui permettraient d'écarter ce droit ne sont alors plus réunies<sup>1681</sup>.

Concernant l'extradition, le premier pas a été fait dans l'Union européenne avec la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les membres de l'Union européenne<sup>1682</sup> qui posait dans son art.7 le principe de l'interdiction pour un Etat membre de refuser l'extradition d'un national vers un autre Etat membre de l'UE. Toutefois, ce principe était fortement limité dans ses effets par les larges possibilités de réserves laissées aux Etats permettant de refuser ou de conditionner une extradition de ses nationaux. La décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen<sup>1683</sup> et les procédures de remise entre Etats membres représente un saut qualitatif mettant fin à l'extradition dans le but d'assurer l'effectivité du volet judiciaire de l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>1684</sup>. Si son utilisation est restreinte à des infractions graves précisées à l'art.2§1, il présente l'avantage de ne pas exiger une double incrimination dans les deux Etats concernés s'il s'agit d'une des 32 infractions graves dont la liste se trouve dans la décision-cadre (art.2§2), et surtout de substituer à une procédure menée par les autorités exécutives des Etats concernés une procédure juridictionnelle (cons.5 et chap.II de la décision) encadrée par des délais stricts (art.17)<sup>1685</sup>. En théorie le juge saisi d'une telle

---

2003-2004, n°1, p.79.

<sup>1679</sup> ZOLLER (E.), *Aspects...*(*op. cit.* note 1416), p.154.

<sup>1680</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op. cit.* note 1012), p.219.

<sup>1681</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.242.

<sup>1682</sup> JOCE, n°C 313 du 23 octobre 1996, p.12.

<sup>1683</sup> JOCE, n°L 190 du 18 juillet 2002, p.1.

<sup>1684</sup> Cons.5 de la décision. Pour une présentation de ce concept d'espace de liberté, de sécurité et de justice cf. : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel...*(*op.cit.* note 1091), pp.63-77.

<sup>1685</sup> Voir sur les problèmes classiques de l'extradition en raison du rôle des exécutifs : CARTIER (M.-E.), Rapport introductif, ID. (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.22. Le même auteur souligne que le mandat d'arrêt "international" est une expression abusive car contrairement au mandat d'arrêt



demande doit se contenter d'un contrôle de régularité externe, et les motifs de non exécution sont encadrés (art.3 et 4). Comme l'affirme le considérant 10, ce mécanisme repose sur un "degré de confiance élevé entre les Etats membres", justifiant qu'il ne puisse être suspendu qu'en application de la procédure de sanction prévue à l'art.7 TUE, et uniquement envers l'Etat concerné par la procédure.

Dans le cas allemand, il est à noter qu'une loi du 21 juin 1869 obligeait, sous certaines conditions, les Etats allemands à extraditer leurs ressortissants aux autres Etats membres de la Confédération du Nord, mais cette loi faisait l'objet de critiques de la part d'une partie de la doctrine qui considérait qu'il s'agissait d'une atteinte trop importante à l'autonomie des Etats<sup>1686</sup>.

C'est ce type de reproche qui explique pourquoi les cantons suisses ont été autorisés pendant longtemps à refuser l'extradition de leurs ressortissants vers les autres cantons. Pourtant, comme le relève Christophe Schönberger, le maintien de l'interdiction d'extraditer ses ressortissants vis-à-vis des autres Etats membres peut être considéré comme une anomalie à partir d'un certain stade d'intégration au sein d'une union fédérale<sup>1687</sup>.

Un principe d'interdiction d'extradition de ses nationaux est fréquent dans les Etats européens continentaux, mais ne l'est pas dans les pays anglo-saxons. Toutefois, même si les Etats américains ne connaissaient pas d'interdiction d'extradition de leurs ressortissants, l'art.IV al.2 des Articles de la Confédération posait expressément l'obligation pour un Etat de remettre toute personne condamnée ou accusée d'un crime de trahison, de félonie ou d'un "attentat considérable" et ayant fui la justice qui se trouverait sur son territoire, sur demande des autorités de l'Etat concerné. De même, l'art.IV sect.2 cl.2 de la Constitution de 1787 précise que toute personne accusée dans un Etat de crime et y ayant fui la justice doit, sur demande de l'autorité exécutive de cet Etat, lui être remise. L'art.IV al.1 de ces deux textes comprend en outre la clause de privilèges et immunités qui peut être vue comme une illustration du lien entre indignation commun et obligation d'extraditer ses ressortissants<sup>1688</sup>.

**387.** Pour pouvoir fonctionner, le patriotisme constitutionnel a besoin du soutien de l'action des dirigeants en faveur de son développement. A cet égard, Olivier Beaud note la large part "«construit» juridique" de la Fédération expliquant que l'unité "passe [...] par divers artifices, d'ordres symbolique et juridique, dont le principal effet est de constituer la fédération en une instance de représentation"<sup>1689</sup>.

### **C. Le rôle primordial des dirigeants fédéraux**

**388.** Le patriotisme constitutionnel a fonctionné aux Etats-Unis où, comme le souligne Elisabeth Zoller, "le droit y est une véritable religion avec sa Bible, ses écritures, ses Pères de l'Eglise", elle parle à cet égard de "quasi dévotion que les Américains entretiennent pour leur Constitution fédérale"<sup>1690</sup>. Alexis de Tocqueville note aussi en ce sens que "depuis cinquante ans, on ne cesse de répéter aux habitants des Etats-Unis qu'ils forment le seul peuple religieux, éclairé et libre", Olivier Beaud relevant que cette "certitude d'être un peuple élu" a joué un rôle dans la construction du mythe de la construction du sentiment d'appartenance américain<sup>1691</sup>. Olivier Beaud ajoute que les termes employés en anglais "covenant" et en allemand "Bund" pour qualifier le pacte fédératif ont une connotation religieuse puisqu'ils sont employés pour

---

européen, il n'a d'effet coercitif que sur le territoire de son émetteur (*Ibid.*, p.20).

<sup>1686</sup> BGBI., p.305.

<sup>1687</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.249-250.

<sup>1688</sup> En ce sens : *Ibid.*, pp.250-251.

<sup>1689</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op. cit.* note 1012), p.160.

<sup>1690</sup> ZOLLER (E.), *Le droit des Etats-Unis*, PUF, 2000, pp.3-4.

<sup>1691</sup> TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique, t.I*, 1835, rééd. Garnier Flammarion, 1981, p.493.

BEAUD (O.), *La question de l'homogénéité dans une Fédération*, *Lignes*, 2004, n°13, p.118.



qualifier l'Alliance avec Dieu<sup>1692</sup>.

Le patriotisme constitutionnel a également fonctionné en Suisse où il a été initié dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle par Johann Konrad Ulrich<sup>1693</sup>. Ce dernier a proposé aux dirigeants de susciter un attachement de la population à la constitution au moyen d'une visualisation symbolique et de cérémonies, afin de toucher plus particulièrement des publics analphabètes<sup>1694</sup>. Au-delà, Denis de Rougemont note que "*la Suisse ne subsiste que par la fidélité de ses cantons à une alliance indiscutée*", et que cela explique que "*le Pacte de 1291 est le document sacré par excellence de la Confédération*"<sup>1695</sup>. Il estime plus globalement que "*ce qui rassemble tous les Suisses [...], c'est l'attachement commun à leurs institutions, c'est le lien fédéral, le pacte perpétuel, juré devant Dieu sur une prairie des Alpes il y a plus de six siècles et demi*"<sup>1696</sup>.

Nous nous focaliserons dans les développements qui suivent sur trois aspects de l'action des dirigeants fédéraux : par les symboles tout d'abord (1), par l'éducation, les manifestations communes (culturelles, sportives) et les programmes d'échanges ensuite (2), enfin par les discours et les interprétations des textes officiels (3).

### 1) L'importance des symboles

**389.** L'article I-8 du projet de Traité constitutionnel énonçait les symboles de l'Union européenne : drapeau, hymne, devise, euro, journée de l'Europe. Une telle disposition n'a pas été reprise dans le Traité de Lisbonne devant la pression d'un certain nombre d'Etats membres, seule une déclaration n°52 de 16 Etats membres se trouve en annexe qui réaffirme pour ces Etats ces "*symboles de l'appartenance commune des citoyens à l'Union européenne*". En dépit d'une absence de mention dans le corps des traités, ces symboles qui existaient antérieurement jouent leur rôle de symbole auprès des citoyens européens, à l'exception de la devise qui était une création de la Convention sur l'avenir de l'Europe.

Drapeau et hymnes sont parfois adoptés par des organisations internationales (Jeux Olympiques, ONU,...), mais ils présentent l'avantage, comme le relèvent Isabelle Hannequart et Gilles Joly, de ne pas être objet de querelles comme peut l'être la question du siège des institutions fédérales<sup>1697</sup>. Par ailleurs, même si le drapeau européen n'est pas spécifique à l'Union européenne, il joue quand même son rôle d'identification car il est indissociablement lié dans l'esprit du public à l'UE, ce qui suffit<sup>1698</sup>. La plupart des personnes ignorent qu'il était déjà auparavant un symbole du Conseil de l'Europe depuis 1955. Et en avril 1986 le Parlement européen, le Conseil, la Commission et la CJCE ont décidé d'adopter ce même drapeau<sup>1699</sup>. Un rapport Gama de 1988<sup>1700</sup>, et la résolution du Parlement européen du 14 Septembre 1988 qui en

<sup>1692</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(op. cit. note 1012), pp.113-115.

<sup>1693</sup> ULRICH (J.), *Ueber den Begriff Vaterland : Nebst Beantwortung der Frage: Was ist der Patriotismus, und in wiefern trennt sich derselbe von blossen Einsichten?*,



est issue<sup>1701</sup> demandaient à ce que le Parlement Européen dote ses bureaux extérieurs de ces drapeaux, et à ce que l'emblème figure sur les plaques d'immatriculation des voitures, revendications qui ont été suivies d'effet depuis<sup>1702</sup>. Il est à noter que juridiquement le drapeau européen n'est pas le drapeau de l'Union européenne, mais qu'il est uniquement un symbole repris par les institutions européennes<sup>1703</sup>, le Traité de Lisbonne qui aurait pu lui servir de base juridique ne l'ayant pas repris dans ses dispositions. Quand à la symbolique représentée, les étoiles renvoient à l'union des peuples et leur nombre, douze, à l'idée de perfection.

On retrouve l'expression symbolique du drapeau dans les autres unions fédérales étudiées. Dans le cas suisse, un drapeau fédéral suisse, qui comprend déjà une croix blanche "*à la fois symbole chrétien de la croix, [...] signe de rédemption et signe de ralliement des Confédérés*", est adopté dès 1540. Puis, la Diète confédérale décide en 1815, dans le but de célébrer la libération du joug napoléonien, de fabriquer "*un nouveau sceau fédéral qui est destiné à remplacer celui des vingt-deux cantons tout en reconnaissant leur existence particulière*"<sup>1704</sup>. Enfin, le drapeau actuel est posé par un arrêté fédéral de 1889<sup>1705</sup>.

Dans le cas américain, une résolution du Congrès de 1777 est le fondement juridique du premier drapeau fédéral officiel. Il est composé de bandes horizontales symbolisant les Etats fondateurs de l'Union, et d'étoiles symbolisant l'Union. Puis, une loi de 1818 va préciser ce qui est toujours le drapeau américain : treize bandes représentant les Etats fondateurs et une étoile pour chaque Etat membre.

Enfin, dans le cas allemand, un drapeau noir, rouge, or était prévu comme drapeau allemand pour la marine et l'armée par une loi de 1848 dans le cadre de la tentative révolutionnaire de mise en place d'une union fédérale fondée sur une constitution démocratique<sup>1706</sup>, il sera repris par la Constitution de Weimar dans son art.3 comme drapeau officiel allemand, puis par la Loi fondamentale dans son art.22. Entretemps, le drapeau noir, blanc, rouge a été adopté comme drapeau de l'armée et de la marine par la Confédération du Nord en vertu de l'art.55 CCN (55 RV), puis est utilisé comme drapeau officiel allemand sous le Second Empire.

L'hymne européen n'est pas, tout comme le drapeau européen, un symbole exclusif de l'Union européenne, même si ici encore, il joue ce rôle car les citoyens européens ne savent pas que le quatrième mouvement de la neuvième symphonie de Ludwig von Beethoven a été d'abord adopté par le Conseil de l'Europe comme hymne en Janvier 1972<sup>1707</sup>. Un rapport Adonnino de 1985 recommandait au Conseil Européen de "*préconiser que cet hymne soit joué à l'occasion de manifestations et de cérémonies appropriées*" et l'invitait à "*exprimer l'espoir que le drapeau et l'emblème soient utilisés en des lieux et à des occasions appropriés*"<sup>1708</sup>. Le Parlement Européen et le Conseil prennent officiellement acte de la pratique de l'utilisation de ce morceau comme hymne européen en avril 1986<sup>1709</sup>.

Il est à noter que L'hymne est joué sans parole. Certes Isabelle Hannequart et Gilles Joly

<sup>1701</sup> JOCE, n°C 262 du 10 octobre 1988, p.68.

<sup>1702</sup> Règlement n°2411/98 du 3 Novembre 1998 sur la reconnaissance en circulation intracommunautaire du signe distinctif de l'Etat membre dans lequel les véhicules automobiles et leurs remorques, JOCE, n°L 299 du 10.11.1998, p.1 (cons.4 et annexe)

<sup>1703</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), Emblèmes...(op. cit. note 1697), p.152.

<sup>1704</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(op. cit. note 1012), p.161. "*Ce sceau contient dans son milieu l'écusson fédéral de gueules à la croix blanche comme armoiries de la Confédération;[...] dans la bordure; les armoiries des 22 cantons*" (*Ibid.*, p162 note 1).

<sup>1705</sup> *Ibid.*, p.160.

<sup>1706</sup> Gesetz betreffend die Einführung einer deutschen Kriegs- und Handelsflagge, 12 novembre 1848, *Reichsgesetzblatt* 1848, p.15.

<sup>1707</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), Emblèmes...(op. cit. note 1697), p.153.

<sup>1708</sup> Bull. CE, 1985, n° Supplément 7, p.19, pt.9.1 et pt.9.2. Voir sur ce comité : *infra* §3 B 2) b).

<sup>1709</sup> Conseil "affaires étrangères" des 21 et 22 avril 1986, Bull. CE, 1986, n°4, p.51, pt.2.1.8 Drapeau, emblème et hymne de la Communauté



soulignaient en 1992 que la reprise des paroles originales de Schiller, "ode à la liberté" (Freiheit) qui avaient été à l'époque de leur écriture censurées et remplacées par "ode à la joie" (Freude)<sup>1710</sup>, auraient été un symbole complémentaire de "*l'engagement des peuples européens envers la liberté*", mais leur souhait n'a pas été exaucé, peut être pour la raison qu'ils soulignaient eux-mêmes alors, à savoir que les paroles n'étaient "*pas spécialement une confession de foi européenne, mais plutôt universelles*"<sup>1711</sup>.

Concernant la base juridique, deux questions écrites de parlementaires européens de Février 1988 soulignaient l'absence de texte officiel concernant l'hymne<sup>1712</sup>. L'absence d'un tel texte officiel demeure.

Si l'on considère les autres systèmes fédéraux étudiés, le choix d'un hymne officiel a souvent été tardif et pendant longtemps un ou plusieurs chants non officiels ont servi lors des cérémonies. Ainsi, dans le cas allemand, aucun hymne officiel n'a existé jusqu'à ce qu'en 1922 "Das Lied der Deutschen" soit adopté, hymne qui a été repris en 1949. Sous le Second Empire, "Heil dir im Siegerkranz", dont la mélodie est identique à celle du "God save the Queen" était utilisé. De même, en Suisse, il n'y a en effet pas d'hymne officiel suisse jusqu'en 1981, le Conseil fédéral ayant à plusieurs reprises au XIX<sup>e</sup> siècle refusé des demandes visant à en établir un, estimant que c'était au peuple suisse de se déterminer<sup>1713</sup>. Un chant patriotique "O Monts indépendants" sur la musique de God save The Queen était fréquemment utilisé, notamment pour les cérémonies politiques et militaires, avant 1961. En 1961, le Conseil fédéral a décidé de donner au "cantique suisse" qui avait été composé en 1841 et présentait l'avantage d'avoir non seulement des paroles mais également une musique propre, le statut provisoire d'hymne. Il est finalement déclaré par le Conseil fédéral hymne national en 1981. Dans le cas américain, il faut également attendre une résolution du Congrès du 3 mars 1931 pour que soit reconnu comme hymne national un chant écrit en 1814, "The Star-Spangled Banner"<sup>1714</sup>. D'autres chants ont entre temps également servi pour les cérémonies.

Lors du Conseil européen Milan en 1985 a été décidé de fêter la déclaration Schuman du 9 mai<sup>1715</sup> en établissant la "Journée de l'Europe". Contrairement aux autres symboles, elle est malheureusement moins connue des citoyens.

**390.** En dehors de ces éléments énumérés dans la déclaration n°52, un certain nombre d'autres peuvent être considérés comme participant au renforcement symbolique de l'appartenance à l'UE.

La monnaie peut tout d'abord jouer un rôle symbolique. Dans le cas européen, l'euro a un rôle fort d'identification tout comme le Deutsch Mark a été un symbole de l'identité allemande<sup>1716</sup>. Il n'existe certes pas de billet ou de pièce avec la charge symbolique du billet d'un dollar avec Washington, mais la volonté de neutraliser les références nationales dans le cas

<sup>1710</sup> Question écrite de Lyndon Harrison du 16/3/1990 n° 91/C 115/03, *JOCE*, 29.4.1991.

<sup>1711</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...*(*op. cit.* note 1697), p.153

<sup>1712</sup> Questions n°2107/87 d'Ernest Glinne et n°84/88 de Luis Guillermo Perinat du 29.2.1988, *JOCE*, n°C 180/3 du 17/7/1989. Isabelle HANNEQUART et Gilles JOLY soulignent toutefois qu'il n'y a donc pas de version uniforme selon les pays, ce qui porte atteinte à l'identification de l'UE (*Ibid.*, p.153).

<sup>1713</sup> Sur l'histoire de son établissement, voir le site officiel des autorités fédérales suisses :

<http://www.admin.ch/org/polit/00055/00064/index.html?lang=fr&unterseite=yes>.

<sup>1714</sup> 46 Stat. 1508 codifié 36 U.S.C. § 301 <http://www.law.cornell.edu/uscode/36/301.html>.

<sup>1715</sup> Appel du ministre français des affaires étrangères à la mise en place d'une organisation pour mettre en commun les productions de charbon et d'acier de l'Allemagne, la France et d'autres pays qui souhaiteraient y adhérer, qui est à l'origine de la création de la CECA : [http://www.robert-schuman.eu/declaration\\_9mai.php](http://www.robert-schuman.eu/declaration_9mai.php).

<sup>1716</sup> En ce sens : KOPP (A.), *Europäische...*(*op. cit.* note 1468), p.81. Sur l'identité européenne et la monnaie, voir : BUSSIERE (E.), *Régionalisme monétaire et identité européenne depuis le Traité de Rome*, *RI*, 2009/3, n°139, pp.25-36.



des billets l'explique. Ainsi, les types architecturaux caractéristiques des Etats européens ont été reproduits sans que l'on puisse les rattacher à un Etat. Par contre, le symbole upsilon représentant les deux barres de la stabilité monétaire est clairement identifié, même si les citoyens européens n'en connaissent pas pour la plupart la signification. Les pièces font un meilleur compromis entre l'unité (face commune) et le respect de la diversité (l'autre face nationale).

Les citoyens européens reconnaissent son rôle de facilitation des échanges, et qu'il est une manifestation d'une communauté intégrée, même si d'un autre côté, ils soulignent que l'euro participe d'un mouvement de démonopolisation des compétences de l'Etat, d'une dépolitisation du processus de décision avec l'indépendance de la Banque centrale. Même si la conjoncture n'est pas favorable à l'UEM, 56% des européens interrogés y étaient toujours favorables dans l'étude eurobaromètre du printemps 2011 contre 37% qui y étaient défavorables<sup>1717</sup> (52% y sont toujours favorables dans l'étude Eurobaromètre du printemps 2012)<sup>1718</sup>. L'étude eurobaromètre du printemps 2011 soulignait par ailleurs que le soutien à l'UEM et à l'euro était majoritaire dans 22 Etats membres. Mais le contexte d'aide aux Etats en difficulté pèse sur les Etats membres de la zone euro qui paient le plus, notamment en Allemagne où un sondage d'octobre 2011 présentait les allemands comme majoritairement favorables à un retour au Deutsch-Mark<sup>1719</sup>.

Payer dans une même monnaie est un lien fort qui contribue au sentiment d'appartenance commun comme l'illustre la place de l'euro dans les études eurobaromètres sur les représentations associées à l'UE. L'étude baromètre standard du printemps 2011 note que "*les représentations associées à l'Union européenne [...] se caractérisent par une forte stabilité*"<sup>1720</sup>. Dans l'étude eurobaromètre 76 d'automne 2011, l'euro arrive en tête des réponses dans les pays de la zone euro (47%), mais en troisième position hors de la zone euro (20%)<sup>1721</sup>. Il est cité en 2<sup>e</sup> position par l'ensemble des sondés des Etats membres de l'UE avec 37%.

Le passeport européen peut ensuite être évoqué comme symbole. Il est le résultat d'une initiative du Conseil européen de Rome des 3 et 4 Décembre 1975 qui était destinée à accentuer le sentiment d'appartenance des ressortissants des Etats membres à l'entité communautaire et à affirmer vis à vis de l'extérieur la personnalité de la Communauté, chaque Etat continuant toutefois à délivrer des passeports nationaux, conformément à sa propre législation et à ses propres usages. Le passeport européen a été mis en place par des résolutions du Conseil de 1981<sup>1722</sup> et 1982<sup>1723</sup>. L'annexe I de la résolution de 1981 précise leurs caractéristiques communes. La couleur de la couverture lilas a été choisie pour ne favoriser aucun Etat membre<sup>1724</sup>. Sur le devant de la couverture, doivent être inscrits les mentions : "passeport", "Communautés Européennes", le nom de l'Etat membre et son symbole. Passeport, Communauté européenne et le nom de l'Etat sont repris dans les différentes langues officielles de la CE à la première page du passeport.

---

<sup>1717</sup> L'opposition à l'union économique et monétaire et à l'euro est majoritaire dans cinq Etats membre : le RU (73% d'opposition), la République tchèque (68%, +13), la Suède (62%), le Danemark (54%) et la Pologne (50%).

<sup>1718</sup> *Eurobaromètre standard* 77. Printemps 2012, p.15.

<sup>1719</sup> [http://www.lemonde.fr/economie/article/2011/10/05/un-allemand-sur-deux-souhaite-un-retour-au-mark\\_1582432\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2011/10/05/un-allemand-sur-deux-souhaite-un-retour-au-mark_1582432_3234.html)

<sup>1720</sup> Les sondés pouvaient donner plusieurs réponses. *Eurobaromètre standard* 75. Printemps 2011. L'opinion publique dans l'union européenne, août 2011, p.33.

<sup>1721</sup> *Eurobaromètre standard* 76. Automne 2011, p.43.

<sup>1722</sup> *JOCE*, n°C 241 du 19.9.1981, pp.1 et *JOCE*, n°C 179 du 16.7.1982, p.1. La résolution de 1981 affirme le but de promotion d'un sentiment d'appartenance commun ainsi que l'objectif de facilitation de la libre circulation des ressortissants des Etats membres.

<sup>1723</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...*(*op. cit.* note 1697), pp.162-163.

<sup>1724</sup> *Ibid.*, p.164

Autre document officiel participant à l'identification européenne, le permis de conduire européen. Une directive de 1980<sup>1725</sup> en instaure une première version. Le modèle commun est posé par l'art.2 en combinaison avec l'annexe I. De couleur rosé, il comporte sur sa couverture le signe distinctif de l'Etat membre de délivrance, dans un ovale, la traduction de la formule "permis de conduire" dans neuf langues de la Communauté et en bas l'indication "modèle Communautés européennes". Un certain nombre de difficultés subsistant dans son utilisation<sup>1726</sup>, la directive de 1991<sup>1727</sup> établit une harmonisation plus poussée des règles de délivrance<sup>1728</sup> et l'art.1§2 pose un principe de reconnaissance mutuelle. Le modèle commun du document est lui aussi précisé. Il prévoit la reproduction symbolique sur la couverture du signe distinctif de l'Etat dans le cercle de douze étoiles tout comme sur le drapeau européen, ce qui "participe au mouvement de consolidation de l'identité européenne"<sup>1729</sup>. Une directive de 2006 remplace ce modèle<sup>1730</sup>, son application est prévue au plus tard en janvier 2013.

Autre signe palpable d'identification facilitant là encore la mobilité, la carte européenne d'assurance maladie. Les conclusions du Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002 prévoyaient son établissement à la place des différents formulaires qui étaient jusqu'alors exigés pour pouvoir bénéficier des soins dans un autre Etat membre lors d'un séjour temporaire<sup>1731</sup>. Elle a été mise en place en 2003<sup>1732</sup>. A la différence des autres documents évoqués, s'ajoute en outre une dimension sociale de solidarité.

Enfin, comme le souligne Olivier Beaud, le nom de la Fédération participe aussi de la symbolique identitaire, et les pactes fédératifs contiennent souvent une disposition sur cette dénomination<sup>1733</sup>. L'art.1 des Articles de la Confédération indique que "*les [...] Etats se confédèrent sous le titre des Etats-Unis d'Amérique*". De même, l'art.1 de l'Acte de 1815 précise que les souverains des Etats "*s'unissent dans une union perpétuelle qui s'appelle Confédération germanique*". Ainsi, "*l'acte de dénomination*" peut être vu comme "*un acte décisif dans le processus d'institutionnalisation, c'est-à-dire de différenciation entre la fédération et les Etats membres*"<sup>1734</sup>. Comme le résume Olivier Beaud, "*le juriste entend [ainsi] sciemment déformer la réalité*" de la dualité fédérative en construisant une unité au niveau international à l'instar de l'Acte finale de Vienne qui dispose en son art.2 que la Confédération germanique "*existe, à l'intérieur, comme une communauté d'Etats autonomes, indépendants entre eux, avec toutefois*

<sup>1725</sup> Directive n°80/1263, JOCE, n°L 375 du 31.12.1980.

<sup>1726</sup> Un système d'échange de permis dans l'Etat de résidence était posé par la directive de 1981, mais le délai pour procéder à l'échange, douze mois, était assez court, la procédure était lourde, et l'Etat d'accueil pouvait refuser l'échange (HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...*(*op. cit.* note 1697), p.169)

<sup>1727</sup> Directive n°91/439, JOCE, n°L 237 du 24.8.1991.

<sup>1728</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...*(*op. cit.* note 1697), p.167.

<sup>1729</sup> *Ibid.*, p.171.

<sup>1730</sup> Directive n°2006/126 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 relative au permis de conduire, JOUE, n°L 403 du 30 décembre 2006, p.18. L'art.1 modèle de permis renvoie à l'annexe I.

<sup>1731</sup> Conclusions du Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002 p.13 :

[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/fr/ec/71026.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/71026.pdf).

<sup>1732</sup> Instituée par le règlement n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, la commission administrative sur la sécurité sociale des travailleurs migrants (CASSTM) a adopté trois décisions : Décision n°189 du 18 juin 2003 visant à remplacer par la carte européenne d'assurance maladie les formulaires nécessaires à l'application des règlements du Conseil n°1408/71 et n°574/72 en ce qui concerne l'accès aux soins pendant un séjour temporaire dans un Etat membre autre que l'Etat compétent ou de résidence. Décision n°190 du 18 juin 2003 concernant les caractéristiques techniques de la carte européenne d'assurance maladie. Décision n°191 du 18 juin 2003 relative au remplacement des formulaires E 111 et E 111 B par la carte européenne d'assurance maladie Ces trois décisions ont été publiées au JOCE n°L 276 du 27.10.2003.

<sup>1733</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op. cit.* note 1012), p.163.

<sup>1734</sup> *Ibid.*, p.165.



*des droits et obligations contractuels réciproques et identiques, et à l'extérieur, comme la puissance collective fédérée dans une unité politique*<sup>1735</sup>. Olivier Beaud ajoute que par contre "lorsqu'un pacte fédéral est renouvelé, le besoin de dénommer l'entité fédérale s'avère moins pressant", à l'instar de la constitution de 1787 qui se nomme "*Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique*" dans le préambule sans préciser que cette expression désigne l'entité fédérale<sup>1736</sup>.

Dans le cadre européen, la Fédération a eu plusieurs noms d'abord Communauté économique européenne, puis deux noms Communauté européenne et Union européenne avec le Traité de Maastricht, Union symbolisant une intégration plus poussée que Communauté, et enfin depuis le Traité de Lisbonne un seul nom, Union européenne.

**391.** Au-delà, le sentiment d'appartenance fédéral peut être développé grâce à l'éducation, des programmes d'échanges et des manifestations culturelles ou sportives.

## **2) Contribution de l'éducation, des échanges et de manifestations communes**

**392.** Dans le cas allemand, si un lien culturel existait déjà, les domaines des cultes, de l'instruction élémentaire et supérieure qui relevaient de la compétence des Etats et qui étaient caractérisés par un fort particularisme ont été saisis par un puissant mouvement d'unification à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1737</sup>. Les problèmes fondamentaux des relations avec les Eglises, du traitement des sciences, de l'éducation ont été ressentis comme des questions relevant de l'ensemble de la nation. De même si les universités demeuraient compétence des Etats, professeurs et étudiants se sont sentis unis grâce à un rapprochement intellectuel qui dépassait les frontières étatiques, rapprochement favorisé par une mobilité des professeurs qui étaient nommés sans rapport avec leur appartenance étatique.

Si la première partie n'est pas transposable au niveau européen, le développement d'un sentiment fédéral par la mobilité l'est. Comme le résume la Commission européenne dans un livre vert de 1996, "*la mobilité permet le développement d'une conscience européenne au travers d'une meilleure connaissance de l'autre par la découverte de nouvelles réalités culturelles et sociales*"<sup>1738</sup>. Elle poursuit que les étudiants en particulier peuvent être bien plus que "*de simples bénéficiaires d'une liberté*", ils "*sont susceptibles de devenir les moteurs de l'émergence d'une citoyenneté européenne active*"<sup>1739</sup>. A cet égard, la première pierre symbolique dans le développement du sentiment d'appartenance européen est la réalisation d'une idée lancée dès le Congrès de La Haye en 1948 de créer un institut européen permettant à des étudiants des Etats européens de pouvoir venir approfondir des recherches dans différents domaines d'étude ; l'Institut européen de Florence est fondé en 1972 par une convention entre les six Etats membres de la CEE<sup>1740</sup>. Mais il faut ensuite attendre 1987 avec le lancement d'un programme d'échange, Erasmus, pour qu'un vaste programme soit mis en place permettant aux étudiants d'un Etat membre d'étudier dans un autre Etat membre. Le nombre d'étudiants participant au programme Erasmus est passé de 3200 pour l'année universitaire 1987/88, lors de son introduction, à 213 000 pour l'année 2009/10<sup>1741</sup>. Il existe en outre depuis 1995 le programme Leonardo da Vinci qui vise les formations professionnelles (lycéen, apprenti,

<sup>1735</sup> *Ibid.*, p.168.

<sup>1736</sup> *Ibid.*, p.164.

<sup>1737</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op. cit.* note 1470), *Bd. III*, p.779.

<sup>1738</sup> Livre vert "Education, Formation, Recherche : les obstacles à la mobilité transnationale", 2 octobre 1996, COM (96) 462 final (cité par MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.149).

<sup>1739</sup> FERRARI-BREEUR (C.), L'éducation et la formation professionnelle comme instruments de la citoyenneté européenne, PHILIP (C.), SOLDATOS (P.), (dir.), *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal, 2000, p.181 et p.190.

<sup>1740</sup> Texte de la convention consolidé :

<http://www.eui.eu/Documents/AboutEUI/Convention/ConsolidatedConventionRevising.pdf>

<sup>1741</sup> <http://ec.europa.eu/education/erasmus/doc/stat/table1.pdf>.



salarié, demandeur d'emploi). Il propose des stages en entreprise et donne également l'opportunité aux enseignants, formateurs d'échanger sur les pratiques professionnelles. Ainsi par exemple de 2000 à 2007 plus de 450 000 personnes en ont bénéficié<sup>1742</sup>. Enfin, nous citerons le programme Comenius qui propose depuis 2002 des échanges entre écoles, de la maternelle au lycée. Il met chaque année en relation 11.000 établissements, 100.000 enseignants et 750.000 élèves<sup>1743</sup>. Il permet notamment aux enseignants "*d'approfondir leur compréhension de l'enseignement et de l'apprentissage à l'échelle de l'Union européenne, d'améliorer leur connaissance des langues étrangères, des autres pays européens*"<sup>1744</sup>.

Il est possible de rapprocher ces programmes des réflexions menées en Suisse sur le voyage dans la mère patrie comme moyen de développer un sentiment d'appartenance fédéral. Le pasteur Philippe-Sirice Bridel avait ainsi imaginé des voyages patriotiques au sein de la Suisse de groupes de cinq ou six jeunes d'environ 16 ans à chaque fois, sous la houlette d'un adulte<sup>1745</sup>. La Suisse n'ayant pas la même taille que l'UE, il est déjà bien de permettre à des jeunes gens de découvrir au moins un autre Etat membre afin de vivre la diversité européenne.

Il serait par ailleurs possible de penser un enseignement de l'Union européenne comparable à l'enseignement du national au sein des Etats. La Commission souligne notamment dans une communication de 2006 l'importance du rôle joué par l'éducation civique dans l'exercice effectif par les citoyens de leurs droits civiques et politiques, ainsi que dans une participation active de leur part à la sphère publique. Elle évoque la possibilité de demander aux Etats de déterminer "*la meilleure manière de réunir les professeurs européens enseignant cette matière [...] afin d'échanger des idées sur des méthodes novatrices d'éducation civique et d'acquérir de nouvelles compétences*"<sup>1746</sup>. Les enseignants pourraient, à l'instar des "hussards noirs de la République" sous la III<sup>e</sup> République en France, ou des professeurs de l'enseignement supérieur dans l'Empire allemand devenir des relais permettant le développement d'un tel sentiment d'appartenance.

Ainsi, en Suisse, renforcer le sentiment fédéral était un but déclaré des pères fondateurs, en particulier des radicaux qui dans le but de protéger la jeunesse des idées non conformes à la République et à la démocratie, ont soutenu le développement d'un système scolaire<sup>1747</sup>. Les manuels scolaires ont mis en exergue la signature du pacte entre les cantons d'Uri, de Schwyz et d'Unterwald le 1<sup>er</sup> Août 1291 comme la date de naissance de la Confédération helvétique, et d'une façon générale une forme d'histoire "mythique" de la Suisse a été enseignée<sup>1748</sup>. De même l'instruction de l'histoire américaine, des valeurs américaines ont joué un rôle important dans le cas des EU<sup>1749</sup>. Une histoire commune est souvent construite, un souvenir collectif est procuré dans les écoles mais aussi par des ouvrages culturels (romans, pièces de théâtre, peintures,...), des musées d'histoire, des monuments du souvenir. Tout ceci manque à l'Union européenne.

**393.** Au-delà, des manifestations communes peuvent soutenir le développement d'un tel sentiment. En Suisse, devant le constat de l'absence de possibilité d'appel à la patrie, de dirigeant charismatique,..., on a eu recours au concept d' "Erlebnis". Manfred Hettling souligne que ce concept renvoie à quelque chose de vécu personnellement, qui dépasse une simple

<sup>1742</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Leonardo da Vinci. La mobilité crée des opportunités, OPCE, 2008, p.4.

<sup>1743</sup> <http://www.europe-education-formation.fr/comenius.php>

<sup>1744</sup> GESELLSCHAFT FÜR EMPIRISCHE STUDIEN, Etude des impacts de l'action assistanats, Kassel, 2010 : [http://ec.europa.eu/education/more-information/doc/2010/comeniussum\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/education/more-information/doc/2010/comeniussum_fr.pdf).

<sup>1745</sup> Cité par : *Ibid.*, p.23.

<sup>1746</sup> COM(2006) 35 final, *Ibid.*, pp.7-8.

<sup>1747</sup> ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), Introduction, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz...*(*op. cit.* note 1697), p.13.

<sup>1748</sup> Souligné par : ROUGEMONT (D. de), *La Confédération...*(*op. cit.* note 1471), p.21.

<sup>1749</sup> KRAMER (L.), Understanding federalism, *Vanderbilt Law Review*, 1994, n°47, pp.1557 et s.



connaissance rationnelle et dont on a conservé la mémoire<sup>1750</sup>. Il donne l'exemple des concours de tir "Schützenfest" marqués par des discours, le souvenir du bruit des canons, de l'alcool bu,... Traditionnellement organisées au niveau communal ou cantonal, il a été décidé d'en organiser également au plan fédéral afin de soutenir le sentiment d'appartenance suisse. C'est l'occasion d'une grande fête à laquelle participent des associations de tir des différents cantons et qui utilise largement les symboles de la Confédération<sup>1751</sup>.

Au niveau européen, plusieurs exemples d'actions vont dans ce sens. Plusieurs manifestations sportives européennes ont ainsi visé une contribution au développement d'une identité européenne, même si elles regroupaient parfois des Etats qui n'étaient pas membres de l'Union européenne. La course de l'Europe à la voile, tout d'abord dont l'un des partenaires était la Commission européenne, et qui s'est déroulée de 1985 à 1999, et dont l'idée a été reprise par l'Istanbul Europa Race lancée en 2009<sup>1752</sup>. Le tour cycliste de la Communauté ensuite qui a été organisé de 1986 à 1990<sup>1753</sup>. Dernier exemple, les Journées olympiques de la Jeunesse européenne dont les premières en juillet 1991 furent largement patronnées et financées par la CEE<sup>1754</sup>.

Par ailleurs, au plan culturel, les capitales européennes de la culture participent à la résonance de l'UE, certes de manière plus ponctuelle puisqu'elles ont un impact essentiellement au niveau de la ville concernée, ou de la région autour de cette ville. Le développement d'expositions européennes serait aussi susceptible de contribuer à la connaissance des autres peuples des Etats membres et donc au développement du sentiment commun d'appartenance. L'UE pourrait suivre l'exemple suisse où des expositions sur l'industrie, l'agriculture, qui avaient un but non seulement économique mais encore une signification "nationale" ont ainsi été organisées (Zürich 1883, Genève 1896, Berne 1914)<sup>1755</sup>.

Enfin, les jumelages représentent, au-delà des échanges entre écoliers déjà évoqués, un autre moyen de promouvoir l'identité européenne. Ils bénéficient d'une ligne de crédits dans le budget européen depuis qu'à l'initiative d'une résolution du Parlement Européen de 1988<sup>1756</sup> le principe de son inscription audit budget a été adopté en 1989 et confirmé depuis<sup>1757</sup>. Plus de 6 000 communes européennes sont ainsi jumelées et permettent des relations entre plusieurs dizaines de millions de citoyens européens.

**394.** Enfin, les discours et les interprétations proposées par les institutions fédérales concernant la Fédération peuvent favoriser le renforcement d'une identité commune.

### ***3) Le rôle des discours et interprétation proposées par les institutions fédérales***

---

<sup>1750</sup> HETTLING (M.), Die Schweiz als Erlebnis, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz* (op. cit. note 1487), pp.20-21.

<sup>1751</sup> *Ibid.*, p.22 et pp.25-26.

<sup>1752</sup> Pour une présentation des 4 premières courses de l'Europe à la voile voir : HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...*(op. cit. note 1697), pp.173-175. Concernant la nouvelle course et son lien avec l'ancienne :

<http://www.europarace.com/fr/>,

[http://www.sports.fr/cmcc/voile/200928/le-tour-de-l-europe-renait\\_235062.html](http://www.sports.fr/cmcc/voile/200928/le-tour-de-l-europe-renait_235062.html).

<sup>1753</sup> Voir : *Ibid.*, pp.175-177.

<sup>1754</sup> [http://franceolympique.com/art/275-quest-](http://franceolympique.com/art/275-quest-ce-que-le-festival-olympique-de-la-jeunesse-europeenne-.html)

[ce-que-le-festival-olympique-de-la-jeunesse-europeenne-.html](http://franceolympique.com/art/275-quest-ce-que-le-festival-olympique-de-la-jeunesse-europeenne-.html).

(devenu Festival olympique de la jeunesse européenne depuis 2003). Voir aussi : *Ibid.*, p.177.

<sup>1755</sup> HETTLING (M.), Die Schweiz...(op. cit. note 1750), p.27.

<sup>1756</sup> Résolution sur les jumelages entre collectivités territoriales dans la Communauté européenne, *JOCE*, n°C 122 du 9 mai 1988, p.376.

<sup>1757</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...*(op. cit. note 1697), p.180. Voir aussi :

[http://eacea.ec.europa.eu/citizenship/programme/action1\\_measure1\\_fr.php](http://eacea.ec.europa.eu/citizenship/programme/action1_measure1_fr.php).



**395.** Les dirigeants fédéraux ont tout d'abord un rôle d'information, de communication sur le système fédéral, et en particulier sur les droits conférés par le statut de citoyen fédéral (a). Mais au-delà de cette présentation plus ou moins neutre, ils peuvent contribuer à former une histoire commune, qui, si elle peut déformer en partie la réalité, soutient le développement de l'identité commune (b). Enfin, les interprétations données par les juridictions fédérales permettent également de soutenir une telle construction identitaire (c).

#### **a) La nécessité d'information, de communication**

**396.** Philippe Aldrin note que les études d'opinions peuvent donner des résultats biaisés si les personnes ayant répondu connaissent mal l'Union européenne et poursuit que seules quelques enquêtes associent les deux axes que sont la connaissance de l'UE et l'attachement à l'UE<sup>1758</sup>. L'étude Eurobaromètre 3 du printemps 1975, qui avait procédé à une telle association, avait souligné que "sur 10 personnes qui s'intéressent « beaucoup » aux problèmes de la Communauté, 8 ont une attitude positive vis-à-vis de l'information européenne (77 %)", et *qua contrario* "sur 10 personnes qui ne s'y intéressent « pas du tout », 8 ont une attitude négative ou indifférente vis-à-vis de l'information européenne (78 %)"<sup>1759</sup>. Et l'étude concluait que "vraisemblablement l'intérêt précède l'information, mais l'information, à son tour, renforce l'intérêt et la demande d'information". Il pouvait en être déduit que le problème du faible sentiment d'appartenance européen venait de l'information, thèse qui a été défendue dès les années 1970, et que "l'information [était] en mesure de transformer le « consensus » en « conscience européenne »"<sup>1760</sup>. C'est cette conclusion qui a poussé le Parlement européen, dans un rapport de 1972, à soutenir l'idée que la Commission devait mener cette communication afin de l'améliorer<sup>1761</sup>, et qu'en son sein un commissaire devait en être responsable. Ce rapport a eu pour effet d'augmenter les moyens de la Direction générale de la communication de la Commission<sup>1762</sup>.

Ce constat de nécessité d'information se retrouve concernant les droits conférés aux citoyens européens. La Commission souligne en ce sens dans un rapport de 2008 que "si l'on veut que les citoyens développent un sentiment de citoyenneté européenne et apportent tout leur soutien à l'intégration européenne, il importe de leur faire prendre pleinement conscience de leur citoyenneté européenne, de ses avantages et des droits et obligations qui en résultent"<sup>1763</sup>. Dans l'étude eurobaromètre 75 du printemps de 2011, 49% des Européens déclarent ne pas comprendre le fonctionnement de l'Union contre 45% qui affirment plutôt le comprendre. La compréhension domine dans 15 Etats membres, partagée dans un cas et minoritaire dans les autres 11 Etats dont la France<sup>1764</sup>. L'étude souligne que la tendance est à une amélioration de cette connaissance. Le Royaume-Uni est le seul Etat où moins d'un sondé sur deux montre par ses réponses qu'il a une bonne connaissance de l'UE. Par ailleurs, une majorité d'européens indique ne pas connaître les droits que leur confère leur statut de citoyen européen 52%, contre 47% se disant suffisamment informés<sup>1765</sup>. Le sentiment de manquer d'informations est majoritaire dans 13 Etats membres, parmi lesquels la France (64%). Un autre aspect montre l'importance de renforcer l'information sur ces droits : 56% seulement des européens connaissent le mode d'élection des membres du Parlement européen, 27% se trompent et 17%

<sup>1758</sup> ALDRIN (P.), L'Union...(*op.cit.* note 1377), p.16.

<sup>1759</sup> Eurobaromètre 3 de 1975, p. 7 cité par : *Ibid.*, p.20

<sup>1760</sup> INGLEHART (R.), RABIER (J.-R.), La confiance entre les peuples. Déterminants et conséquences, *Revue française de science politique*, 1984, vol.34 n°1 (cité par ALDRIN (P.), *Ibid.*, p.17).

<sup>1761</sup> Rapport SCHUIJT...(*op. cit.* note 1377), p.1.

<sup>1762</sup> ALDRIN (P.), L'Union...(*op.cit.* note 1377), p.21.

<sup>1763</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Cinquième rapport sur la citoyenneté de l'Union (1er mai 2004-30 juin 2007), COM (2008) 85 final, SEC(2008)197, p.5.

<sup>1764</sup> *Ibid.*, p.51.

<sup>1765</sup> *Ibid.*, p.56.



disent ne pas savoir. Devant l'importance du nombre de personnes interrogées dans le cadre des sondages Eurobaromètre effectués ces dernières années déclarant qu'elles "*savaient peu de choses sur l'UE et qu'elles avaient le sentiment d'avoir peu d'influence sur ses processus décisionnels*", la Commission européenne a proposé une "*approche fondamentalement nouvelle*", partant "*d'une communication axée sur les institutions vers une communication axée sur les citoyens, d'une conception venant de Bruxelles vers une démarche plus décentralisée*"<sup>1766</sup>.

Enfin, il est à noter que les institutions européennes pensent que les médias ont un rôle d'éducation sur l'Union européenne, mais les médias ne suivent pas ce raisonnement, et recherchent à parler de ce qui permet de gagner des téléspectateurs, des auditeurs,... La communication pour le grand public passe par la télévision et par Internet. Certaines émissions de télévision ont pu contribuer à sensibiliser aux autres cultures européennes des publics autrement inaccessibles grâce à une approche ludique : "union libre" sur France 2 de 1998 à 2002 avec des chroniqueurs de différents Etats membres de l'UE ; jeux sans frontières (de 1965 à 1999). Des films ou séries peuvent aussi y contribuer. Nous pouvons à cet égard citer l'exemple du film "L'auberge espagnole" de 2002 mettant en scène le programme Erasmus, mais également le récent téléfilm en plusieurs parties "The Spiral" dont une des héroïnes est membre d'Europol et qui se déroule dans plusieurs Etats membres de l'UE<sup>1767</sup>. C'est aussi un exemple de communication via Internet puisque les internautes étaient invités à jouer sur un site afin de résoudre l'affaire dans une forme de mise en abyme puisque dans l'intrigue du téléfilm c'est un tel site qui devait permettre de retrouver les œuvres d'art cachées dans toutes l'Europe. Enfin, la campagne de juin 2011 pour encourager les citoyens européens à avoir sur eux la carte d'assurance maladie européenne a été beaucoup partagée via les réseaux sociaux<sup>1768</sup>.

**397.** Les institutions européennes pourraient aussi jouer un rôle plus important dans la construction d'une identité européenne en tentant de forger une histoire commune, à l'instar de ce que l'on peut constater dans les modèles fédéraux étudiés.

## **b) La construction d'une histoire mythique**

**398.** L'importance du mythe de la fondation politique comme moyen de son autojustification, et dans ce cadre le rôle joué par les dirigeants, est à souligner<sup>1769</sup>. L'identité n'étant toutefois pas immuable, le produit construit peut s'épanouir en dehors du contrôle de ses constructeurs<sup>1770</sup>. L'identité signifie en effet pour chaque génération quelque chose d'autre, elle ne décrit pas l'essence immuable d'une société, mais l'image subjective que cette dernière a d'elle-même<sup>1771</sup>. Il y a également un élément objectif car la simple représentation des membres ne suffit pas à la construction de l'identité d'une société, les besoins communs, les échanges économiques, la provenance, la culture, la langue en sont la matière première. Mais l'élite politico-culturelle joue ensuite un rôle essentiel qui livre une ébauche intellectuelle de l'identité<sup>1772</sup>. Parler de rôle d'une élite politique dans la construction identitaire ne renvoie pas à une action arbitraire<sup>1773</sup>, un tel

<sup>1766</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Livre blanc sur une politique de communication européenne, COM(2006) 35 final, 1<sup>er</sup> décembre 2006, p.4.

<sup>1767</sup> [www.thespiral.eu](http://www.thespiral.eu). Des tableaux sont volés dans des musées de cinq Etats membres de l'UE et un Etat tiers, la Norvège, et un agent d'Europol est chargé de l'enquête.

<sup>1768</sup> <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=559&langId=fr&videosId=2526&vl=fr&furtherVideos=yes>.

<sup>1769</sup> En ce sens : BRANDON (M.), Secession, constitutionalism, and American experience, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, p.291 ; KOPP (A.), *Europäische... (op. cit. note 1468)*, pp.22-24.

<sup>1770</sup> *Ibid.*, pp.22-24.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, pp.30-31.

<sup>1772</sup> *Ibid.*, p.33.

<sup>1773</sup> En ce sens : HABERMAS (J.), Le 15 février... (*op.cit. note 1647*), p.160.



rôle a toujours été nécessaire au développement d'un sentiment d'appartenance commun. L'arbitraire ne naît que quand une identité artificielle est imposée plus ou moins par la force, à l'instar de ce qui a été le cas en RDA.

**399.** En Suisse, les dirigeants de la République helvétique se sont ainsi référés à l' "homo alpinus", au peuple paysan de la fin du Moyen Age qui est le point de départ de l'Helvétie, comme moyen d'intégration psychosocial. Ils ont idéalisé la vieille confédération et diabolisé la période aristocratique des 17<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles<sup>1774</sup>, les images de la Suisse comme Etat paysan et peuple de bergers ont été véhiculées pour justifier la légitimité du système démocratique partant des communes<sup>1775</sup>. Si cette image de l'helvète n'a pas pris au sein des populations des cantons à l'époque, elle a été néanmoins une pierre dans le développement d'un sentiment d'appartenance suisse<sup>1776</sup>.

La figure nationale de Guillaume Tell a été aussi utilisée sous la République helvétique, l'image de libérateur qu'il véhicule ayant pour but de favoriser le sentiment suisse autour du rejet de l'Ancien Régime. Elle s'est toutefois révélée à double tranchant pour l'occupant français qui a cherché à la promouvoir à son profit car si elle renvoyait aux valeurs apportées par les français, elle poussait également à une lutte contre leur occupation<sup>1777</sup>.

Les dispositions constitutionnelles ont par ailleurs été stylisées comme manifestation du droit naturel divin en ersatz de principes de la foi. Par exemple ont été évoqués à Bâle un "Notre Père d'un suisse authentique et libre", une croyance en une seule constitution, une liberté crucifiée, et une résurrection des morts après 300 ans. Christoph Guggenbühl rappelle à cet égard que Rousseau avait déjà conçu une religion civile basée sur la popularisation des principes constitutionnels présentés comme pré-étatiques, sur la continuité historique<sup>1778</sup>.

La découverte au XIX<sup>e</sup> siècle des "Lacustres" a permis de compléter les Helvètes comme ancêtres des suisses et de servir de fondement à une histoire suisse commune. En 1854 le premier village lacustre est mis à jour, il est présenté comme la "marque d'un peuple particulier, doté d'une civilisation propre"<sup>1779</sup>. Les Lacustres présentent les signes propres à être utilisés comme une référence appropriée pour la création d'un sentiment d'appartenance suisse conforme au fondement constitutionnel mis en place. Ils vivent simplement, sont solidaires, l'absence de différenciation entre leurs maisons permet de soutenir le rapprochement avec les principes de démocratie et d'égalité, et la neutralité suisse peut aussi trouver un fondement car ils apparaissent comme isolés du reste du monde<sup>1780</sup>.

Enfin, il est à noter que l'idée d'une décoration des hémicycles des deux chambres de l'Assemblée fédérale renvoie moins à un souci de promouvoir l'art qu'à une volonté de communication, dans le but de présenter l'unité suisse<sup>1781</sup>. La référence à la fondation de 1848 ayant été écartée pour ne pas mettre mal à l'aise les anciens membres du Sonderbund, l'accent a été finalement mis sur l'attrait des paysages suisses.

---

<sup>1774</sup> GUGGENBÜHL (C.), BIEDERMÄNNER...(op. cit. note 1487), pp.39-40.

<sup>1775</sup> Ibid., pp.34-35.

<sup>1776</sup> Ibid., p.46. Voir aussi sur la participation à un tel développement le cas du journal "le républicain suisse" : MEYERHOFER (U.), Wir sind die Nation. Der radikale Konzept des "Schweizerischen Republikaners", 1830-1846, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz...*(op. cit. note 1487), pp.49-59.

<sup>1777</sup> GUGGENBÜHL (C.), BIEDERMÄNNER...(op. cit. note 1487), p.41.

<sup>1778</sup> Ibid., pp.41-43.

<sup>1779</sup> KAESER (M.-A.), Helvètes ou lacustres ? La jeune Confédération suisse à la recherche d'ancêtres opérationnels, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz...*(op. cit. note 1487), p.81.

<sup>1780</sup> Ibid.

<sup>1781</sup> HAUSER (B.), Zur Integrationspolitik...(op. cit. note 1562), pp.248-249.



**400.** Dans le contexte de l'Union européenne, le discours du 9 mai fait partie des mythes fondateurs qui peuvent servir à renforcer l'identité européenne. Au-delà, le rôle joué par une doctrine de droit constitutionnel européen dans la création d'un demos européen et d'une culture juridique spécifique est défendue par certains auteurs qui mettent en avant la contribution de la doctrine à la construction identitaire<sup>1782</sup>. Par ailleurs se pose la question de la contribution des discours produits par les institutions européennes à la construction d'une telle identité<sup>1783</sup>, à l'instar de ce qui a été le cas aux Etats-Unis avec la Cour suprême.

### c) L'interprétation des institutions fédérales : contribution à l'institutionnalisation de la Fédération

**401.** Aux Etats-Unis, la Cour suprême a affirmé dans l'arrêt *Chisholm v. Georgia* de 1793<sup>1784</sup> qu'un lien unissait fortement les colonies, si bien que "*la Révolution, ou plutôt la Déclaration d'indépendance, [aurait] trouv[é] le peuple déjà uni pour des buts généraux*"<sup>1785</sup>. Elle concédait certes que "*treize souverainetés [avaient] été considérées comme émergeant des principes de la Révolution*", mais poursuivait que "*néanmoins, le peuple continu[ait] à se considérer, d'un point de vue national comme un seul peuple*" et que "*de la couronne de Grande Bretagne, la souveraineté [était] pass[ée] au peuple des colonies*"<sup>1786</sup>. Visant le préambule de la Constitution "*We the people*" elle affirmait que le "*peuple agi[ssait] comme souverain du pays tout entier*"<sup>1787</sup>.

Mais c'est l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803 qui a constitué, comme le souligne Elisabeth Zoller, le déclenchement du processus de "*légalisation du pacte fédéral*"<sup>1788</sup>. Le même auteur note qu'en "*retirant aux Etats parties à l'acte le droit d'interprétation authentique, Marbury v. Madison [a] marqu[é] le moment où le pacte fédéral a juridiquement basculé du régime du traité dans celui de la constitution*"<sup>1789</sup>.

Cette conception de la Constitution a été réaffirmée par la jurisprudence ultérieure. Le Juge Story la reprend ainsi dans sa présentation de la position officielle de la Cour dans *Martin v. Hunter's Lessee* en 1816<sup>1790</sup>. Il énonce que "*la Constitution des Etats-Unis a été ordonnée et établie, non par les Etats en qualité de personnes souveraines, mais manifestement, comme le préambule de la Constitution l'indique, par le « Peuple des Etats-Unis »*"<sup>1791</sup>. L'arrêt *Mac Culloch v. Maryland* de 1819 peut être ensuite cité. En l'espèce, l'avocat du Maryland avançait que la Convention de Philadelphie avait rédigé un traité, soulignant que la ratification avait eu lieu dans les conventions réunies au sein de chacun des Etats qui restaient souverains<sup>1792</sup>. Le juge Marshall a écarté, au nom de la Cour, cette interprétation et affirmé très explicitement que

<sup>1782</sup> En ce sens : BOGDANDY (A. von), BAST (J.) (ed.) *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2<sup>e</sup> éd., 2009, 856 p. Voir en particulier l'introduction d'Armin von BOGDANDY. (ouvrage cité par PONTTHOREAU (M.-C.), *Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales*, p.13-14 : <http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Prof.%20Marie-Claire%20Ponthoreau.pdf>).

<sup>1783</sup> En ce sens : Antoine FLEURY se demande "*dans quelle mesure un discours produit par l'Union européenne [...] a contribué à créer une identité communautaire*" (Introduction (*op. cit.* note 1483), p.6).

<sup>1784</sup> *Chisholm v. Georgia*, 2 US (2 Dall.) 419 (1793).

<sup>1785</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts...* (*op. cit.* note 1407), p.58.

<sup>1786</sup> *Ibid.*, pp.58-59.

<sup>1787</sup> *Ibid.*, p.59.

<sup>1788</sup> ZOLLER (E.), *Aspects...* (*op. cit.* note 1416), p.96.

<sup>1789</sup> *Ibid.*, p.100. Nous précisons que notre but n'est pas ici de nous pencher sur le débat américain sur la nature juridique de l'Union américaine et de la Constitution de 1787, mais simplement de souligner la contribution de la Cour suprême à un mythe fondateur ayant favorisé un sentiment d'appartenance commun. Voir sur ce débat *infra* chap.II

<sup>1790</sup> 14 US (1 Wheat.) 304, p.324 (1816).

<sup>1791</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts...* (*op. cit.* note 1407), p.106.

<sup>1792</sup> *Ibid.*, p.132.



la Constitution de 1787 était l'acte d'un seul Peuple quand bien même le vote avait eu lieu dans des conventions étatiques, estimant qu'il ne s'agissait que d'une modalité pratique d'organisation<sup>1793</sup>. Le juge Marshall, passé à la postérité comme le "*grand architecte de l'unité nationale américaine*"<sup>1794</sup>, a lu dans cet arrêt la Constitution comme une loi dont l'auteur était le peuple américain<sup>1795</sup>. Il écrit que "*le gouvernement de l'Union est [...] incontestablement et véritablement un gouvernement du peuple*", qu'il "*émane de lui dans la forme et au fond*", que "*ses pouvoirs sont concédés par lui*"<sup>1796</sup>. Enfin, nous citerons la décision *Cohens v. Virginia* de 1821, dans laquelle le juge Marshall parle de la "*Cour de la Nation*" pour désigner la Cour suprême et estime qu'elle doit avoir compétence de dernier ressort pour définir les intérêts vitaux de la Nation<sup>1797</sup>.

La Cour suprême a été qualifiée sur la base de cette jurisprudence de "*maître d'école républicain*"<sup>1798</sup>. Par ailleurs, Erin Delaney a souligné que "*les juges pouvaient entrer en contact étroit avec des individus variés dans chaque Etat, par le biais des cours itinérantes, les inculpations du Grand Jury et le large écho que leur donnait la presse locale*"<sup>1799</sup>, "*ce qui leur permit de faire progresser la compréhension du gouvernement national, ainsi que les droits et devoirs de la citoyenneté nationale*"<sup>1800</sup>.

**402.** Au niveau de l'Union européenne, on retrouve une utilisation par la Cour de justice, la doctrine, et le personnel politique<sup>1801</sup> des expressions de charte constitutionnelle<sup>1802</sup>, constitution,... ou convention, par référence à la Convention de Philadelphie, dans un but symbolique de renforcement du sentiment d'appartenance européen. Mais une telle utilisation peut être à double tranchant, comme l'a prouvé l'échec de la ratification du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>1803</sup>. Un long chemin reste en la matière à parcourir

---

<sup>1793</sup> *Ibid.*

<sup>1794</sup> ZOLLER (E.), *Aspects...*(*op. cit.* note 1416), p.101.

<sup>1795</sup> *Ibid.*, p.96.

<sup>1796</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts...*(*op. cit.* note 1416), pp.133-134 (14 US (4 Wheat), 316, pp.404-405).

<sup>1797</sup> *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821) (p.423) (ZOLLER (E.), *Ibid.*, p.174).

<sup>1798</sup> LERNER (R.), *The Supreme Court as Republican Schoolmaster*, *The Supreme Court Review*, 1967, pp. 127-180.

<sup>1799</sup> "*Quand la Cour en tournée dans le District du Connecticut ouvrit à New Haven en avril 1790, le Farmer's Weekly Museum rapporta, « Monsieur le Président de la Cour a prononcé une inculpation éloquent et pertinente... le bon sens et la franchise des juges a laissé sur l'esprit des gens une impression favorable à cette nouvelle institution »*" (cité par : DELANEY (E.), *Promouvoir la fédération : La Cour suprême des Etats-Unis au cours des années 1780*, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2008, p.3 : <http://nuevomundo.revues.org/33903>).

<sup>1800</sup> Un gouverneur écrivait en 1790 dans une lettre adressée au Président de la Cour suprême de l'époque : "*Votre tournée à travers les différents districts... [...] La présence de votre Cour, en apportant au cœur de tout Homme la certitude de l'autorité déléguée au Gouvernement général [...] contribuera beaucoup à l'établir fermement*". Le Gouverneur Morris à John Jay, 7 septembre 1790 (cité par : DELANEY (E.), *Ibid.*). Aussi en ce sens : MARCUS (M.), WEXLER (N.), *The Judiciary Act of 1789 : Political Compromise of Constitutional Interpretation ?*, in : MARCUS (M.) (éd.), *Origins of the Federal Judiciary, Essays on the Judiciary Act of 1789*, Oxford University Press, 1992, pp.21-22. Erin Delaney note toutefois le rôle négatif qu'ont eu les "*inculpations ouvertement partisans*", sur la base de la loi contre la sédition, sur l'aura de la Cour suprême dont "*l'aspect unificateur des inculpations des Grands jurys [avait alors] perd[re] de son efficacité*" (*Ibid.*). Voir sur ces lois *infra* chap.II sect.I §1 C 1).

<sup>1801</sup> Joschka Fischer à l'Université Humbolt de Berlin le 12 mai 2000, Discours de Jacques Chirac, prononcé devant le Bundestag le 27 juin 2000 (reproduits en annexe dans : MAGNETTE (P.), *La constitution de l'Europe?*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2000, pp.181 et s.)

<sup>1802</sup> CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts*, aff.294/83, *Rec.*1986, p.1339, pt.23.

<sup>1803</sup> En ce sens : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *La dimension symbolique d'une constitution européenne*, 13/03/2008 :

<http://www.larousse.fr/encyclopedie/article/Laroussefr - Article/11000710>.

par les institutions européennes.

**403.** Les symboles, la communication et la construction d'une histoire commune ne peuvent fonctionner que si des droits concrets sont donnés en parallèle aux citoyens.

### **§3. La contribution des droits d'appartenance fédérale au développement d'un sentiment commun**

**404.** Thomas Marshall propose de distinguer une dimension sociale en plus de la dimension politique de la citoyenneté dans un ouvrage de 1950<sup>1804</sup>. La dimension politique, tout d'abord, est le "*droit de participer à l'exercice du pouvoir politique en tant que membre d'un corps investi de l'autorité politique ou en tant qu'électeur de ces membres*". La dimension sociale, ensuite, recouvre "*l'ensemble des droits allant de celui à un minimum de bien-être économique au droit de partager l'héritage commun et de vivre la vie d'un être civilisé selon les standards prévalant dans la société*". Cette distinction peut être reprise dans l'étude des droits de citoyenneté fédérale.

Dans le cas de l'Union européenne, Pierre Rodière souligne deux caractéristiques paradoxales de la citoyenneté européenne : celui "*d'annoncer beaucoup tout en ne permettant rien d'autre que ce qui existe déjà*", et celui "*de s'adresser aux seuls ressortissants des États membres de l'Union, mais d'intéresser aussi les ressortissants des États tiers*"<sup>1805</sup>. Relativement à ce second point, on relève en effet une extension du bénéfice de plusieurs des droits de citoyenneté de l'UE à des ressortissants d'Etats tiers<sup>1806</sup> qui n'est pas sans poser problème au regard de la contribution de la citoyenneté européenne au développement d'une identité européenne, car comme toute identité, elle suppose une différenciation par rapport à autrui (C). Concernant le premier point de la remarque de Pierre Rodière, Joseph Weiler écrivait en 1996 que le "*point de vue indulgent tendrait [...] à considérer la conception de la citoyenneté élaborée à Maastricht comme le résultat d'une rédaction embrouillée et hâtive*" et qu'un point de vue plus critique conclurait qu'il ne s'agit que d' "*un exercice assez cynique en matière de relations publiques*"<sup>1807</sup>. Le même auteur relève notamment que le droit de pétition existait dans le droit européen, et que la protection diplomatique par d'autres Etats membres de l'UE existait aussi sur la base d'accords de réciprocité. Si ce constat peut rester valable et si les droits politiques conférés par la citoyenneté européenne sont en grande partie une reprise de l'existant (B), son affirmation du caractère de "chimère" de la liberté de circulation et de séjour<sup>1808</sup> a été remise en cause par la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, comme le souligne Loïc Azoulai en matière sociale où les droits conférés par les textes européens sont limités, sa jurisprudence ouvre aux citoyens européens un droit d'accès effectif aux droits sociaux nationaux<sup>1809</sup>, à une adaptation des procédures nationales, d'où le titre d'un de ses articles "*en*

<sup>1804</sup> L'auteur ajoute un troisième niveau de citoyenneté, civil, qui renvoie aux droits et libertés individuelles. MARSHALL (T.), *Citizenship and social class*, London, Pluto perspectives, 1992 (réed. de 1950) (cité et traduit par MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.65). Cet ouvrage est issu d'une conférence ayant eu une résonance très importante au RU (Souligné par : MARZO (C.), *Ibid.*, p.59). Thomas MARSHALL est considéré comme le créateur du concept de citoyenneté sociale.

<sup>1805</sup> RODIERE (P.), Droit social, libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice, *RTDE*, 2006, n°1, p. 164.

<sup>1806</sup> Sur cette question voir : BEDUSCHI (A.), *La garantie par l'Union européenne des droits sociaux fondamentaux des ressortissants de pays tiers*, thèse, Université de Montpellier I 2010.

<sup>1807</sup> WEILER (J.), Les droits...(*op.cit.* note 1200), p.36

<sup>1808</sup> *Ibid.*, pp.38-39

<sup>1809</sup> AZOULAI (L.), La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *Revue française de droit administratif*, septembre/octobre 2003, p.873 : "*L'Union cherche à réaliser l'équilibre social non pas en distribuant à tous ses citoyens des ressources matérielles mais en leur attribuant des droits d'accès*" aux droits sociaux ouverts au sein des Etats membres.

*attendant la justice sociale, vive la justice procédurale!*"<sup>1810</sup> (A), même s'il faut souligner qu'avec la crise les protections sociales sont en recul dans les Etats, ce qui a un impact par ricochet sur les droits des citoyens européens et plus globalement sur la spécificité du modèle social européen.

## **A. Les droits sociaux conférés au citoyen fédéral**

**405.** La citoyenneté sociale renvoie selon Thomas Marshall tout d'abord aux droits à prestation visant à résoudre l'opposition entre égalité formelle entre citoyens et inégalité sociale de fait<sup>1811</sup>, puis aux droits permettant la participation à la communauté politique, à l'instar de l'accès à l'éducation et enfin aux droits de négociation en tant que travailleur<sup>1812</sup>. Frédéric Sudre rejoint cette définition quand il affirme que les droits économiques, sociaux et culturels peuvent être regroupés en trois catégories, droit du travail (accès, conditions de travail, droits syndicaux), droit à la protection sociale et droits culturels (accès à l'éducation, ...) <sup>1813</sup>.

Il est toutefois à noter que dans un contexte fédéral, la citoyenneté sociale consiste moins dans des droits sociaux directement conférés par le droit fédéral, que dans les droits d'accès à des droits sociaux conférés par les Etats membres à ses ressortissants. Au niveau européen, la Cour de justice a joué un rôle essentiel en interprétant largement les droits d'accès aux droits sociaux prévus dans les textes de droit communautaire sur la base des différentes libertés de circulation des personnes, alors même que la citoyenneté européenne n'avait pas encore été proclamée dans les traités, consacrant aussi une "*citoyenneté de fait*"<sup>1814</sup> (1). Puis, suite à l'introduction de la citoyenneté européenne, la CJUE a peu à peu développé des droits d'accès aux droits sociaux pour les citoyens européens sur la base d'une lecture combinée de leur libre circulation et de séjour et du principe de non discrimination en raison de la nationalité (2).

Un déséquilibre au profit des libertés économiques est constatable, conséquence de la répartition des compétences qui voit l'UE avoir des compétences importantes dans ces domaines, et un très faible pouvoir en matière sociale<sup>1815</sup>. L'économie prend le pas sur les décisions démocratiques d'organes élus, l'Union européenne ne permet pas de proposer une compensation de régulation, d'encadrement, mais a plutôt tendance à intensifier le processus de mondialisation économique<sup>1816</sup>. L'idéologie de l'UE n'est pas en soi néolibérale, simplement comme tout système quasi-fédéral, les institutions poussent à l'intégration par les moyens qu'elles ont, or dans l'UE les libertés économiques se trouvent au fondement des traités. De plus, l'action combinée de la Cour de justice, des juges nationaux par le biais du renvoi préjudiciel et du pouvoir de la Commission d'introduire un recours en manquement contre les Etats, permet une effectivité de l'intégration "négative", c'est-à-dire par le jeu des libertés de circulation, là où l'intégration "positive", à savoir l'adoption de mesures, est plus dure à atteindre car elle se heurte au blocage de la prise de décision, principalement du fait du Conseil, qui permet souvent seulement d'obtenir un compromis *a minima*<sup>1817</sup>. Dans ce dernier cas, seul le recours en carence est ouvert pour pousser à l'action, or ce recours exige, pour avoir une chance de succès, qu'une obligation d'action s'impose aux institutions concernées, alors même que généralement une simple possibilité d'action est prévue par le droit européen. La Cour de justice

---

<sup>1810</sup> AZOULAI (L.), En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union (CJCE 16 mai 2006, Watts, aff.C-372/04), *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, n°5, pp.843-851.

<sup>1811</sup> MARSHALL (T.), *Citizenship...*(*op.cit.* note 1804), pp.6 et s.

<sup>1812</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), pp.68-70.

<sup>1813</sup> SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2006, pp. 255-256.

<sup>1814</sup> MAGNETTE (P.), Conclusions. Les dynamiques de la citoyenneté européenne, in : MAGNETTE (P.), *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, éd. de Boeck et Larcier, 1997, p.185.

<sup>1815</sup> En ce sens : SCHARPF (F.), *Gouverner l'Europe*, Presses de Science Po, 2000, p.65.

<sup>1816</sup> SCHARPF (F.), *Governing in Europe : effective and democratic*, Oxford University Press, 1999, pp.26-27.

<sup>1817</sup> En ce sens : *Ibid.*, pp.23-24.

cherche toutefois à trouver un équilibre entre les différents intérêts depuis que le marché intérieur est réalisé, même si le résultat de l'équilibre proposé a encore tendance à pencher au profit des libertés économiques, conduisant à limiter l'image positive dont peut bénéficier l'UE par ailleurs par l'ouverture de l'accès à de nouveaux droits sociaux (3).

Au-delà, une restriction du droit de séjour et une inégalité dans l'accès aux droits sociaux existe en fonction du niveau de revenu dans le cadre européen<sup>1818</sup>, mais une telle limite se retrouve dans les autres systèmes fédéraux étudiés (4).

### ***1) L'accès aux droits sociaux antérieur à l'intégration du statut de citoyen européen dans les traités***

**406.** Les droits sociaux se sont développés au niveau européen avant que la citoyenneté de l'Union ne soit introduite par le Traité de Maastricht. Cependant, pendant longtemps, ils ont été associés à un statut économique, travailleur salarié ou indépendant, et l'accès des droits pour les ressortissants européens ne disposant pas d'un tel statut était alors restreint au cas où leurs droits pouvaient être considérés comme "accessoire" de l'exercice des droits d'un travailleur européen (a). La Cour a dans ce cadre cherché à étendre dans un premier temps ces droits, puis dans un second temps les bénéficiaires des droits sociaux en dehors des personnes ayant un lien avec un travailleur européen (b).

#### **a) Les droits sociaux ouverts aux travailleurs et à leur famille**

**407.** Concernant le travailleur lui-même, le règlement n°1612/68 leur confère tout d'abord une égalité dans l'accès à l'éducation et aux avantages sociaux et fiscaux (art.7)<sup>1819</sup>. Le règlement n°1408/71 leur assure ensuite un droit d'accès au système de sécurité sociale<sup>1820</sup>. La jurisprudence de la CJCE a interprété très largement la notion de travailleur dans le but de faire bénéficier le plus de personnes possible de ces droits. La Cour justifie cette interprétation extensive en rappelant que la libre circulation des travailleurs est une liberté fondamentale du droit communautaire<sup>1821</sup>. Le travailleur est défini par la Cour comme une personne capable de démontrer "*l'exercice d'activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires*"<sup>1822</sup>. Un temps de travail limité<sup>1823</sup>, un salaire faible<sup>1824</sup> n'empêchent pas cette qualification du moment qu'il ne s'agit pas d'une activité "*marginal et accessoire*"<sup>1825</sup>. Au-delà, la Cour a étendu aux chômeurs la liberté

---

<sup>1818</sup> Voir notamment à ce sujet : BARBOU DES PLACES (S.), Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives, in : BOUTAYEB (C.) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp.217-244.

<sup>1819</sup> Règlement n°1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO, n°L 257 du 19 octobre 1968, p.2. Ce règlement a été remplacé par le règlement n°492/2011 du 5 avril 2011 (JOUE, n°L 141 du 27 mai 2011).

<sup>1820</sup> Règlement n°1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE, 5 juillet 1971, n°L 149, p.2.

<sup>1821</sup> CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff.66/85, Rec.1986 p. 2121, pt.16. Sur cette interprétation extensive voir : MARZO (C.), *La dimension... (op. cit. note 1424)*, pp.190-194 ; MAILLARD (S.), *L'émergence... (op. cit. note 1501)*, p.71.

<sup>1822</sup> CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff.53/81, Rec.1982 p. 1035, pt.17.

<sup>1823</sup> *Ibid.*, pts.15-16.

<sup>1824</sup> CJCE, 3 juin 1986, *Kempf*, aff.139/85, Rec.1986 p.1741 ; CJCE, 26 février 1992, *Bernini*, aff.3/90, Rec.1992, p.1071, pts.15-16.

<sup>1825</sup> CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff.53/81, Rec.1982, p.1035, pt.17.



d'accéder à un autre Etat et d'y séjourner pour y chercher un emploi<sup>1826</sup>, précisant simplement par la suite que l'Etat d'accueil pouvait limiter le séjour à une durée raisonnable par l'Etat membre<sup>1827</sup>. Au-delà, certains étudiants ont bénéficié de l'interprétation large de la Cour du statut de travailleurs dans un arrêt *Lair* de 1988. La Cour y affirme qu'une personne conserve la qualité de travailleur si elle interrompt son activité professionnelle dans le pays d'accueil pour poursuivre une formation universitaire aboutissant à l'acquisition d'un diplôme professionnel sous la seule condition d'une continuité entre l'ancienne activité professionnelle et les études poursuivies<sup>1828</sup>. Par ailleurs, la Cour interprète restrictivement les "*emplois dans l'administration publique et la participation à l'exercice de l'autorité publique*" qui font l'objet d'une exception au droit d'accès pour les ressortissants des autres Etats membres selon l'article 48§4 CEE (39§4 CE; 45§4 TFUE)<sup>1829</sup>.

Concernant la famille du travailleur européen, le règlement n°1408/71 prévoit un droit d'accès au système de sécurité sociale de l'Etat d'accueil et le règlement n°1612/68 s'appliquent à eux, sous la réserve toutefois qu'il existe un élément d'extranéité, c'est-à-dire que le travailleur européen ait exercé sa liberté de circulation et de séjour. Dans ce cas, ces droits ne sont conçus que comme des accessoires, et un droit de circulation et de séjour n'est donné que comme accessoire du droit de séjour du travailleur européen<sup>1830</sup>. En dehors du droit de séjour, les enfants des travailleurs européens bénéficient d'une égalité dans l'accès à l'éducation pour les enfants en vertu de l'art.12 du règlement n°1612/68<sup>1831</sup>. Par ailleurs, la Cour affirme dans un arrêt *Casagrande* de 1974 que des bourses et allocations doivent être rendues disponibles pour les enfants de travailleurs migrants si elles sont prévues dans la législation nationale pour les enfants des nationaux<sup>1832</sup>, l'enfant devant toutefois avoir résidé dans l'Etat d'accueil pendant la période de travail de son parent pour pouvoir bénéficier de ce droit. Enfin, dès la fin des années 1980, la Cour ne va plus considérer le droit de séjour de l'enfant comme un accessoire du droit de séjour du travailleur européen, mais comme un droit "autonome"<sup>1833</sup>.

## b) Une extension de l'accès à des droits sociaux aux étudiants

**408.** Les étudiants ne pouvaient en principe se fonder que sur un statut parallèle de travailleur, sur le caractère "accessoire" de la liberté de circulation du parent travailleur, ou montrer un lien entre un ancien travail et les études poursuivies pour bénéficier d'un droit de séjour et d'un accès à des droits sociaux. Une jurisprudence extensive de la Cour à partir du milieu des années 1980 va étendre les droits des étudiants en dehors de ces cas. Elle propose tout d'abord une interprétation large des formations professionnelles qui ressortent du domaine de compétence communautaire depuis l'origine du traité CEE, dans un arrêt *Gravier* de 1985, en y rattachant notamment les universités<sup>1834</sup>. Elle déduit par la suite sur cette base dans un arrêt *Brown* de

<sup>1826</sup> CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff.48/75, *Rec.*1976, p.497, pt.31.

<sup>1827</sup> CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff.C-292/89, *Rec.*1991, p.745, pt.21.

<sup>1828</sup> CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff.39/86, *Rec.*1988 p.3161, pts.35-37.

<sup>1829</sup> CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff.152/73, *Rec.*1974 p.153. Ce sont uniquement les "*emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques*" et qui ont "*un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité*".

<sup>1830</sup> Pour des précisions sur les droits des membres de la famille cf. : MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), pp.196-198.

<sup>1831</sup> Pour des précisions à cet égard, cf. : *Ibid.*, pp.299-303.

<sup>1832</sup> CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff.9/74, *Rec.*1974 p.773, pt.4.

<sup>1833</sup> Voir : CJCE, 15 mars 1989, *Echternach et Moritz*, aff.389/87 et 390/87, *Rec.*1989 p.723 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Belgique*, aff.42/87, *Rec.*1988 p.5445, pt.10. L'interprétation de ces arrêts a été confirmée *a posteriori* par l'arrêt *Baumbast*, pt.53.

<sup>1834</sup> CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff.293/83, *Rec.*1985, p.606, pt.30 : "*toute forme d'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, métier ou emploi spécifique, ou qui confère l'aptitude*



1988, qu'un étudiant d'un Etat membre a, dans un autre Etat membre dans lequel il suit ses études, le droit à la même aide pour payer les frais d'inscription à l'école ou l'université où il suit ses cours qu'un étudiant ayant la nationalité de cet Etat<sup>1835</sup>.

Mais une différence de traitement demeurait. Seul un étudiant qui travaillait ou qui avait eu le statut de travailleur, ou qui était enfant d'un travailleur qui avait fait usage de sa liberté de circulation bénéficiaient des articles 7 et 12 du règlement n°1612/68 qui permettent notamment l'allocation de bourses pour leur entretien en plus des aides aux frais d'inscription<sup>1836</sup>. Les frais d'entretien n'étaient en effet pas considérés comme relevant du droit communautaire si bien qu'un étudiant ne bénéficiant pas d'un de ces statuts ne pouvait se fonder sur le principe de non discrimination en raison de la nationalité. L'art.3 de la directive n°93/96 de 1993 ne pouvait être interprété comme fondant un droit à une aide aux frais d'entretien<sup>1837</sup>, la Cour soulignant que la politique de l'éducation relevait de la compétence exclusive des Etats membres. Si l'on peut comprendre le souci de la Cour de ne pas étendre son interprétation à un niveau qui pouvait conduire à une réaction des Etats, considérer l'université comme relevant de la formation professionnelle pour ce qui est du droit d'accès, mais comme rattachable à l'éducation eu égard aux allocations de subsistances des étudiants pouvait apparaître étrange<sup>1838</sup>.

Le fondement de la citoyenneté de l'UE, introduite par le Traité de Maastricht, va permettre à la Cour de justice d'étendre encore l'accès aux droits sociaux aux ressortissants de ces Etats membres de l'UE séjournant dans un Etat dont ils n'ont pas la nationalité.

## **2) L'extension de l'accès aux droits sociaux sur la base de la citoyenneté de l'Union**

**409.** A la fin des années 1990 et au début des années 2000, la Cour de justice a peu à peu développé une jurisprudence ouvrant aux citoyens l'accès à un certain nombre d'aides sociales (a). Par ailleurs, même si la question relève plutôt du droit civil, la jurisprudence en matière de détermination du nom de famille est également attachée à la citoyenneté sociale, (b). Dans les deux cas, la Cour se fonde sur la base d'une lecture combinée de la liberté de circulation des citoyens européens et du principe de non discrimination en raison de la nationalité. Les avancées de la jurisprudence ont été largement reprises par la directive n°2004/38.

### **a) Accès aux aides sociales**

**410.** La Cour de justice va, pour étendre l'accès aux droits sociaux, déduire que les droits sociaux inclus dans les règlements n°1612/68 et n°1408/71 comme ressortant du droit de l'UE, ce qui va permettre de rendre le principe de non discrimination en raison de la nationalité applicable *ratione materiae* à tout ressortissant européen même si les règlements ne s'appliquaient pas à lui *ratione personae*. Par ailleurs, les personnes ne bénéficiant pas d'un statut économique ou n'étant pas membre de la famille d'un travailleur vont pouvoir se voir appliquer ces droits *ratione personae* en tant que citoyen européen. La directive n°2004/38 en prévoyant un principe général d'égalité de traitement entre les citoyens de l'UE et les ressortissants de l'Etat membre d'accueil, et le règlement n°883/2004 de 2004<sup>1839</sup> qui rend applicable le système de coordination des systèmes de sécurité sociale à tous les citoyens de

---

*particulière à exercer une telle profession, métier ou emploi, relève de l'enseignement professionnel, quels que soient l'âge et le niveau de formation des élèves ou des étudiants, et même si le programme d'enseignement inclut une partie d'éducation générale".*

<sup>1835</sup> CJCE, 21 juin 1988, *Brown*, aff.197/86, *Rec.*1988, p.3205, pt.17.

<sup>1836</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.138.

<sup>1837</sup> Aff.197/86, *Brown*, pt.18.

<sup>1838</sup> En ce sens : MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.311.

<sup>1839</sup> Règlement n°883/2004 du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE*, 30 avril 2004, n° L 166, p.1.



l'UE qui sont assurés, avalisent cette extension<sup>1840</sup>. Le champ d'application du principe de non discrimination est désormais si large que même si formellement le principe est toujours celui de la nécessité de prouver qu'une question se trouve dans son champ d'application, en pratique c'est plutôt la question inverse qui se pose<sup>1841</sup>.

Un premier pas dans la reconnaissance de droits sociaux sur la base de la citoyenneté de l'UE est réalisé par la Cour dans son arrêt *Martinez Sala* de 1998<sup>1842</sup>. En l'espèce, une ressortissante espagnole résidant en Allemagne s'était vue refuser une demande d'allocation d'éducation pour son enfant car elle l'avait faite pendant une période durant laquelle son titre de séjour n'était pas valable. A défaut de la reconnaissance de la qualité de travailleur et donc d'un droit de séjour sur cette base, l'avocat général La Pergola indiquait dans ses conclusions qu'il était possible de fonder un droit de séjour sur l'art.8 A du traité CE (18 CE ; 21 TFUE), car les limitations auxquelles il renvoyait et qui se trouvaient dans un tel contexte dans la directive n°90/364<sup>1843</sup> portaient selon lui sur l'exercice et non sur le principe du droit de séjour. Il poursuivait à cet égard qu'une liberté de circulation des personnes existait déjà auparavant dans les traités, et que l'apport de l'article 8 A du traité CE était justement celui d'un droit de séjour attaché au statut de citoyen de l'UE<sup>1844</sup>. La Cour ne reprend pas l'argument en estimant qu'il n'était pas nécessaire de l'étudier, l'intéressée ayant été autorisée à résider en Belgique<sup>1845</sup>. Elle suit par contre l'avocat général quant à la lecture combinée des droits de citoyenneté et du principe de non discrimination en raison de la nationalité pour conclure que l'imposition d'une condition de présentation d'un permis de séjour alors que la personne concernée réside légalement sur le territoire viole le droit communautaire<sup>1846</sup>. En effet, elle souligne que si l'obligation d'avoir sur soi un tel titre peut correspondre à l'obligation d'un ressortissant national d'avoir une pièce d'identité, aucune obligation comparable à la présentation d'un titre de séjour pour pouvoir accéder à l'allocation d'éducation n'est faite aux nationaux<sup>1847</sup>.

La Cour poursuit le développement d'un droit d'accès aux droits sociaux pour les citoyens européens dans son arrêt *Grzelczyk* de 2001<sup>1848</sup>. En l'espèce, un français étudiant depuis trois ans avait demandé à bénéficier du revenu minimum d'existence, mais cela lui avait été refusé au motif qu'il n'était pas ressortissant belge. La Cour de justice affirme tout d'abord symboliquement que la citoyenneté de l'UE "*a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres*"<sup>1849</sup>, formule qui est depuis reprise dans ses arrêts en matière de citoyenneté européenne et qui traduit, comme le souligne Sandrine Maillard, un processus en cours, un statut en construction<sup>1850</sup>. La Cour lit ensuite les dispositions concernant la citoyenneté de l'UE en combinaison avec le principe de non discrimination en raison de la nationalité<sup>1851</sup>. Concernant l'applicabilité *ratione materiae* du principe de non discrimination en raison de la nationalité de l'art. 6 CEEE (12 CE; 18 TFUE), elle souligne que depuis sa décision

<sup>1840</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.192.

<sup>1841</sup> Notamment en ce sens : Poiars Maduro (M.), L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne, in : Alston (P.) (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.473. Sur le problème de la diminution de l'autonomie des Etats : Partie II chap.I sect.I §3 A.

<sup>1842</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff.C-85/96, *Rec.*1998 p.I-2691.

<sup>1843</sup> Conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'aff.C-85/96, *Martinez Sala*, pt.15.

<sup>1844</sup> *Ibid.*, pt.18.

<sup>1845</sup> Aff.C-85/96, *Martinez Sala*, pt.60.

<sup>1846</sup> Conclusions dans dans l'aff.C-85/96, *Martinez Sala*, pts22-23. Aff.C-85/96, *Martinez Sala*, pts.62-64.

<sup>1847</sup> Aff.C-85/96, *Martinez Sala*, pts.52-54.

<sup>1848</sup> CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, Aff.C-184/99, *Rec.*2001 p.I-6193.

<sup>1849</sup> *Ibid.*, pt.31.

<sup>1850</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.199.

<sup>1851</sup> Aff.C-184/99, *Grzelczyk*, pt.30.



*Lair et Brown* de 1988 dans laquelle elle avait rejeté les bourses d'entretien pour les étudiants hors du champ d'application du droit communautaire, un titre de compétence en matière d'éducation, complétant le fondement en matière de formation professionnelle, avait été introduit dans le Traité instituant la Communauté européenne, et une citoyenneté de l'UE avait été créée<sup>1852</sup>. Au-delà, elle souligne que si cette disposition doit être lue en combinaison avec l'art.8 A (18 CE; 21 TFUE) qui précise que le droit de séjour d'un citoyen européen s'exerce sous réserve des conditions et limitations posées dans le traité et dans le droit dérivé, la directive n°93/96 pertinente pour l'espèce se contente de préciser qu'elle ne peut être utilisée comme fondement d'un droit à obtenir une bourse d'entretien, mais n'exclut pas que les autres prestations sociales puissent être invoquées par les étudiants bénéficiant d'un droit de séjour<sup>1853</sup>. Il est donc implicitement possible de se prévaloir de leur bénéfice sur la base de l'art.6 CEE. Le citoyen européen inactif a certes un droit d'égalité de traitement en matière de demande d'aide sociale, mais l'exercice de ce droit peut le conduire à faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Il est à noter que c'est ce risque qui avait poussé la Commission dans sa première proposition de directive sur la liberté de circulation et de séjour des citoyens européens et de leur famille à exclure de l'égalité de traitement les aides sociales avant l'acquisition du droit de séjour permanent<sup>1854</sup>. Afin de contrer un tel risque, la Cour précise dans l'arrêt *Grzelczyk* que la seule demande du bénéfice d'une aide sociale par une personne ne peut justifier que l'Etat membre concerné mette fin automatiquement à son droit de séjour<sup>1855</sup> en soulignant que si "*les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge déraisonnable pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil*", il existe cependant "*une certaine solidarité financière des ressortissants de cet État avec ceux des autres États membres, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire*"<sup>1856</sup>. Malgré le risque avancé qu'une interprétation jurisprudentielle trop souple de ce critère du rejet de l'expulsion automatique en cas de demande d'aide ne provoque le raidissement des Etats<sup>1857</sup>, ledit critère a néanmoins été repris à l'art.14§3 de la directive de 2004. Le considérant 16 de la directive de 2004, qui fait référence à ce critère, précise que "*l'État membre d'accueil devrait examiner si, dans ce cas, il s'agit de difficultés d'ordre temporaire et prendre en compte la durée du séjour, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée, afin de déterminer si le bénéficiaire constitue une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale et de procéder, le cas échéant à son éloignement*". En outre, on peut estimer qu'il faut prendre en compte la considération que, dans le cas des étudiants, mettre fin brutalement au séjour a de graves conséquences, à savoir l'interruption de leurs études<sup>1858</sup>.

Enfin, la directive n°2004/38 se contente de préciser dans son art.24§3 qu'un Etat n'est pas obligé d'accorder une prestation sociale pendant les trois premiers mois de séjour, ni de donner une aide d'entretien aux étudiants avant que ce dernier ait acquis un droit de séjour permanent dont l'article 16 précise qu'il est fixé à cinq ans. La Commission justifie cette modification de sa proposition<sup>1859</sup> en arguant que "*cette restriction [...] [aurait pu] être interprétée comme un*

---

<sup>1852</sup> *Ibid.*, pts.34-36.

<sup>1853</sup> *Ibid.*, pt.39.

<sup>1854</sup> Explication de l'article 21 II issu de COM/2001/0257 final (23 mai 2001, *JO*, C n°270 du 25.9.2001, p.150) : dans l'article 21§2 qui correspond à l'actuel art.24§2, il était précisé qu' "*avant l'acquisition du droit de séjour permanent, l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale aux personnes autres que les travailleurs salariés ou non salariés et les membres de leur famille ou le droit à une bourse d'entretien aux bénéficiaires du droit de séjour qui se sont rendus sur son territoire pour y faire des études*".

<sup>1855</sup> Aff.C-184/99, *Grzelczyk*, pt.43.

<sup>1856</sup> *Ibid.*, pt.44.

<sup>1857</sup> En ce sens : OLIVEIRA (C.), *Workers and other persons : step-by-step from overment to citizenship*, *CMLR*, 2002, n°39, p.127.

<sup>1858</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.348.

<sup>1859</sup> COM/2003/0199 final (fondement 3.1.2, p.8 concernant la modification de l'art.21§2 amendement 108.

*recul par rapport à l'acquis actuel, notamment à la lumière de la jurisprudence*" Grzelczyk qui considère relever du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire et permet ainsi l'application du principe de non discrimination en raison de la nationalité toute situation dans laquelle la liberté de circulation et de séjour a été exercée par un citoyen européen.

La Cour réaffirme la solidarité financière avec les ressortissants d'autres Etats membres dans l'arrêt *Bidar*<sup>1860</sup>. En l'espèce, un français résidant au RU depuis 1998 s'était vu refuser en 2001 une aide aux frais d'entretien pour ses études. La Cour rappelle tout d'abord que le principe de non discrimination en raison de la nationalité posé art.12 CE (18 TFUE) est applicable *ratione personae* aux citoyens de l'UE résidant légalement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, ce qui est le cas dès lors que le citoyen bénéficie d'une carte de séjour ou séjourne légalement dans l'Etat depuis une certaine période, condition remplie par l'étudiant requérant<sup>1861</sup>. Elle cite au soutien de cette interprétation l'art.24 de la directive n°2004/38 qui bien que dépourvue d'effet juridique contraignant à l'époque, pouvait être utilisée pour éclairer les dispositions du traité CE<sup>1862</sup>. Puis après avoir rappelé l'applicabilité *ratione materiae* de l'art.12 CE en matière de bourses d'entretien étudiantes, elle conclut à sa violation en l'espèce.

Au-delà des bourses d'entretien, la Cour de justice a par sa jurisprudence contribué à ouvrir l'accès aux citoyens européens d'autres aides sociales. Ainsi en est-il de sa décision *Trojani* de 2004<sup>1863</sup> eu égard à un revenu minimum d'insertion, le minimex. En l'espèce, un ressortissant français résidant en Belgique avait demandé d'en bénéficier, ce qui lui avait été refusé car il n'avait pas la nationalité belge. La Cour indique qu'une personne de la nationalité d'un autre Etat membre ne peut bénéficier d'un droit de séjour sur la base de l'art.18§1 CE dès lors qu'elle n'a pas de ressource suffisante, comme c'est le cas du requérant, conformément aux exigences posées par la directive n°90/364<sup>1864</sup>. Mais elle constate qu'un droit de résidence lui avait été accordé sur la base du droit national, rendant applicable *ratione personae* de l'art.12 CE<sup>1865</sup>. Elle rappelle ensuite que les aides sociales comme le minimex font partie du champ d'application du droit communautaire, ce qui lui permet de conclure à l'applicabilité *ratione materiae* de l'article 12 CE (devenu 18 TFUE). La Cour poursuit que dès lors qu'un Etat a autorisé le ressortissant d'un autre Etat membre à résider sur son territoire, il ne peut pas invoquer le bénéfice des conditions de ressources posées par la directive n°90/364 pour expulser cette personne en arguant d'une demande d'aide sociale<sup>1866</sup>. Si l'Etat peut mettre fin au droit de séjour, elle rappelle qu'il ne peut s'agir d'une décision tirant les conséquences automatiques de cette demande. A cet égard, elle rappelle qu'elle peut opérer un contrôle de proportionnalité concernant la décision d'expulsion, vérifier le caractère déraisonnable de la charge imposée.

## b) Nom de famille

---

Anastasia ILIOPOULOU et Helen TONER considéraient aussi que la condition de plusieurs années de résidence pour obtenir une aide sociale était incompatible avec les jurisprudences *Martinez Sala* et *Grzelczyk* (annotation of Case C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, *CMLR*, 2002, n°39, p.617 note 35).

<sup>1860</sup> CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff.C-209/03, *Rec.*2005 p.I-2119, pt.56 : "*les États membres so[nt] appelés à faire preuve, dans l'organisation et l'application de leur système d'assistance sociale, d'une certaine solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres*", la Cour précisant qu'ils peuvent vérifier que cette charge n'est pas déraisonnable.

<sup>1861</sup> *Ibid.*, pts. 32 et 36.

<sup>1862</sup> *Ibid.*, pts.42-43.

<sup>1863</sup> CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff.C-456/02, *Rec.*2004 p.I-7573.

<sup>1864</sup> *Ibid.*, *Trojani*, pt.36.

<sup>1865</sup> *Ibid.*, pt.43.

<sup>1866</sup> *Ibid.*, pt.45.



**411.** La jurisprudence a aussi permis sur la base de la lecture combinée de la libre circulation et de séjour des citoyens européens et du principe de non discrimination en raison de la nationalité d'étendre les droits des citoyens européens en matière de détermination du nom de famille<sup>1867</sup>. Le premier arrêt l'ayant affirmé est l'arrêt *Garcia Avello* de 2003, aussi connu pour avoir fortement assoupli le critère d'extranéité permettant l'applicabilité du droit communautaire. En l'espèce, un ressortissant espagnol et une ressortissante belge résidant en Belgique avaient eu deux enfants qui bénéficiaient de la double nationalité hispano-belge<sup>1868</sup>. Le nom de famille des enfants inscrit sur l'acte de naissance était en vertu du droit belge le nom du père, mais les parents demandaient à ce que le nom soit modifié pour comprendre le premier nom du père et le nom de la mère, conformément à l'usage en Espagne et au nom sous lequel ils avaient été inscrits dans un consulat espagnol. Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice rappelle tout d'abord que même si les Etats ont compétence dans une matière pour légiférer, ici en matière de nom de famille, ils doivent néanmoins le faire en respectant le droit communautaire<sup>1869</sup>. Elle considère que le fait que les enfants séjournent dans un Etat membre tout en ayant la nationalité d'un autre membre suffit à rendre le droit communautaire applicable<sup>1870</sup>. Face à l'argument qu'ils ont également la nationalité de l'Etat membre de résidence, la Cour rétorque le principe affirmé dans l'arrêt *Micheletti* selon lequel un Etat membre, ici la Belgique, ne peut restreindre les effets de l'attribution de sa nationalité par un autre Etat membre, ici l'Espagne<sup>1871</sup>. Comme le note Anastasia Iliopoulou, cet arrêt "*infléchit la doctrine des situations purement internes sans pourtant l'abandonner*"<sup>1872</sup> en se fondant sur la double nationalité des enfants et en en déduisant un déplacement fictif. La Cour recourt ensuite au principe de non discrimination en raison de la nationalité qui impose notamment de traiter de manière différente des situations différentes. Or, la Cour affirme que des enfants ayant une double nationalité belge et d'un autre Etat membre de l'UE ne sont pas dans la même situation que des enfants ayant seulement la nationalité belge. Les réglementations des deux Etats divergeant relativement à la détermination du nom de famille, les enfants auraient des noms différents en fonction de l'Etat dans lequel ils se trouvent. La Cour en déduit des "*risques sérieux*" d'entrave potentielle à leur liberté de circulation en tant que citoyen européen en particulier lors de démarches administratives<sup>1873</sup>. La Cour rejette les justifications avancées, la réglementation n'étant pas apte à favoriser l'intégration, et n'étant pas nécessaire pour assurer la fixité du nom qui facilite la reconnaissance de l'identité<sup>1874</sup>.

Dans un autre arrêt, *Grunkin et Paul* de 2008<sup>1875</sup>, le nom d'un enfant de nationalité allemande né de parents allemands au Danemark était en cause. La réglementation danoise prévoyant que le nom de famille est fonction de la résidence et les parents habitant au Danemark, ils auraient pu lui donner un nom composé provenant de leur nom de famille respectif. Les services de l'état civil allemand saisis d'une demande d'inscription de ce nom pour

---

<sup>1867</sup> Déjà, auparavant la Cour avait jugé dans l'arrêt *Konstantinidis* que des règles de transcription d'un nom dans un autre alphabet dans les registres de l'état civil constituaient une entrave à liberté d'établissement car la prononciation du nom de l'intéressé ainsi transcrit était dénaturée et pouvait conduire le requérant à connaître des problèmes d'identification vis-à-vis de sa clientèle potentielle (CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, Aff.C-168/91, *Rec.*1993 p.I-1191).

<sup>1868</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff.C-148/02, *Rec.*2003 p.I-11613.

<sup>1869</sup> *Ibid.*, pt.25

<sup>1870</sup> *Ibid.*, pts.26-27.

<sup>1871</sup> *Ibid.*, pt.28.

<sup>1872</sup> ILIOPOULOU (A.), What's in a name ? Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l'arrêt *Garcia Avello*, *RTDE*, 2004, vol.40 n°3, p.566. Sur la question des situations purement internes voir : *infra* partie I chap.I sect.I §3 A.

<sup>1873</sup> Aff.C-148/02, *Garcia Avello*, pts.36-37.

<sup>1874</sup> *Ibid.*, pts.42-43.

<sup>1875</sup> CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff.C-353/06, *Rec.*2008 p.I-7639.



l'enfant avaient refusé en arguant que la loi allemande rattachait la détermination du nom de famille d'un ressortissant allemand à sa nationalité. La Cour rappelle que la circonstance qu'un enfant qui est ressortissant d'un Etat membre et réside dans un autre suffit à ce que le droit communautaire soit applicable<sup>1876</sup>, même si l'enfant ne s'est pas déplacé. A la différence de l'affaire *Garcia Avello*, l'article 12 CE n'était pas invocable car aussi bien les parents que l'enfant possédaient uniquement la nationalité allemande. La Cour rappelle néanmoins qu'un national peut se prévaloir d'une restriction à l'exercice de sa liberté de circulation en tant que citoyen européen de la part de son Etat d'origine. En l'espèce, le nom dans son Etat national était différent de celui sous lequel il avait été enregistré dans son Etat de naissance et de résidence, ce qui était susceptible d'entraver cette personne dans l'exercice de sa liberté de circulation<sup>1877</sup>. La Cour rejette la justification tirée de la volonté de "*garantir que le nom d'une personne puisse être déterminé de manière continue et stable*" car dans un cas tel que l'espèce, l'application de cette règle de rattachement conduit à l'opposé de ce but<sup>1878</sup>. La Cour relève au surplus que cette règle connaissait des exceptions pour des ressortissants d'autres Etats résidant en Allemagne ou en cas de double nationalité de l'enfant.

Cette question du droit à obtenir modification de son nom en raison d'une entrave à sa liberté de circulation est encore illustrée par l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn* du 12 mai 2011<sup>1879</sup>. En l'espèce, une ressortissante lithuanienne d'origine polonaise avait épousé un ressortissant polonais en Pologne. Deux certificats de mariage leur avaient été délivrés, l'un en Pologne sous la forme polonaise de leurs prénoms et noms, l'autre en Lituanie sous leur forme lithuanienne. Afin que les deux correspondent, l'épouse demande à l'état civil lithuanien une modification de ce second certificat, ce qui lui est refusé. La Cour saisie d'un renvoi préjudiciel affirme certes tout d'abord qu'il n'existe pas de droit fondé sur l'égalité de traitement à voir modifier son nom et prénom d'origine dans son Etat d'origine<sup>1880</sup>. Mais elle poursuit que le refus de modification du nom acquis par mariage dans un autre Etat membre est de nature à dissuader l'exercice de la liberté de circulation, la caractérisation de la restriction étant toutefois restreinte à des réglementations entraînant de "*sérieux inconvénients*" dans la vie professionnelle ou privée du requérant<sup>1881</sup>. La CJUE renvoie à l'appréciation du juge interne en précisant que dans le cas d'un tel constat, la protection de la langue nationale officielle peut constituer une justification rattachable au respect de l'identité nationale des Etats membres visée l'art.4§2 TUE<sup>1882</sup>, mais que la protection du nom de famille relevant de la protection de l'identité et de la vie privée visée art.7 de la Charte des droits fondamentaux et à l'art.8 de la CESDH<sup>1883</sup> une balance devait être effectuée entre ces deux intérêts légitimes. Elle précise toutefois que le caractère disproportionné pourrait être reconnu par la circonstance que le mari a bien vu son nom reproduit dans le certificat lithuanien avec la forme polonaise<sup>1884</sup>.

<sup>1876</sup> *Ibid.*, pt.17.

<sup>1877</sup> La Cour indique en effet que dans les différentes circonstances dans lesquelles il devra donner son nom, cette personne pourra subir de "*sérieux inconvénients*" (*Ibid.*, pt.23 par renvoi à l'aff.C-148/02, *Garcia Avello*, pt.36°).

<sup>1878</sup> Aff.C-353/06, *Grunkin et Paul*, pt.32. Pour un exemple de justification acceptée à l'obligation de modifier son nom acquis dans un autre Etat membre : CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff.C-208/09, où la Cour conclut en défaveur de la requérante en se fondant sur le respect de l'identité constitutionnelle de l'Autriche dont elle était ressortissante. Voir *infra* chap.II sect.I §2 D 4).

<sup>1879</sup> CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, aff.C-391/09

<sup>1880</sup> *Ibid.*, pt.69

<sup>1881</sup> *Ibid.*, pt.76.

<sup>1882</sup> *Ibid.*, pts.86-87. La Cour constitutionnelle lithuanienne avait ainsi affirmé dans une décision de 1999 que les noms et prénoms des ressortissants nationaux devaient appliquer la forme lithuanienne qui est la langue officielle afin de ne pas mettre en cause son statut constitutionnel (*Ibid.*, pt.27). Sur cette question de l'identité constitutionnelle, cf. *infra* chap. II sect.II.

<sup>1883</sup> *Ibid.*, pt.89

<sup>1884</sup> *Ibid.*, pts.91-92

**412.** Dans le cas de l'application des libertés économiques classiques, la Cour a aussi ouvert la voie à de nouveaux droits sociaux dans certains cas, mais elle a aussi contribué à en relativiser d'autres.

### **3) La Cour de justice au milieu du guet : la recherche d'un équilibre entre libertés économiques et droits sociaux**

**413.** Une liberté économique peut avoir un impact positif général en matière de droits sociaux en dehors des avantages donnés aux travailleurs et à leur famille. La jurisprudence en matière d'accès aux soins de santé en est une illustration<sup>1885</sup>. Elle se fonde sur la considération que les prestations de santé sont des prestations de service et qu'elles rentrent donc dans le champ d'application de la libre prestation de service (a). Mais si la Cour montre peu à peu par sa jurisprudence que l'Union européenne n'est pas qu'une union économique, elle peut encore par certaines décisions faire le jeu de ses détracteurs en n'appliquant pas l'équilibre qu'elle annonce vouloir respecter entre liberté économiques et droits sociaux comme l'illustre les arrêts *Viking et Laval* (b).

#### **a) L'accès aux soins de santé : l'exemple d'un impact positif d'une liberté économique**

**414.** Le règlement n°1408/71 a posé les premières règles en matière de remboursement des frais des soins de santé au sein d'un Etat membre. L'article 22§1 précise qu'un patient travailleur a un droit à obtenir des soins dans un autre Etat membre que son Etat de résidence en cas de nécessité médicale apparue au cours du séjour, ou quand il a été autorisé par son Etat de résidence. L'article 22§2 précise que cette autorisation ne peut être refusée si les soins sont prévus par la législation de l'Etat de résidence mais ne peuvent être dispensés dans "*le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'État membre de résidence*".

La Cour avait déjà considéré que les prestations médicales fournies contre rémunération, étaient des services<sup>1886</sup> dès les années 1980, mais dans un arrêt *Kohll* de 1998<sup>1887</sup> elle utilise les dispositions du traité en la matière afin d'étendre la portée des droits des patients en matière de remboursement des frais de santé. En l'espèce, un ressortissant luxembourgeois s'était vu refuser une autorisation préalable pour des traitements orthodontiques dont avait bénéficié sa fille en Allemagne. Le Luxembourg arguait que l'art.22 du règlement n°1408/71 pose un principe d'autorisation préalable pour des soins dispensés dans un autre Etat membre. Mais la Cour rétorque que le respect du droit communautaire dérivé ne permet pas de garantir une conformité aux dispositions du traité<sup>1888</sup>. Ayant qualifié l'acte d'orthodontie de prestation de service<sup>1889</sup>, elle estime qu'une exigence d'autorisation préalable pour le remboursement de frais médicaux dispensés dans un autre Etat membre alors qu'une telle exigence n'est pas posée si les soins ont lieu au Luxembourg constitue une entrave à la libre prestation de service posée 59 du traité CE (49 CE ; 56 TFUE). Si le motif de financement du système de sécurité social peut en soi constituer une justification légitime, elle affirme qu'il ne peut être opposé au remboursement de soins dentaires car elle estime que leur coût n'a pas une incidence significative sur celui-ci<sup>1890</sup>.

Dans une autre affaire, *Decker*, rendue le même jour, la CJCE utilise la libre circulation

<sup>1885</sup> Voir aussi en lien avec ce droit la carte européenne d'assurance maladie : *infra* §2 C 1)

<sup>1886</sup> CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff.286/82 et 26/83, *Rec.*1984 p.377, pt.16 ; CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, aff.C-159-90, *Rec.*p.I-04685, pt.18.

<sup>1887</sup> CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff.C-158/06, *Rec.*1998, p.I-1931.

<sup>1888</sup> *Ibid.*, pts.25 et 27.

<sup>1889</sup> *Ibid.*, pt.29.

<sup>1890</sup> *Ibid.*, pt.42.



des marchandises dans le même but d'extension des droits des patients<sup>1891</sup>. En l'espèce, un ressortissant luxembourgeois avait acheté des lunettes en Belgique sur la base d'une ordonnance luxembourgeoise et s'était vu refuser leur remboursement par sa caisse d'assurance maladie luxembourgeoise au motif qu'elles ont été acquises en dehors du Luxembourg. La Cour déduit de la considération que les mesures de sécurité sociale peuvent avoir une influence sur la commercialisation de produits médicaux et qu'en tant que marchandises elles doivent respecter les règles en matière de libre circulation<sup>1892</sup>. Elle poursuit que la soumission du remboursement de frais de lunettes achetées dans un autre Etat membre à une autorisation alors qu'aucune autorisation n'étant posée pour un tel achat au Luxembourg cela conduit à dissuader d'effectuer un tel achat en dehors de cet Etat<sup>1893</sup>, et constitue donc une entrave à la libre circulation des marchandises.

L'arrêt *Watts* du 16 mai 2006<sup>1894</sup> permet de synthétiser l'apport de la jurisprudence antérieure tout en apportant une nouvelle pierre à l'édifice des droits des patients, la Cour soumettant à sa jurisprudence extensive un système particulier comme celui du Royaume-Uni qui prévoit un service national de santé financé par l'impôt fournissant des soins gratuitement à toute personne résidant habituellement sur son territoire et non pas un système de soin caractérisé par un paiement des soins avec remboursement ultérieur<sup>1895</sup>.

En l'espèce, une ressortissante britannique résidant au RU s'était vue refuser à plusieurs reprises une autorisation de soin dans un autre Etat membre au motif qu'elle pouvait bénéficier, en vertu du système de liste d'attente classant les patients en fonction des priorités médicales, d'une opération au RU dans un délai considéré comme conforme aux objectifs du plan de sécurité sociale du gouvernement. Après avoir consulté un médecin en France qui avait jugé l'opération urgente, elle est finalement opérée dans cet Etat et demande à être remboursée au RU. La Cour de justice saisie d'un renvoi préjudiciel précise tout d'abord que la libre prestation de service s'applique car la patiente a obtenu des soins contre rémunération dans l'Etat d'accueil, et ajoute qu'elle n'a donc pas à rechercher si des soins fournis gratuitement au RU dans le cadre du National Health Service sont à qualifier de services<sup>1896</sup>. Elle va au-delà de sa jurisprudence *Smits et Peerbooms* de 2004<sup>1897</sup> : dans cette affaire, elle avait, après avoir rappelé le principe selon lequel le service n'a pas à être payé par son bénéficiaire<sup>1898</sup>, estimé que le paiement direct par les caisses de maladie des traitements hospitaliers constituait une rémunération de ces soins, permettant la qualification de service, là où l'avocat général Colomer avait, dans ses conclusions, en vain cherché à exclure une telle qualification<sup>1899</sup>. Dans l'affaire *Watts*, la Cour applique ce raisonnement à un système de santé gratuit financé directement par l'imposition.

La Cour rappelle ensuite sa jurisprudence *Kohll*. Même dans le cas où le patient ne pouvait se fonder sur ledit art.22 du règlement n°1408/71, cela n'impliquait pas qu'il ne bénéficiait pas sur la base de l'art.49 CE d'un droit d'accès à des soins soumis à des conditions

---

<sup>1891</sup> CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff.C-120/95, *Rec.* 1998, p.I-1831.

<sup>1892</sup> Aff.C-120/95 *Decker*, pt.24.

<sup>1893</sup> *Ibid.*, pt.36.

<sup>1894</sup> CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff.C-372/04, *Rec.* 2006 p.I-4325.

<sup>1895</sup> Souligné notamment par VERDONCK (I.), Case C-372/04, *Watts v. Bedford Primary Care Trust & Secretary of State for Health*, *The Columbia Journal of European Law*, 2007, n°13, p.490 ; AZOULAI (L.), En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union (CJCE 16 mai 2006, *Watts*, aff.C-372/04), *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, pp.843-851.

<sup>1896</sup> Aff.C-372/04, *Watts*, pts.90-91. La Cour précise en outre que les étrangers non résidents doivent payer les prestations de santé, si bien qu'une référence peut être ainsi trouvée pour le calcul.

<sup>1897</sup> CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff.C-157/99, *Rec.* 2001 p.I-5473, pt.58.

<sup>1898</sup> CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff.352/85, *Rec.* 1988 p. 2085, pt 16

<sup>1899</sup> Conclusions dans l'affaire *Smits et Peerbooms*, aff.C-157/99, pt.32 (Souligné par : VERDONCK (I), Case C-372/04...(op.cit. note 1895), p.492).



distinctes de celles posées par le règlement de 1971<sup>1900</sup>. Dans ce cadre, la Cour considère que la soumission à autorisation préalable pour des soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre, alors qu'aucune autorisation n'est exigée pour de tels soins au RU constitue une entrave à la libre prestation de service<sup>1901</sup>. Elle poursuit toutefois que plusieurs motifs peuvent justifier une telle entrave : le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale est une raison impérieuse d'intérêt général<sup>1902</sup>, l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous<sup>1903</sup>, le but de maintien d'une capacité de soins sur le territoire national<sup>1904</sup>. Par contre, elle rejette l'argument de la supériorité du coût du traitement dans l'Etat d'accueil par rapport à l'Etat de résidence, ainsi que l'argument provenant de la charge constituée par la mise en place un mécanisme spécifique de remboursement<sup>1905</sup>. Contrairement au cas de l'arrêt *Kohl*, elle considère ici que la soumission à une autorisation préalable est une mesure nécessaire et raisonnable permettant de planifier les soins, dans le but d'une accessibilité sur l'ensemble du territoire aux services médicaux<sup>1906</sup>. La différence de coût explique en effet la différence de conclusion dans les deux affaires. La Cour pose toutefois des conditions strictes à la validation d'un système d'autorisation préalable au regard du principe de proportionnalité. Les conditions d'octroi doivent faire l'objet de "*critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance*", la demande doit être traitée avec objectivité, impartialité et dans un délai raisonnable, enfin elle doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel<sup>1907</sup>. Elle juge que ces conditions ne sont pas réunies dans le contexte réglementaire de l'espèce. En outre, elle rappelle que, pour juger du caractère raisonnable du délai, l'organisme compétent doit tenir compte du cas particulier du patient<sup>1908</sup>. La Cour rappelle enfin qu'un Etat ne peut se fonder uniquement sur l'existence d'une liste d'attente sur le territoire, sans prendre en considération les circonstances concrètes dans lesquelles se trouve le patient<sup>1909</sup>.

L'arrêt *Watts* apporte aussi des précisions concernant le remboursement des soins. La Cour rappelle tout d'abord que le montant des prestations est calculé en fonction de l'Etat d'accueil si l'art.22 du règlement est applicable, et en fonction de la législation de l'Etat d'affiliation si l'on se place dans le cadre de l'art.49 CE<sup>1910</sup>. Puis elle ajoute que si le montant réglé dans l'Etat d'accueil est supérieur au remboursement qui pourrait être reçu dans le cas de soins équivalents dans l'Etat d'affiliation, il peut y avoir droit à remboursement complémentaire mais uniquement dans la limite de ce qui aurait été versé en plus si les soins avaient eu lieu dans l'Etat d'affiliation<sup>1911</sup>.

La directive n°2011/24<sup>1912</sup> reprend l'essentiel des avancées de cette jurisprudence. Elle reprend le principe du rattachement des soins médicaux au champ d'application du traité (cons.6) et énonce son but de systématiser ce que la CJUE avait dégagé "*au cas par cas*" dans ses arrêts (cons.8). Elle précise qu'elle ne vise pas à encourager les patients à se faire soigner en

<sup>1900</sup> Aff.C-372/04, *Watts*, pts.47-48.

<sup>1901</sup> *Ibid.*, pts.97-98.

<sup>1902</sup> *Ibid.*, pt.103 : renvoi à sa jurisprudence : CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, Aff.C-385/99, *Rec.*2003 p.I-4509, pt 73 ; aff.C-158/06, *Kohll*, pt 41.

<sup>1903</sup> Aff.C-372/04, *Watts*, pt.104 : renvoi à sa jurisprudence : aff.C-158/06, *Kohll*, pt 50; Aff.C-385/99, *Müller-Fauré*, pt 67.

<sup>1904</sup> Aff.C-372/04, *Watts*, pt.105 : renvoi à sa jurisprudence : aff.C-158/06, *Kohll*, pt 51; Aff.C-385/99, *Müller-Fauré*, pt 67.

<sup>1905</sup> Aff.C-372/04, *Watts*, pts.72-73; repris pt.122.

<sup>1906</sup> *Ibid.*, pt.110.

<sup>1907</sup> *Ibid.*, pt.116 : renvoi à sa jurisprudence : Aff.C-385/99, *Müller-Fauré*, pt 85.

<sup>1908</sup> Aff.C-372/04 *Watts*, pt.62 par renvoi à CJCE, 23 octobre 2003, *Inizan*, aff.C-56/01, *Rec.*p.I-12403, pt.46.

<sup>1909</sup> Aff.C-372/04 *Watts*, pt.63 et pt.119 : renvoi à sa jurisprudence : Aff.C-385/99, *Müller-Fauré*, pt.92.

<sup>1910</sup> Aff.C-372/04 *Watts*, pt.124.

<sup>1911</sup> *Ibid.*, pts.131-132.

<sup>1912</sup> Directive 2011/24 du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JOUE*, n°L 88 du 4 avril 2011, p.45.



dehors de leur État membre d'affiliation (cons. 4), mais à "*faciliter l'accès à des soins de santé transfrontaliers sûrs et de qualité élevée dans l'Union, et à garantir la mobilité des patients conformément aux principes établis par la Cour de justice et à promouvoir la coopération en matière de soins de santé entre les États membres*" (cons. 10). La directive affirme son but "*d'assurer une plus grande sécurité juridique en matière de remboursement des coûts des soins de santé*" (cons.27) et énonce qu'elle peut être un fondement supplémentaire aux droits conférés par le règlement n°883/2004 et le règlement n°1408/71 (cons.28). Le principe posé art.7§8 est celui de l'interdiction par l'Etat d'affiliation de soumettre à autorisation préalable le remboursement de coûts de soins transfrontaliers, l'exception est posée art.8. En pratique, l'interdiction vise les soins non hospitaliers. Par contre, les Etats peuvent soumettre à autorisation les soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre (cons.40), en raison de la nécessité de planification, de "*garantir sur le territoire de l'État concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité élevée*" et de maîtrise des coûts considérables dans le cas des soins hospitaliers (art.8). La directive reprend les différentes raisons impérieuses d'intérêt général de la jurisprudence, avec précision que l'existence d'une liste d'attente ne peut fonder un refus d'autorisation préalable (art.4§3, art.7§9 et art.8§6), de même que l'exigence de garantie d'objectivité, de non discrimination et de transparence, et d'examen des circonstances particulières de l'espèce (art.4§2 c, §3 et §4).

**415.** Si la jurisprudence est ici favorable aux droits sociaux, dans deux arrêts rendus en 2007, *Viking Line*<sup>1913</sup>, et *Laval*<sup>1914</sup>, la Cour de justice a tranché la conformité d'une grève organisée par des syndicats avec les libertés de circulation économiques dans un sens qui est apparu très défavorable au droit de grève.

#### **b) La jurisprudence *Viking* et *Laval* : une image plutôt défavorable aux droits sociaux**

**416.** L'encadrement de l'exercice du droit de grève par la Cour pouvait être considéré comme légitime, et l'annonce de conciliation entre les libertés économiques et les droits sociaux semblait souligner une maturité de la Cour consciente de l'évolution de l'intégration européenne, mais l'application des principes dans les deux décisions apporte plutôt un soutien aux critiques d'une UE néolibérale, d'où un impact public plutôt négatif sur le sentiment d'appartenance européen<sup>1915</sup>.

**417.** Dans l'affaire *Viking Line*, la société de ferries Viking voulait passer de pavillon finlandais à pavillon estonien afin de pouvoir signer une convention avec un syndicat estonien et payer ses salariés comme en Estonie. Les syndicats finlandais du secteur réagissent par une grève contre laquelle l'entreprise Viking oppose la liberté d'établissement. Dans l'affaire *Laval*, une société de droit letton, Laval, avait détaché des travailleurs auprès d'une entreprise suédoise qu'elle détenait. Devant son refus de signer une convention collective sur le salaire minimal des travailleurs détachés, une grève est organisée par les syndicats suédois, grève à laquelle l'entreprise oppose la libre prestation de service. La Cour de justice est saisie dans les deux cas d'un renvoi préjudiciel soulevant les mêmes problèmes.

La première question portait sur l'applicabilité respectivement de la liberté d'établissement posée art.43 CE (49 TFUE) et de la libre prestation de service prévue art.49 CE (56 TFUE) à l'exercice du droit de grève. La Cour indique que le droit de grève peut faire l'objet de

<sup>1913</sup> CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, Aff.C-438/05, Rec.2007 p.I-10779.

<sup>1914</sup> CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff.C-341/05, Rec.2007 p.I-11767

<sup>1915</sup> Dans le sens du caractère légitime de la démarche de la Cour, mais du constat d'un certain primat des libertés économiques dans ces décisions : AZOULAI (L.), The Court of Justice and the "Social Market Economy" : the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization, *CMLR*, October 2008, pp.1335-1355. Voir pour un article très critique, se plaçant sur un terrain plus politique et polémique que juridique : SUPIOT (A.), Voilà l' "économie communiste de marché", *Le Monde*, 24 janvier 2008.



limitations, et qu'il n'y a donc pas lieu d'écarter l'applicabilité de la liberté d'établissement<sup>1916</sup>. C'est uniquement au stade de l'étude de la justification de l'entrave que l'exercice du droit de grève "doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés" par le traité<sup>1917</sup>.

Une seconde question concernait l'applicabilité *ratione personae* de ces libertés, les libertés de circulation ne s'appliquant en principe qu'à l'encontre de personnes publiques alors que les syndicats sont des personnes privées. La Cour répond que leur effectivité a conduit à les opposer dans certains cas à des personnes privées si elles disposent d'un pouvoir de réglementation collective d'une activité salariée ou indépendante<sup>1918</sup>. Or, elle rappelle que les syndicats "participent à la formation des conventions visant à régler de façon collective le travail salarié"<sup>1919</sup> et que si l'organisation de grèves relève de la liberté syndicale, en l'espèce les actions collectives étaient "inextricablement liées à la convention collective dont [le syndicat finlandais] poursui[vai]t la conclusion"<sup>1920</sup>. L'avocat général Maduro soulignait dans ses conclusions dans l'affaire *Viking* que l'opposabilité aux syndicats était nécessaire pour éviter tout abus du droit de grève destiné à un effet protectionniste du marché du travail empêchant les ressortissants d'autres Etats membres d'y accéder<sup>1921</sup>. Si cette justification pouvait en effet être avancée, il demeure que l'image auprès des citoyens européens est négative.

Loïc Azoulai souligne que plusieurs solutions étaient envisageables en fonction du point de vue choisi<sup>1922</sup>. En appliquant la jurisprudence classique très favorable aux libertés de circulation économiques, il n'était pas difficile de voir dans les grèves et les blocages des moyens disproportionnés. En se plaçant du point de vue du droit de négociation et d'action collective, on pouvait considérer que limiter leur exercice reviendrait à mettre en cause la substance même du droit de grève et du droit de négociation. La Cour ne choisit aucune de ces deux solutions qui aurait signifié une "hiérarchie" entre les droits en cause, affirmant que "la confrontation des principes n'est pas destructive", et qu'il est possible de trouver un équilibre. Ainsi, comme le note Loïc Azoulai la Cour "a décidé au moins formellement de faire face à la contradiction sérieusement et de ne sacrifier aucun des deux", ce qui la rapproche de la conciliation opérée entre les différentes valeurs constitutionnelles par les cours constitutionnelles<sup>1923</sup>. C'est aussi un signe d'un choix "politique"<sup>1924</sup>, mû notamment par le "désir de conférer à l'Union [...] une composante sociale plus forte", mettant en parallèle avec l'inscription dans le Traité de Lisbonne de la référence à "l'économie sociale de marché" dont l'agenda social de la Commission de mai 2008 s'est inspiré<sup>1925</sup>. La Cour affirme ainsi dans son arrêt *Viking* que "la Communauté ayant [...] non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en

<sup>1916</sup> Aff.C-438/05, *Viking*, pt.45 ; aff.C-341/05, *Laval*, pts.90-91.

<sup>1917</sup> *Ibid.*, pt.46.

<sup>1918</sup> *Ibid.*, pt.58 renvoyant à CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, aff.43/75, *Rec.*1976 p.455, pts 31 et 39.

<sup>1919</sup> Aff.C-438/05, *Viking*, pt.65.

<sup>1920</sup> *Ibid.*, pts.35 et 36. La présentation sur ce point dans l'aff.C-341/05, *Laval Laval* (pt.98) est plus succincte.

<sup>1921</sup> Conclusions de l'avocat général Maduro dans l'aff.C-438/05, *Viking*, pt.62 et p.71 pour la demande de soutien des syndicats d'autres Etats ("On pourrait facilement abuser de manière discriminatoire d'une politique d'actions collectives coordonnées, si elle fonctionnait sur la base d'une obligation imposée à tous les syndicats nationaux de soutenir l'action collective menée par l'un de leurs syndicats affiliés. Cela permettrait à tout syndicat national de requérir l'aide d'autres syndicats, afin de subordonner la délocalisation vers un autre Etat membre à l'application de ses propres normes privilégiées de protection des travailleurs, même une fois l'entreprise délocalisée")

<sup>1922</sup> AZOULAI (L.), *The Court...*(*op.cit.* note 1915), pp.1347-1349.

<sup>1923</sup> *Ibid.*, p.1349.

<sup>1924</sup> *Ibid.*, p.1346.

<sup>1925</sup> Discours du Président de la Commission européenne José-Manuel Barroso, *Shaping a modern social agenda for Europe*, Brussels, 6 May 2008 (cité par : *Ibid.*, p.1337).



*balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale*"<sup>1926</sup>. Elle reprend une formule comparable dans son arrêt *Laval*<sup>1927</sup>.

**418.** Toutefois la pratique ne correspond pas à la conciliation théorique annoncée. Dans l'affaire *Viking*, la Cour constate aisément le caractère entravant de l'action collective car la demande que les conditions de travail soient conservées à l'identique rend "*moins attrayant, voire même inutile*" l'usage de la liberté d'établissement en empêchant Viking de bénéficier des mêmes conditions que les autres opérateurs économiques établis en Estonie. Mais elle considère que l'amélioration des conditions de travail des équipages de bateaux sous pavillon de complaisance est un but légitime<sup>1928</sup>. La balance opérée par la Cour apparaît jusque là équilibrée, mais la CJCE se révèle ensuite extrêmement stricte quant à l'étude du respect de la proportionnalité. Elle renvoie au juge national pour voir si des menaces réelles existaient dans l'espèce, et lui donne un cadre exigeant, indiquant qu'il doit rechercher si les syndicats n'avaient pas d'autres moyens moins restrictifs que la grève et, dans le cas où ces moyens existaient, s'ils avaient été épuisés avant le recours à la grève<sup>1929</sup>.

Dans l'affaire *Laval*, une directive de 1996 sur le détachement de travailleurs posait un noyau de règles impératives de protection minimale pour les travailleurs détachés<sup>1930</sup>. Ni la loi de transposition suédoise, ni aucune convention collective d'application générale n'avait réglé la question du salaire minimal, le législateur ayant choisi de laisser la possibilité d'un accord au cas par cas au sein des entreprises sur ce point. La Cour estime à cet égard que cette dernière voie n'était pas ouverte par la directive<sup>1931</sup>. Elle ajoute que les partenaires sociaux n'étant pas des entités de droit public, ils ne pouvaient exercer le pouvoir laissé aux Etats de prendre des règles plus protectrices et ainsi justifier l'entrave à la libre prestation de service<sup>1932</sup>.

Concernant l'art.49 CE, la Cour considère que l'action collective des syndicats suédois constituait une entrave à la libre prestation de service<sup>1933</sup>, mais que la lutte contre une éventuelle pratique de dumping social était un but légitime<sup>1934</sup> s'il visait la protection des travailleurs détachés. Mais reprenant le contexte de négociation au cas par cas pour les salaires minimaux en Suède, elle estime que les grèves ne sont pas justifiées car les dispositions en la matière ne sont "*pas suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal*"<sup>1935</sup>. La Cour ne suit ainsi pas l'avocat général Mengozzi qui proposait dans ses conclusions dans l'affaire *Laval* une comparaison avec le taux de salaire moyen dans les entreprises du secteur dans la région de la Suède concernée, estimant que l'imprévisibilité était inhérente à la liberté de négociation<sup>1936</sup>. Elle impose aussi aux syndicats les mêmes obligations qu'aux Etats tout en ne leur donnant pas les mêmes possibilités de justification. Ils peuvent être assimilés à l'Etat dans la réalisation d'entrave, mais pas quant à la définition de la protection sociale. Elle ne tient pas compte de la faiblesse des travailleurs par rapport aux employeurs dans le cadre économique transnational<sup>1937</sup> comme l'invitait à le faire

<sup>1926</sup> Aff.C-438/05, *Viking*, pt.79.

<sup>1927</sup> *Ibid.*, pts.104-105.

<sup>1928</sup> *Ibid.*, pts.88-89.

<sup>1929</sup> *Ibid.*, pt.87.

<sup>1930</sup> Aff.C-341/05, *Laval*, pts.59-60.

<sup>1931</sup> *Ibid.*, pt.63.

<sup>1932</sup> *Ibid.*, pt.84.

<sup>1933</sup> *Ibid.*, pt.99.

<sup>1934</sup> *Ibid.*, pt.103.

<sup>1935</sup> *Ibid.*, pt.110.

<sup>1936</sup> Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'aff.C-341/05, *Laval*, pts.258-260.

<sup>1937</sup> En sens : AZOULAI (L.), *The Court... (op.cit. note 1915)*, p.1354 ; BERCUSSON (B.), *The Trade Union Movement and the European Union : Judgement Day*, *ELJ*, 2007, n°13, p.307.

l'avocat général Maduro dans ses conclusions dans l'affaire *Viking*<sup>1938</sup>.

Certes cette position pourrait s'expliquer dans l'affaire *Laval* par la volonté de mettre le législateur communautaire qui avait fait le choix d'une directive de coordination minimale face à ses responsabilités alors que les Etats ont pu parfois reprocher à la Cour d'aller trop loin dans sa jurisprudence, de contourner des textes de droit dérivé. Et il est aussi possible de penser que la Cour a été influencée dans sa solution concrète par les circonstances des deux affaires<sup>1939</sup>. Toutefois, l'impact négatif de cette jurisprudence auprès de l'opinion publique européenne demeure.

**419.** La limitation des droits sociaux ne provient pas uniquement de la conciliation avec les libertés de circulation, elle est également issue de l'encadrement du droit d'accès aux droits sociaux. Toutefois, il faut souligner que ces deux justifications se retrouvent dans les autres systèmes fédéraux étudiés.

#### **4) Les limites du droit de séjour et du bénéfice de l'égalité de traitement**

**420.** Les deux justifications à la limitation du droit de séjour et du bénéfice du principe de non discrimination sont que le citoyen qui l'invoque risque de porter atteinte à l'ordre public (a), ou pèse sur le système social de l'Etat d'accueil (b).

##### **a) Le risque d'atteinte à l'ordre public**

**421.** Dans le cas américain, l'art.41§6 b aCS 1848 donne au canton la possibilité d'expulser tout citoyen d'un autre canton qui a fait l'objet d'une privation de ses droits civiques ou devrait être puni pour avoir violé une loi ou un règlement de police. L'art.45 aCS 1874 est plus restrictif puisqu'il précise que l'établissement ne peut être qu'exceptionnellement refusé ou retiré, et, dans le cas d'atteinte à l'ordre public, uniquement s'il s'agit de délits graves. Dans le cas américain, l'article IV des Articles de la Confédération prévoit une exception à la liberté de circulation, au régime des privilèges et immunités pour les échappés de justice. Dans le cadre de la Constitution de 1787, la Cour suprême a repris cette exception. Ainsi dans un arrêt *Mayor of New York v. Miln* de 1837, elle reconnaît la validité d'une mesure étatique préventive à l'encontre de potentiels condamnés.

**422.** Une illustration de l'application de ce motif dans l'Union européenne se trouve dans l'arrêt *Olazabal* de 2002 où une limitation du séjour d'un espagnol en France en raison de ses liens avec le milieu séparatiste basque a été jugée valable malgré l'absence de règle comparable applicable aux français<sup>1940</sup>. On constate toutefois une restriction croissante des possibilités de justification des expulsions par l'Etat membre d'accueil d'un ressortissant d'un autre Etat membre qui y réside pour un motif d'ordre public. C'est une manifestation de l'augmentation de l'importance du statut de citoyen européen.

Dans un arrêt *Orfanopoulos et Oliveri* de 2004<sup>1941</sup> tout d'abord, la Cour a donné une première interprétation stricte des possibilités d'expulser un citoyen européen résidant depuis plus de dix ans dans l'Etat d'accueil. La Cour précise en effet qu'une "interprétation

---

<sup>1938</sup> Si celui-ci estimait que la liberté de circulation devait être opposable aux syndicats dans l'affaire *Viking*, il appelait à tenir compte de ce que ces derniers défendaient une partie faible les travailleurs vis-à-vis des employeurs (Conclusions dans l'aff.C-438/05, *Viking*, pt.58) et de ce que les travailleurs étaient moins mobiles que les capitaux et les entreprises (*Ibid.*, pt.70).

<sup>1939</sup> Un boycott de tous les chantiers de Laval en Suède est organisé par solidarité qui conduit finalement l'entreprise à la faillite en mars 2005. Dans le sens d'une telle influence des circonstances des espèces : AZOULAI (L.), *The Court...*(*op.cit.* note 1915), p.1346.

<sup>1940</sup> CJCE, 26 novembre 2002, *Olazabal*, aff.C-100/01, *Rec.*2002 p.I-10981.

<sup>1941</sup> CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, aff.C-482/01 et C-493/01, *Rec.*2004 p.I-5257.



*particulièrement restrictive des dérogations à [la] liberté [de circulation et de séjour] est exigée par le statut de citoyen de l'Union" en rappelant son affirmation que "ce statut a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres"*<sup>1942</sup>. Elle ajoute que dans le cas où le requérant bénéficie d'une protection spéciale en raison de sa situation familiale, le juge de renvoi doit tenir compte pour vérifier la proportionnalité de l'ingérence dans le droit à la vie familiale de *"la nature et la gravité de l'infraction commise par l'intéressé, la durée de son séjour dans l'État membre d'accueil, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction, la situation familiale de l'intéressé et la gravité des difficultés que risquent de connaître le conjoint et leurs enfants éventuels dans le pays d'origine de l'intéressé"*<sup>1943</sup>.

Claire Marzo note qu'il n'aurait pas été illogique que la jurisprudence aille plus loin en écartant l'expulsion dans le cas où la personne bénéficie d'un droit de séjour permanent, à l'instar de ce que l'Etat s'interdit de faire pour ses nationaux, mais elle exprime un doute sur le caractère souhaitable d'une telle évolution qui reviendrait à nier la distinction entre national et citoyen européen<sup>1944</sup>. Une telle évolution ne ferait que tirer les conséquences de l'appartenance fédérale, mais la Cour ne souhaite pas se heurter aux Etats dans un domaine aussi sensible alors que la directive n°2004/38 maintient une possibilité d'expulsion dans un tel cas même si c'est sous de strictes conditions.

**423.** Cette directive établit un régime de protection évolutif en fonction du degré d'intégration. L'art.28 §1 impose de façon générale de tenir compte pour un éloignement pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique de la durée du séjour, de l'âge, l'état de santé, situation familiale, l'intégration sociale, l'intensité des liens avec son Etat d'origine, selon une formule proche de celle de l'arrêt *Orfanopoulos*<sup>1945</sup>. Puis, l'art.28§2 précise qu'un éloignement n'est possible en cas de séjour permanent que pour *"raisons impérieuses de sécurité publique définies par les États membres"*. Enfin, l'art.28§3 précise que l'expulsion d'un mineur ou d'une personne résidant depuis plus de dix ans dans l'Etat concerné n'est possible qu'en cas de *"motifs graves de sécurité publique"*.

La Cour de justice a apporté dans l'arrêt *Tsakouridis* de 2010<sup>1946</sup> des précisions concernant l'appréciation des conditions d'utilisation de la justification fondée sur l'ordre public dans le cas de personnes ayant pratiquement toujours vécu dans l'Etat d'accueil. En l'espèce, un ressortissant grec né en 1978 en Allemagne, y ayant été scolarisé, et y résidant depuis bénéficiait d'un permis de séjour illimité depuis 2001. Il avait été condamné à plusieurs amendes entre 1998 et 2002, et condamné en août 2007 pour commerce illégal en bande organisée de stupéfiants à six ans et demie de prison. En 2008, son droit de séjour lui est retiré en arguant qu'une peine de prison de plus de cinq ans constitue une raison impérieuse de sécurité publique au sens de l'art.28§3 a) de la directive n°2004/38 et que l'intérêt du requérant à ne pas perdre ce droit ne l'emporterait pas sur l'intérêt public de lutte contre le trafic de stupéfiants. La Cour de justice cite tout d'abord le 23<sup>e</sup> considérant de la directive n°2004/38 en vertu duquel un éloignement d'un citoyen européen ou d'un membre de sa famille pour des *"raisons d'ordre public ou de sécurité publique peut nuire gravement aux personnes qui, ayant fait usage des droits et des libertés conférés par le traité, se sont véritablement intégrées dans l'État membre d'accueil"*<sup>1947</sup>. La Cour indique que le législateur a entendu strictement les justifications de l'éloignement dans le cas d'un séjour ininterrompu de dix ans, les restreignant à des *"circonstances exceptionnelles"*, à une atteinte particulièrement grave à la sécurité

<sup>1942</sup> *Ibid.*, pt.65.

<sup>1943</sup> *Ibid.*, pt.99.

<sup>1944</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.226.

<sup>1945</sup> Aff.C-482/01 et C-493/01, *Orfanopoulos et Oliveri*.

<sup>1946</sup> CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff.C-145/09.

<sup>1947</sup> *Ibid.*, pt.25.



publique<sup>1948</sup>. Elle poursuit que le trafic de stupéfiants pourrait permettre de respecter ce critère<sup>1949</sup>, mais ajoute que des condamnations antérieures ne doivent pas à elles seules permettre de motiver une mesure d'éloignement, et que "*le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle et actuelle pour un intérêt fondamental de la société ou de l'État membre concerné*" rappelant la nécessité d'un examen individuel du cas d'espèce<sup>1950</sup>. Elle appelle le juge de renvoi à effectuer une balance entre le degré de gravité de l'infraction, de la peine et "*le risque de compromettre la réinsertion sociale du citoyen de l'Union dans l'État où il est véritablement intégré*"<sup>1951</sup>.

Dans un arrêt P.I. de mai 2012, la Cour a rappelé cette exigence d'interprétation stricte des conditions d'expulsion du territoire et l'obligation de fonder cette décision sur le degré de gravité particulièrement élevé d'une infraction, pour des citoyens européens résidant depuis plus de dix ans dans un Etat membre<sup>1952</sup>. Dans l'espèce, si elle souligne que le viol de mineur en cause pouvait être considéré comme remplissant ce critère, elle ajoute qu'il faut en outre qu'il existe une "*menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population*" (pt.29) et que la juridiction interne doit tenir compte de différents facteurs comme la durée du séjour du citoyen européen sur le territoire<sup>1953</sup>.

Par ailleurs, la Cour a rappelé dans un arrêt *Hristo Gaydarov* de 2011 que l'existence d'une condamnation pénale antérieure ne suffit pas pour conclure qu'il existe une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société permettant de justifier une limitation de la liberté de circulation d'un citoyen européen<sup>1954</sup>.

Enfin, il est à noter que l'art.27§1 de la directive n°2004/38 précise que les raisons d'ordre public ne sauraient être détournées à des fins économiques. A cet égard, la Cour a précisé dans un arrêt *Aladzhov* de 2011 que si le non-recouvrement de créances fiscales peut relever des exigences d'ordre public prévues par la directive n°2004/38 comme exception à la liberté de circulation, tel n'est le cas que s'il existe une "*menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société*", notamment au regard des fortes sommes en jeu ou de la nécessité de lutter contre la fraude fiscale<sup>1955</sup>. Elle ajoute dans cet arrêt que la décision d'interdiction de sortie du territoire ne peut résulter automatiquement de l'existence d'une dette fiscale, et qu'il faut que l'Etat procède à une étude du comportement personnel de l'individu concerné<sup>1956</sup>.

**424.** Une autre limite est posée par les conditions de ressources, la volonté que le citoyen fédéral ressortissant d'un autre Etat membre ne pèse pas sur le système social de son Etat de résidence.

## **b) L'argument du poids sur le système social étatique**

**425.** Dans le cas américain, l'art.IV des Articles de la Confédération posant le principe du bénéfice des privilèges et immunités des citoyens américains au sein de tous les Etats membres, prévoit une exception concernant les pauvres et les vagabonds. Dans le cadre de la Constitution de 1787, la Cour suprême a repris ces exceptions. Par exemple dans l'arrêt *Mayor of New York v. Miln* de 1837, elle reconnaît la validité d'une mesure étatique préventive à l'encontre des

---

<sup>1948</sup> *Ibid.*, pts.40-41.

<sup>1949</sup> *Ibid.*, pt.47.

<sup>1950</sup> *Ibid.*, pts.48-49.

<sup>1951</sup> *Ibid.*, pt.50.

<sup>1952</sup> CJUE, 22 mai 2012, *P. I.*, aff.C-348/09, pts.19-20.

<sup>1953</sup> *Ibid.*, pts.29 et 32.

<sup>1954</sup> CJUE, 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov*, aff.C-430/10, pt.38.

<sup>1955</sup> CJUE, 17 novembre 2011, *Aladzhov*, aff.C-434/10, pt.37.

<sup>1956</sup> *Ibid.*, pt.43.



pauvres, vagabonds<sup>1957</sup>.

Il faut attendre la décision *Edwards v. California* de 1941 pour que la Cour écarte l'exception jusqu'alors acceptée à la libre circulation des citoyens américains dans le besoin<sup>1958</sup>. Dans l'espèce, une loi de la Californie posait comme délit d'amener dans l'Etat, ou d'aider à y entrer, un non résident "indigent", sachant que le critère de l'indigence s'étendait aux personnes n'ayant aucune propriété et sans ressource suffisante pour vivre et n'ayant aucune famille ou amis pour les aider. La Cour estime qu'un tel critère est une tentative de s'isoler des problèmes communs en restreignant le transport de personnes et de biens à travers ses frontières et cite une décision antérieure soulignant l'obligation de solidarité entre Etats<sup>1959</sup>. Elle rappelle le principe traditionnel selon lequel "*chaque communauté devrait s'occuper de ses propres indigents*", et donc la responsabilité du gouvernement local, mais l'estime ne plus correspondre à la société industrielle qui s'est développée depuis les années 1930 et dans laquelle l'assistance n'est plus seulement locale, car des lois fédérales sur la sécurité sociale sont intervenues qui prévoient la coopération du gouvernement fédéral et des gouvernements des Etats<sup>1960</sup>. La Cour suprême a poursuivi l'interprétation restrictive des exceptions en jugeant, dans son arrêt *Shapiro v. Thompson* de 1969, inconstitutionnelle l'exigence d'un minimum de résidence d'un an avant de pouvoir bénéficier d'aides sociales dans un Etat<sup>1961</sup>. Elle a confirmé cette position dans sa décision *Saenz v. Roe* de 1999 tout en prenant comme fondement la clause de citoyenneté et non plus comme auparavant sur la clause du commerce entre Etats. Elle y a affirmé que "*les citoyens des Etats-Unis, qu'ils soient riches ou pauvres ont le droit de choisir d'être citoyens de l'Etat où ils résident*"<sup>1962</sup>.

Les Etats ont toutefois conservé une marge jusqu'à aujourd'hui pour définir ce qui constituait une résidence et restreindre par ce biais l'accès aux aides sociales fournies par l'Etat. Ils exigent ainsi une résidence d'un an pour les étudiants qui ne viennent pas de l'Etat d'accueil pour bénéficier des mêmes droits d'inscriptions que les étudiants qui résidaient auparavant dans l'Etat d'accueil<sup>1963</sup>. Gérald Neuman relève bien le parallèle concernant la liberté de circulation des pauvres entre les EU et l'UE<sup>1964</sup>.

**426.** En Suisse, la dépendance du recours à une aide publique était un motif permettant aux cantons d'expulser les citoyens d'autres cantons. L'art.41 §1 c aCS 1848 accordait le droit aux suisses de s'établir sur tout le territoire fédéral, sous réserve que le citoyen désireux de s'établir dans un autre canton prouve qu'il disposait de ressources suffisantes pour sa famille et lui. Selon l'art.41 §6 b, un canton pouvait aussi expulser le citoyen d'un autre canton s'il devient une charge pour lui suite à une diminution de ses ressources.

Ce principe de possibilité d'expulsion sur la base des ressources a subsisté dans son principe jusqu'en 1975, date à laquelle le gouvernement fédéral a imposé le principe de résidence pour la responsabilité en matière d'aide aux personnes en difficulté y compris si ces personnes provenaient d'autres cantons suisses<sup>1965</sup>. Christophe Schönberger note toutefois que cette restriction avait déjà reculé auparavant grâce à des concordats entre cantons et par le principe posé par l'art.45 §3 aCS 1874 selon lequel le refus d'accès sur la base des revenus n'était

<sup>1957</sup> *Mayor of New York v. Miln*, 36 U.S. (11 pet.) 102 (1837), pp.142 et s.

<sup>1958</sup> *Edwards v. California* 314 U.S. 160 (1941).

<sup>1959</sup> La Cour considère que la Constitution "*est fondée sur la théorie que les peuples des différents Etats doivent couler ou nager ensemble, et que sur le long terme la prospérité et le salut sont dans l'union et non la division*": *Ibid.*, pp.173-174.

<sup>1960</sup> 314 U.S. 160 (1941) (pp.174-175)

<sup>1961</sup> *Shapiro v. Thompson* 394 U.S. 618 (1969).

<sup>1962</sup> *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999), p.510. Voir sur l'interprétation extensive de la clause de commerce la partie II chap.I sect.I §2 B 2).

<sup>1963</sup> *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441 (1972), pp.452 et s.

<sup>1964</sup> NEUMAN (G.), *Fédéralisme...*(*op. cit.* note 1406), p.167.

<sup>1965</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.87.



possible qu'en cas de dépendance durable à l'aide publique dans le canton d'origine<sup>1966</sup>. L'art.45§4 aCS 1874 précisait en outre que "*dans les cantons où exist[ait] l'assistance au domicile, l'autorisation de s'établir p[ouvai]t être subordonnée [...] à la condition [pour les concernés] qu'ils soient en état de travailler et qu'ils ne soient pas tombés, à leur ancien domicile dans le Canton d'origine, d'une manière permanente, à la charge de la bienfaisance publique*".

L'art.24 CS prévoit désormais un droit d'établissement illimité pour les citoyens suisses et l'art.115 précise que c'est le canton de domicile qui est chargé de l'aide aux personnes dans le besoin. Toutefois, cet article renvoie à la possibilité d'exceptions posées par le législateur. Ainsi, les deux premières années de résidence dans un autre canton, c'est le canton d'origine du citoyen suisse qui doit continuer à supporter le coût de l'aide<sup>1967</sup>.

**427.** Pour ce qui concerne le cas allemand, l'art.3§3 CCN précisait sous la Confédération du Nord que "*les dispositions qui concernent l'assistance des pauvres et l'admission dans les liens communaux*" n'étaient pas incluses dans l'indigénat commun, ce qui permettait aux Etats d'expulser les ressortissants d'autres Etats membres qui se trouvaient dans le besoin, dans leur Etat d'origine. Le régime a été assoupli avec la loi sur le domicile d'assistance (Unterstützungswohnsitz) du 6 juin 1870<sup>1968</sup>. Elle prévoit qu'après une durée de séjour de deux ans, réduite à un an en 1908, que la commune et l'Etat d'origine ne sont plus soumis à une obligation d'aide, et que ce sont les organismes s'occupant des personnes en difficultés dans l'Etat de résidence qui le sont. En vertu de son §5, une expulsion avant l'acquisition du "domicile d'assistance" n'est possible que si le besoin d'aide ne provient pas d'une incapacité temporaire de travail, et augmente si la personne est durablement dépendante d'une aide publique. Grâce à cette loi, la circulation des personnes a été largement renforcée<sup>1969</sup>. Sous Weimar, le système a été remplacé par un système d'aide social uniforme<sup>1970</sup> qui a été repris sous la Loi fondamentale.

**428.** Dans le cas européen, les citoyens européens ne bénéficiant pas d'un statut économique doivent avoir des revenus suffisants et une assurance maladie pour pouvoir accéder au droit de séjour. Les directives de 1990 soumettaient le droit de séjour des ressortissants européens inactifs à des ressources suffisantes "*pour éviter qu'ils ne deviennent une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil*" et "*une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil*". La directive n°2004/38 reprend cette condition en son art.7 §1 b) et c). A cet égard Sandrine Maillard note que si la citoyenneté sociale européenne est "*de nature à remédier à une indifférence des citoyens à la construction européenne*", le législateur européen freine ce processus en posant des limites à son bénéfice par la " *Crainte d'un tourisme social*" qui a toujours existé mais s'est renforcée avec l'élargissement de l'UE de 2004<sup>1971</sup>. Face à cette crainte de la possibilité de demander des aides plus élevées dans l'Etat d'accueil que dans son Etat d'origine, Christophe Schönberger oppose qu'aucune étude n'a jusqu'à maintenant montré un lien entre flux de population au sein d'une union fédérale et niveau d'aide sociale et rappelle que les craintes d'afflux massif lors des précédents élargissements ne se sont pas réalisés, pas plus dans le cas du dernier élargissement de 2004 et 2007<sup>1972</sup>.

---

<sup>1966</sup> *Ibid.*

<sup>1967</sup> art.16 de la loi sur la compétence en matière d'assistance aux personnes dans le besoin du 24 juin 1977 (RS, 851.1).

<sup>1968</sup> *BGBL.*, p.360.

<sup>1969</sup> Sur ces points : cf. SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.104-107.

<sup>1970</sup> *Ibid.*, p.107.

<sup>1971</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), pp.240-244.

<sup>1972</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1), p.354-355

Le même auteur souligne, en se référant aux expériences américaine, allemande et suisse, que l'exigence des revenus suffisants et une assurance maladie pour bénéficier du droit de séjour si l'on est inactif n'est pas applicable à long terme, car elle a pour conséquence de fortement entraver la mobilité primordiale dans une société industrielle<sup>1973</sup>. Il ajoute, toujours sur la base de cette expérience, que d'autres systèmes sont envisageables comme le remboursement des aides par l'Etat d'origine, un système de péréquation entre Etats en fonction des charges dues à l'exercice du droit de séjour, ou encore l'imposition d'une composante temporelle. Le paiement par l'Etat d'origine a été pratiqué aux Etats-Unis, et demeure ainsi en partie appliqué en Suisse lors des deux premières années de résidence<sup>1974</sup>. Le système de demande de récupération de l'aide à l'Etat d'origine se justifie assez mal en cas de résidence durable dans un autre Etat, et Christophe Schönberger renvoie aux problèmes connus en Suisse qui connaissait une durée de droit à demande de dix ans de résidence de 1977 à 1990. La demande de récupération de l'aide à l'Etat d'origine entraîne en outre une lourdeur administrative qui engendre elle-même des coûts, et un risque important de conflit entre Etats. Il serait toutefois envisageable au début de la résidence tout comme c'est la pratique en Suisse<sup>1975</sup>. Un tel système existe dans l'UE en matière de sécurité sociale, de coût de santé des retraités, mais serait, comme le note Christophe Schönberger, difficile à gérer en matière d'aide sociale, notamment si la mobilité augmente<sup>1976</sup>. Il est possible par ailleurs de prévoir que si une aide n'est que temporaire, elle n'entraîne pas la fin du droit de séjour, éventuellement en prévoyant le remboursement par l'Etat d'origine. Le projet de directive pour la liberté de circulation et le droit de séjour des étudiants prévoyait un tel système de récupération de l'aide, mais la directive finalement adoptée n'a pas repris cet aspect. Il est possible enfin de poser qu'au bout d'une certaine durée de séjour, il ne peut plus y avoir expulsion sur la base de la nécessité pour la personne concernée de demander une aide publique, à l'instar du système de domicile d'assistance du Second Empire allemand<sup>1977</sup>. La directive de 2004 va dans ce sens en posant un droit de séjour permanent au bout de cinq ans puisqu'une fois acquis, le séjour n'est plus soumis à aucune condition de ressource ou assurance maladie. Autre avancée de cette directive, l'art.14 §1 précise que le droit de séjour ne peut être remis en cause tant que le citoyen de l'UE et les membres de sa famille "*ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assurance sociale de l'Etat d'accueil*". Par ailleurs, l'art.8§4 pose que le niveau des ressources suffisantes ne peut être "*supérieur au niveau en dessous duquel les ressortissants de l'Etat d'accueil peuvent bénéficier d'une assistance sociale*". Il s'agit dans les deux cas d'une codification de la jurisprudence.

La Cour de justice a apporté d'autres assouplissements. Tout d'abord concernant le droit de séjour en précisant dans l'arrêt *Zhu et Chen* de 2004 que les ressources suffisantes et l'assurance maladie pouvaient être fournies par un membre de la famille du citoyen européen<sup>1978</sup>. Par ailleurs, Christophe Schönberger soulignait qu'il serait bon qu'elle précise que la durée pendant laquelle un citoyen européen bénéficie d'aide sociale ne soit pas comptée pour le délai d'acquisition du droit de séjour permanent, tout comme le prévoyait l'ancien droit allemand pour l'acquisition du "domicile d'assistance", car notait-il, cela permettrait de trouver un bon équilibre<sup>1979</sup>. La Cour s'est engagée dans un tel décompte<sup>1980</sup>. Il se pourrait dès lors qu'en contrepartie elle se montre plus restrictive dans l'acceptation de la justification qu'une demande d'aide sociale est une charge déraisonnable pour l'Etat d'accueil.

---

<sup>1973</sup> *Ibid.*, p.349-350.

<sup>1974</sup> *Ibid.*, p.352.

<sup>1975</sup> *Ibid.*, p.358 et note 205.

<sup>1976</sup> *Ibid.*, p.357.

<sup>1977</sup> *Ibid.*, p.368. La durée était de deux ans en 1870 portée à un an en 1908.

<sup>1978</sup> Aff.C-200/02, *Zhu et Chen*, pt.29.

<sup>1979</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.378.

<sup>1980</sup> Cf. les affaires *Lassal*, (aff.C-162/09), et *Dias* (aff.C-325/09) voir *supra* §1 B 2) b).

Concernant l'encadrement de l'accès aux droits sociaux prévus par la directive n°2004/38, la jurisprudence a fait l'objet d'interprétations divergentes. C'est le cas de l'arrêt *Bidar* de 2005. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît à l'Etat d'accueil le pouvoir de s'assurer qu'une aide aux frais d'entretien d'étudiants ne soit pas une charge déraisonnable en exigeant la preuve d'un degré d'intégration. Elle poursuit que le critère de résidence posé par le Royaume peut être exigé pour apporter une telle preuve, mais que comme il peut constituer une discrimination indirecte<sup>1981</sup>, il n'est possible d'y recourir que si la durée de résidence minimum posée est raisonnable<sup>1982</sup>. La Cour précise par ailleurs que cette justification n'est possible que "*si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire*". Claude Blumann et Louis Dubouis estiment que l'arrêt *Bidar* la Cour encadre la possibilité pour les Etats d'exiger une durée de résidence minimale pour accorder un accès aux droits sociaux ; ils considèrent en effet qu'en imposant un respect du principe de proportionnalité, la possibilité pour les Etats d'exiger jusqu'à cinq ans de résidence est soumise par la Cour à un examen *in concreto*<sup>1983</sup>. *A contrario*, Sandrine Maillard estime que cette limitation de l'accès à la solidarité sociale "*ressemble à un compromis réalisé par la Cour de justice pour sauvegarder une logique sociale de solidarité entre les citoyens de l'Union, tout en répondant aux préoccupations économiques des Etats membres à l'heure de l'élargissement de l'Union européenne*"<sup>1984</sup>. De même, l'interprétation proposée par la Cour de justice dans l'arrêt *Förster* de 2008<sup>1985</sup> a parfois été considéré comme trop stricte. Elle ne considère en effet que la durée de résidence, cinq ans, dans sa recherche de l'accomplissement de la condition d'intégration, et laisse ainsi de côté les éléments de preuve concrète d'une telle intégration de la requérante dans l'Etat d'accueil. Dans sa décision *Collins*<sup>1986</sup>, la CJCE énonce également qu'une condition de résidence peut être posée à un demandeur d'emploi pour bénéficier d'une allocation chômage, mais qu' "*elle ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour que les autorités nationales puissent s'assurer que l'intéressé est réellement à la recherche d'un emploi dans le marché du travail de l'Etat membre d'accueil*"<sup>1987</sup>. Le but étant de prouver le lien avec le marché du travail de cet Etat. Toutefois dans ce cas, Sandrine Maillard souligne que la Cour pourrait contourner la condition posée en se fondant sur l'art.39 CE (art.45 TFUE), et le statut de travailleur<sup>1988</sup>.

Mais, si cette appréciation peut apparaître restrictive<sup>1989</sup>, eu égard à sa jurisprudence sinon généreuse, elle peut être expliquée par le souci de respecter la volonté du législateur européen exprimée dans la directive n°2004/38.

**429.** En dehors des droits sociaux, les droits politiques conférés par la citoyenneté fédérale peuvent contribuer à un renforcement du sentiment d'appartenance fédéral.

## **B. Les droits politiques conférés au citoyen fédéral**

**430.** Le citoyen fédéral bénéficie des droits classiques de la démocratie représentative (1). Mais au-delà, il peut avoir des droits relevant de la démocratie directe ou de ce qui est appelé "*démocratie participative*" (2).

### ***1) Les droits politiques classiques des citoyens fédéraux***

---

<sup>1981</sup> Aff.C-209/03 *Bidar*, pts.56-57.

<sup>1982</sup> *Ibid.*, pt.59.

<sup>1983</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit matériel...*(*op.cit.* note 1091), 6<sup>e</sup> éd., 2012, p.62.

<sup>1984</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.239.

<sup>1985</sup> CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, Aff.C-158/07, *Rec.*2008 p.I-8507

<sup>1986</sup> CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, Aff.C-138/02, *Rec.*2004 p.I-2703.

<sup>1987</sup> *Collins*, Aff.C-138/02, pt.72.

<sup>1988</sup> En ce sens : MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.241.

<sup>1989</sup> Critique en ce sens de : MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.233.



**431.** Un citoyen fédéral peut accéder à des droits politiques "horizontaux" dans l'Etat de résidence (a), mais il a également des droits politiques "verticaux" de vote et d'éligibilité concernant les institutions fédérales (b). Enfin, il peut bénéficier d'une protection diplomatique complémentaire soit par le niveau fédéral, soit par les autres Etats membres (c).

#### **a) L'accès aux droits politiques étatiques**

**432.** L'art.19§2 CE (22§2 TFUE), repris par l'art.40 de la Charte des droits fondamentaux pose le principe du droit de vote et d'éligibilité pour les élections municipales dans son lieu de résidence pour tout citoyen européen quel que soit son Etat d'origine. La directive n° 94/80 du 19 décembre 1994<sup>1990</sup> pose son cadre d'exercice<sup>1991</sup>. Cette directive n'interdit pas de voter pour les élections communales à la fois dans son lieu de résidence et dans son Etat d'origine, il ne vise que le droit pour les ressortissants d'Etats membres de voter dans un autre Etat membre dans lequel ils résident. Son art.1§2 précise en effet qu'elle ne touche pas les dispositions étatiques concernant le droit de vote des ressortissants d'un Etat membre qui ont leur résidence en dehors de cet Etat. La proposition de la Commission prenait une approche plus unitaire, mais l'absence d'interdiction se justifie par la considération qu'il s'agit de deux corps représentatifs totalement différents<sup>1992</sup>. Au-delà, il n'existe pas de droit de vote et d'éligibilité aux élections nationales. Une solution pour respecter l'identité des Etats et renforcer l'identité européenne pourrait alors être de faciliter l'acquisition de la nationalité de l'Etat d'accueil en plus de celle de son état d'origine pour les ressortissants des Etats membres, même si Christophe Schönberger considère que le citoyen européen se sentirait alors simplement plus lié à l'Etat d'accueil mais pas pour autant plus à l'UE<sup>1993</sup>.

**433.** Dans le cas américain, l'accès aux droits politiques étatiques n'est pas inclus dans la Constitution de 1787, mais cela importe peu car les citoyens d'un Etat qui s'établissent dans un autre sont considérés comme citoyens de l'Etat après une certaine durée de résidence et se voient accorder les droits politiques étatiques<sup>1994</sup>.

Les Etats américains ont été longtemps libres de fixer les conditions auxquelles devaient répondre les citoyens de leur Etat pour voter aux élections fédérales et élections intérieures. Il faut attendre les années 1960 pour que la Cour suprême dégage un principe d'égalité concernant la participation aux différents scrutins<sup>1995</sup>. Il demeurerait toutefois encore une possibilité de fixer une durée de résidence minimale, condition qui a été interdite par la Cour suprême dans l'arrêt *Dunn v. Blumstein* de 1972<sup>1996</sup>. Les conditions pour être éligibles sont également encadrées par la jurisprudence fédérale<sup>1997</sup>, mais moins strictement que les conditions d'accession au droit de vote. Dans l'arrêt *Chimento v. Stark* de 1973<sup>1998</sup>, la Cour suprême estime ainsi conforme à la Constitution une condition de résidence étatique de sept ans pour être éligible comme gouverneur comme justifiée par la nécessité d'avoir une connaissance suffisante de l'Etat dans lequel le citoyen se présente.

---

<sup>1990</sup> JOCE, n°L 122 du 31 décembre 1994.

<sup>1991</sup> Elle précise des particularités de résidence pour le Luxembourg et pour certaines communes belges, ainsi que les réserves françaises concernant les fonctions de maire, adjoint au maire ou suppléant qui indiquent qu'ils ne peuvent participer à la désignation des électeurs ou des membres d'une assemblée parlementaire.

<sup>1992</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.459. On différenciera à cet égard du cas du vote à une assemblée nationale car celle-ci a un impact sur la composition du gouvernement et donc indirectement sur le vote au Conseil...

<sup>1993</sup> *Ibid.*, pp.264 et 266.

<sup>1994</sup> *Ibid.*, p.66.

<sup>1995</sup> NEUMAN (G.), *Fédéralisme...*(*op. cit.* note 1406), p.155.

<sup>1996</sup> *Dunn v. Blumstein* 405 U.S. 330 (1972).

<sup>1997</sup> NEUMAN (G.), *Fédéralisme...*(*op. cit.* note 1406), p.156.

<sup>1998</sup> *Chimento v. Stark*, 414 U.S. 802, 802 (1973).

**434.** Dans le cas suisse, en vertu de l'art.42 aCS 1848 (43 aCS 1874), les suisses qui s'établissent dans un canton autre que celui dont ils ont la citoyenneté obtiennent les droits politiques cantonaux après une certaine durée de résidence qui ne peut dépasser deux ans. Christophe Schönberger souligne toutefois les difficultés pour atteindre un exercice effectif des droits politiques pour les suisses citoyens d'autres cantons, certains cantons ayant cherché des moyens de s'y soustraire pendant plusieurs dizaines d'années. Ainsi, le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures n'a effectué de révision constitutionnelle permettant un tel exercice qu'en 1872<sup>1999</sup>. D'autres, à l'instar du canton de Bâle-Ville, estimaient qu'il aurait été préférable de faciliter la naturalisation, l'accession à la citoyenneté du canton, que de donner des droits politiques à des suisses qui ne sont pas citoyens du canton<sup>2000</sup>. A cet égard, un droit fédéral à la naturalisation dans un canton n'existe pas et il n'existe pas de moyen de recours fédéral contre une décision cantonale en la matière<sup>2001</sup>. Le tribunal fédéral a simplement indiqué dans une décision de 1964 qu'une personne disposait d'un recours pour violation de l'art.4 aCS 1874 uniquement dans les cas dans lesquels un tel droit n'existait pas en vertu du droit cantonal<sup>2002</sup>. En outre, il est à noter que la plupart des cantons n'autorisent pas d'avoir plus de deux citoyennetés communales et cantonales, et dans certains autres, le renoncement aux citoyennetés antérieures est exigé.

Il est par ailleurs à souligner que les droits politiques communaux n'ont été étendus aux suisses d'autres communes qu'avec la révision constitutionnelle totale de 1874 (art.43§4 aCS 1874). Cela s'explique par les avantages financiers importants offerts et que l'on n'était pas prêts à partager<sup>2003</sup>. Désormais l'art.39§3 CS précise que les cantons ne peuvent pas exiger une résidence de plus de trois mois comme condition pour accéder au droit de vote aux élections cantonales et communales.

**435.** Dans le cas allemand, l'indigénat commun ne donnait pas accès à l'exercice de droits politiques au sein des Etats sous la Confédération du Nord et sous le Second Empire<sup>2004</sup>. Ce n'est qu'avec la République de Weimar (art.17 WRV) qu'un droit de vote et d'éligibilité est donné à tout allemand dans le Land et la commune où il réside. La solution proposée entretemps était différente de celle adoptée par la Suisse. Le législateur fédéral avait en effet choisi d'adopter dès 1870 une réglementation facilitant pour un citoyen allemand l'acquisition du statut de ressortissant de l'Etat dans lequel il résidait<sup>2005</sup>. Cette acquisition n'entraînait pas la perte de son statut de ressortissant de son Etat d'origine. Cela a conduit à des appartenances multiples au sein du Second Empire.

## **b) La participation aux élections fédérales**

**436.** Dans le cas américain, la Constitution de 1787 pose les conditions pour être éligibles au Congrès et à la présidence des Etats-Unis. L'art. I sect. 2 et 3 et l'art.II sect.1 exige la citoyenneté américaine. Pour être éligible à la Chambre des représentants, il est en outre nécessaire de résider depuis sept ans dans l'Etat où l'on veut se présenter aux élections (art.I sect.2 al.2).

**437.** Dans le cas suisse, l'art.42§1 aCS 1848 (43§2 aCS 1874 ; 39§2 CS) garantit à tout

---

<sup>1999</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.93.

<sup>2000</sup> *Ibid.*, p.92.

<sup>2001</sup> Sur ces points cf. : SCHAFFHAUSER (R.), *Bürgerrechte* (*op. cit.* note 1432), p.321.

<sup>2002</sup> BGE 90 I 276 et s., 279 et s. (Bundesgerichtentscheide) (cité par : SCHAFFHAUSER (R.), *Ibid.*, p.322.

<sup>2003</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1), p.444

<sup>2004</sup> Sur ces éléments cf. : *Ibid.*, pp.108-111.

<sup>2005</sup> On notera que l'on parlait de "naturalisation" dans le cas des étrangers (précisé par SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1), p.110 note 245).



citoyen suisse l'exercice de ses droits politiques dans les affaires fédérales dans le canton dans lequel il réside même s'il n'en est pas ressortissant. Comme le note Christophe Schönberger, les droits politiques fédéraux sont ainsi présentés sous l'angle de l'égalité de traitement entre les ressortissants du canton et les citoyens suisses qui sont ressortissants d'autres cantons, tout comme c'est le cas dans l'Union européenne pour le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen<sup>2006</sup>. L'art.42§2 aCS 1848 (43§3 aCS 1874 ; 39§3 CS) précise par ailleurs qu'il est interdit d'exercer ses droits politiques dans plusieurs cantons.

**438.** Dans le cas allemand, une loi de 1869<sup>2007</sup> prévoyait que tout ressortissant allemand pouvait voter et être candidat pour les élections du Reichstag dans son lieu de résidence.

**439.** Dans le cas européen, l'art.11§3 du projet de convention portant sur l'élection de l'Assemblée parlementaire européenne au suffrage universel direct de 1960<sup>2008</sup> prévoyait la possibilité pour les ressortissants de tout Etat membre de voter sur le territoire d'un autre Etat membre dans lequel ils résidaient. Le projet de procédure électorale uniforme du Parlement de 1982<sup>2009</sup> posait quant à lui le droit d'éligibilité sur cette base dans son art.6§2. En Italie, à partir de 1989, il était possible d'être élu en étant ressortissant d'un autre Etat membre. Ainsi le français M. Duverger fut-il élu sur la liste des communistes italiens en 1989<sup>2010</sup>. Pour les autres Etats membres de l'UE, il a fallu attendre la directive n°93/109 du 6 décembre 1993<sup>2011</sup> mettant en œuvre l'article 8B TCE issu du Traité de Maastricht. Cette directive fixe les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un Etat membre dont ils ne sont pas ressortissants. L'art.4 pose le principe de l'interdiction d'exercer ce droit dans deux Etats européens, et les articles 6 et 7 garantissent que la privation des droits d'un citoyen européen dans son Etat de résidence est prise en compte dans son Etat d'origine et vice-versa. L'art.5 permet en outre de fixer la même durée de résidence que celle posée aux ressortissants nationaux pour accéder à ce droit.

Peu de ressortissants communautaires ont fait usage de leur droit de voter dans leur Etat de résidence aux élections de 1994, 1999 et 2004<sup>2012</sup>. Le renforcement du sentiment d'appartenance par le biais de ce droit de vote au Parlement européen est ainsi parfois considéré comme un échec eu égard au fort taux d'abstention aux élections européennes, même si les commentateurs défendant cette position le relativise en soulignant que cela est en partie dû à un défaut d'information des citoyens sur leurs droits<sup>2013</sup>.

En dépit de ce constat d'une faible utilisation, le principe reste et les Etats ne peuvent restreindre le bénéfice de ce droit. A cet égard, l'arrêt *Eman et Sevinger* de 2006<sup>2014</sup> illustre les limites de la liberté étatique en matière de restriction du bénéfice des droits de citoyenneté européenne à ses ressortissants. En l'espèce, deux ressortissants néerlandais résidant dans un territoire d'outre mer des Pays-Bas s'étaient vu en l'espèce refuser leur demande d'inscription sur les listes électorales pour les élections européennes. Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour commence par affirmer qu'aucune disposition du droit communautaire ne fixe de règle concernant les titulaires du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen et que les Etats

---

<sup>2006</sup> *Ibid.*, p.94.

<sup>2007</sup> *BGBI.* p.145.

<sup>2008</sup> *JO*, n° 37 du 2 juin 1960, p. 834.

<sup>2009</sup> *JOCE*, n° C 87 du 5 avril 1982, pp. 61-62.

<sup>2010</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament*, éd. J. Harper, 7<sup>e</sup> éd., 2007, p.20

<sup>2011</sup> *JOCE*, n°L 329 du 30 décembre 1993.

<sup>2012</sup> *Ibid.*, p.24.

<sup>2013</sup> En ce sens : MOUSSIS (N.), La construction européenne et le citoyen : déficit démocratique ou déficit d'information ?, *RMCUE*, mars 2000, n°436, p.153 ; voir aussi en ce sens les rapports de la Commission sur la citoyenneté de l'UE : 4<sup>e</sup> rapport, 26 octobre 2004, COM (2004) 695 final, p.5.

<sup>2014</sup> CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, aff.C-300/04, *Rec.*2006 p.I-8055.



sont donc libres de les déterminer dans le cadre du respect du droit communautaire. La Cour indique que les territoires d'outre-mer se voyant appliquer un régime spécial selon lequel les dispositions du droit primaire ne s'appliquent que lorsqu'une telle application est expressément précisée, restreindre le droit de vote et d'éligibilité aux ressortissants nationaux qui résident sur le territoire métropolitain n'est pas contraire au droit de l'UE. La CJCE se fonde sur la jurisprudence de la CEDH autorisant les Etats parties à ne reconnaître le droit de votes qu'aux "personnes qui présentent un lien suffisamment strict et continu avec le pays"<sup>2015</sup>. Mais si les Etats membres sont libres, ils doivent néanmoins respecter le principe général de non discrimination<sup>2016</sup>. L'étalon de comparaison du ressortissant néerlandais résidant dans le territoire d'outre-mer est un ressortissant néerlandais résidant dans un Etat tiers de l'UE car dans les deux cas ils ne résident pas sur le territoire des Pays-Bas. La Cour constate que, bien que dans des situations comparables, ils sont traités différemment puisque ce dernier a la possibilité de participer à ces élections<sup>2017</sup>.

### c) La protection diplomatique complémentaire

**440.** Dans les systèmes fédéraux classiques, c'est le niveau fédéral qui assure généralement la protection diplomatique complémentaire. Ainsi, dans le cas allemand l'art.3§6 CCN de 1867 prévoit sous la Confédération du Nord une protection diplomatique fédérale en précisant que "*vis-à-vis de l'étranger, toutes les personnes appartenant à la Confédération ont un droit égal à la protection fédérale*". Et sous le Second Empire, les Etats membres peuvent tout comme le niveau fédéral assurer une protection diplomatique de leurs ressortissants<sup>2018</sup>.

**441.** Dans le cas européen, on a préféré choisir la protection diplomatique complémentaire par un autre Etat membre. Le mémorandum de la présidence espagnole de l'UE avait certes proposé une protection diplomatique par la Communauté européenne, mais cette proposition n'a pu s'imposer au sein de la CIG, et il a été finalement décidé que la Communauté européenne continuerait uniquement à pouvoir exercer une protection diplomatique pour ses agents tout comme les organisations internationales le font envers leurs fonctionnaires<sup>2019</sup>.

La protection diplomatique est prévue à l'art.23 TFUE (20 CE) et à l'art.46 de la charte des droits fondamentaux. Ces dispositions ne confèrent cependant pas un droit individuel d'un citoyen européen à la protection diplomatique par un autre Etat européen. La question est à régler au regard du principe de non discrimination. Si le ressortissant national a un droit opposable à son Etat à une telle protection, le citoyen européen ressortissant d'un autre Etat membre doit également en bénéficier. C'est le cas en Allemagne, mais pas en France où il n'existe pas de droit pouvant être invoqué devant le juge<sup>2020</sup>.

L'art.23§2 TFUE prévoit par ailleurs une possibilité pour le Conseil à l'unanimité d'adopter des mesures de coordination et de coopération nécessaires pour faciliter la protection diplomatique. La protection diplomatique étant subordonnée à l'accord de l'Etat dans lequel se trouve le citoyen de l'UE concerné, elle suppose également des négociations internationales comme le prévoit l'art.20 CE<sup>2021</sup>. La protection diplomatique apportée par un autre Etat membre ne s'étend ensuite qu'à un rôle de soutien, de conseil, d'aide en cas d'urgence, pas aux mesures

<sup>2015</sup> CEDH, 19 octobre 2004, *Melnitchenko c/ Ukraine*, n°17707/02, *Rec.2004-X*, pt.56 (cité dans : aff.300/04, *Eman et Sevinger*, pt.54).

<sup>2016</sup> Il ne s'agit pas ici du principe de non discrimination en raison de la nationalité, inapplicable en l'espèce puisqu'il s'agissait de nationaux.

<sup>2017</sup> Aff.300/04, *Eman et Sevinger*, pts.57-58.

<sup>2018</sup> Cf. LABAND (P.), *Das Staatsrecht...*(op. cit. note 1396), pp.152 et s. ; BRUNET (R.), *La nationalité...*(op. cit. note 1396), pp.178 et s.

<sup>2019</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), pp.473-474.

<sup>2020</sup> *Ibid.*.

<sup>2021</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel...*(op.cit. note 1091), p.33.

de rétorsion ou demandes de réparation pour violation d'un traité international ayant entraîné un dommage au ressortissant. Ceci est précisé dans la décision n°95/553 du Conseil de 1995<sup>2022</sup>. En outre, cette décision précise que le bénéficiaire doit s'engager à rembourser à son propre État les frais que ce dernier doit lui-même régler à l'État qui a prêté assistance. La décision n°96/409 du Conseil de 1996<sup>2023</sup> donne par ailleurs la possibilité en cas de perte de son passeport "*d'obtenir des autorités d'un autre État membre, lorsque le sien n'est pas représenté, un titre de voyage provisoire, établi selon un modèle uniforme*". La soumission à l'accord de l'État d'origine, la possibilité de demander une telle protection à plusieurs États membres successivement en cas de refus restent des questions non résolues. En pratique, une telle protection n'est envisageable qu'en l'absence ou en cas de rupture de relation diplomatique avec l'Etat tiers, et même dans ce cas il ne peut y avoir décision de protection diplomatique complètement indépendante de la part de l'Etat membre d'origine.

Par contre les États membres d'une union fédérale ne peuvent plus fournir de protection diplomatique à leurs ressortissants dans leurs relations avec les autres États membres. Christophe Schönberger estime que cela serait toujours le cas, même envers un État membre qui violerait systématiquement ses obligations communautaires et ne respecterait pas les jugements de la Cour fédérale ; il considère que sinon cela reviendrait à des contre-mesures alors que celles-ci sont prohibées par le droit de l'UE<sup>2024</sup>.

**442.** D'autres droits politiques peuvent être accordés qui relèvent de la démocratie directe et de la démocratie participative.

## **2) Le complément de la démocratie directe et de la démocratie participative**

**443.** La démocratie directe peut prendre différentes formes, l'une d'elle est celle de donner aux citoyens la possibilité d'être à l'initiative d'un texte législatif ou d'une révision du pacte fédératif et/ou de voter directement sur ce texte qui a fait l'objet d'une mise en œuvre timide avec l'initiative citoyenne ouverte au niveau européen par le Traité de Lisbonne (b). Bien qu'en théorie rattachable à la démocratie directe, cette dernière relève en réalité plutôt du concept plus flou de la démocratie participative qui a été consacré par le Traité de Lisbonne à l'art.10§3 TUE. Elle est d'ailleurs incluse parmi ses instruments précisés à l'art.11 TUE<sup>2025</sup>. Lancée avec le livre blanc sur la gouvernance européenne, "*érigée en nouveau « principe » communautaire, qui consacre le citoyen et la « société civile », la démocratie participative européenne ne parvient [...] pas à s'extraire du flou qui encadre la notion et ses pratiques*"<sup>2026</sup>. Elle se traduit au niveau européen par l'introduction de deux autres concepts flous, la citoyenneté active et l'Europe des citoyens (c).

### **a) La démocratie directe**

#### Le modèle suisse

**444.** En Suisse, le principe est que la démocratie ne se limite pas à l'élection, le peuple ne contrôle pas ses représentants en premier lieu par les élections, mais par les procédures de l'initiative populaire et du référendum considérées comme plus efficaces<sup>2027</sup>.

<sup>2022</sup> Décision n°95/553 des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 19 décembre 1995, *JOCE*, n°314 du 28.12.1995, p.73.

<sup>2023</sup> *JOCE*, n°L 168 du 6 juillet 1996, p.4.

<sup>2024</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.466-468.

<sup>2025</sup> Art.10§3 TUE : "*Tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens*".

<sup>2026</sup> CARRARA (S.), *Participation, séduction, démocratie ? La gouvernance européenne face à l'impératif participatif, Savoir/agir*, 2009, n°7, p.25.

<sup>2027</sup> BASTA (L.), *Minderheiten und ihre Legitimation des Bundesstaates. Überlegungen eines "Ousiders"* zum

La démocratie directe a renforcé la construction d'un peuple suisse. En effet, outre la délimitation face à l'extérieur, l'identité s'est construite à l'intérieur face aux conservateurs catholiques et aux élites des cantons du Sonderbund, puis face aux mouvements ouvriers avec le rapprochement entre libéraux et conservateurs<sup>2028</sup>. Par ailleurs, les minorités qui n'avaient aucune chance d'être représentées au Parlement ou au gouvernement ont pu réunir assez de signatures pour organiser des référendums. Ces droits ont permis qu'aucun parti ne se forme pour des revendications sur une base ethnique<sup>2029</sup>.

La Constitution de 1848 tout d'abord introduit le référendum constituant et le droit d'initiative de révision constitutionnel (art.113), repris par la Constitution de 1874 (art.120) qui a en outre ajouté le référendum législatif facultatif (art.89§2). Enfin, depuis 2003, la Constitution de 1999 prévoit un droit d'initiative législative (art.139a), droit qui n'était jusqu'alors pas parvenu à être inscrit dans la Constitution<sup>2030</sup>.

Pour lancer une initiative de révision constitutionnelle, un comité de sept citoyens au moins doit se constituer, il est responsable de la rédaction du projet et de son dépôt auprès de la chancellerie. Le comité a dix huit mois pour obtenir les 100 000 signatures à ses frais. La chancellerie vérifie alors ces signatures et décide de l'acceptation de l'initiative, un recours contre sa décision étant possible devant le Tribunal fédéral<sup>2031</sup>.

L'art.138 al.1 CS présente le cas de l'initiative portant sur une révision totale de la Constitution qui doit se borner à indiquer les grandes lignes de la réforme, sans entrer dans les détails. Elle est directement soumise à un vote populaire préalable (art.138 al.2 et art.140 al.2 a CS). Si elle aboutit, les deux chambres de l'assemblée fédérale sont dissoutes, et de nouvelles élections ont lieu (art.193 al.3 CS). Une fois élue, elles sont chargées de présenter un projet de révision au pouvoir constituant (art.140 al.1 a CS). Ce système ne s'est jamais appliqué jusqu'au bout.

L'art.139 al.1 CS vise ensuite le cas de la révision partielle. L'initiative peut ici être soit présentée en termes généraux, soit en un projet rédigé, sa validité étant soumise aux conditions de l'art.139 al.3, notamment au respect des règles impératives du droit international. Elle fait l'objet d'un avis du conseil fédéral. Quand la proposition est en termes généraux, les chambres doivent voter sur son principe. Si le vote en leur sein est positif, elles doivent préparer un projet, sinon, elles doivent soumettre la proposition au Peuple. Lorsque la proposition est rédigée, les chambres peuvent leur opposer un contre-projet. Selon l'art.139 b CS, quand le projet est direct, les citoyens doivent répondre par oui et non au projet et au contre-projet, et pour le cas où les deux auraient une majorité de oui, la dernière question leur demande de choisir entre les deux.

Un référendum législatif portant sur une loi votée par l'assemblée fédérale nécessite la demande de 50 000 citoyens ou de huit cantons (art.141 CS).

### Les réflexions au niveau européen

**445.** Fritz Scharpf doute que les décisions européennes gagnent en légitimité par le biais de l'introduction d'une procédure référendaire européenne, estimant que le même problème de légitimation se poserait que pour la démocratie représentative, la même difficulté relative à la soumission à la majorité<sup>2032</sup>.

Par ailleurs, un référendum peut avoir un effet délégitimant. Hjalte Rasmussen donne l'exemple du référendum sur l'adhésion du Danemark qui a vu une très large majorité des

---

Modell "Schweiz", in : SAMARDZIC (S.), FLEINER (T.) (Hrsg.), *Föderalismus...*(*op.cit.* note 1375), p.16.

<sup>2028</sup> ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), Tanner (A.), Introduction (*op. cit.* note 1747), p.12.

<sup>2029</sup> FLEINER (T.), *Föderalistische...*(*op.cit.* note 1375), pp.65-66.

<sup>2030</sup> Voir : GRISEL (E.), Les droits populaires au niveau fédéral, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht...*(*op. cit.* note 1432), p.386.

<sup>2031</sup> Sur ces éléments cf. : *Ibid.*, pp.384-385.

<sup>2032</sup> SCHARPF (F.), *Governing...*(*op.cit.* note 1816), p.9.



habitants du Groenland la rejeter, alors qu'une majorité a été atteinte en métropole, permettant de ratifier l'adhésion<sup>2033</sup>. Un référendum peut uniquement servir de renforcement à la légitimation lorsqu'il existe un consensus "au sein du peuple sur la procédure, la nature des questions posées et surtout le principe majoritaire", sinon "son utilisation risque d'être contestée dans son principe et dans son résultat", notamment au sein d'un Etat membre où le vote négatif l'aurait fortement emporté<sup>2034</sup>. Jean-François Flauss soulignait à cet égard en 1997 "l'immaturité du système politique européen, et par voie de conséquences celle des citoyens européens" pour un tel mécanisme, et notait qu'il faudrait déjà que l'UE dispose d'une vraie classe politique<sup>2035</sup>. Il ajoutait que prévoir un tel référendum européen serait une "fuite en avant, étant donné l'état de développement encore relatif de la démocratie représentative au sein de l'UE"<sup>2036</sup>. Jean-Pierre Cot ajoutait dans le même colloque qu'un tel référendum européen apparaîtrait comme un moyen trop facile d'esquiver le vrai problème du déficit démocratique au niveau européen en lui donnant une solution apparente<sup>2037</sup>. Il ajoutait que la perspective d'un abandon du pouvoir de décision par les représentants nationaux apparaîtrait difficilement envisageable et qu'au-delà l'acceptation du résultat positif au niveau européen par le peuple d'un Etat qui aurait largement manifesté son opposition serait difficile à imaginer en l'état du sentiment d'appartenance européen<sup>2038</sup>. C'est en effet le paradoxe, visant à renforcer cette identité, son utilisation suppose un certain niveau de sentiment d'appartenance qui n'est pas encore forcément atteint. Au contraire, Joseph Weiler soutient l'introduction d'instruments de démocratie directe afin de faire reculer le reproche de déficit démocratique qui repose sur l'absence de réels clivages partisans au plan européen, estimant que cela donnerait aux électeurs un enjeu<sup>2039</sup>. Cette idée est proche de celle de la soupape de sécurité jouée par le référendum en Suisse par rapport au système politique consociatif. Dans le même sens, Constance Grewe relève qu'au plan européen, il permettrait de renforcer un sentiment d'appartenance européen, là où au plan étatique, cette "fonction unitaire est largement inconnue" et où son introduction présuppose au contraire qu'une unité du peuple préexiste<sup>2040</sup>.

Par ailleurs, la soumission à référendum du transfert de compétences à l'UE a été défendue comme moyen d'assurer qu'il n'ait pas lieu de façon masquée pour les citoyens des Etats<sup>2041</sup>. Cet

---

<sup>2033</sup> RASMUSSEN (H.), Propos non-conformistes sur les référenda nationaux d'intégration européenne, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.116-117. Finalement le Groenland a demandé à changer de statut par rapport de la CEE lors d'un référendum consultatif en 1982 : voir *infra* chap.II sect.III §2 A 2) c).

<sup>2034</sup> COT (J.-P.), A propos du référendum européen : le référendum sans le peuple, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, p.279.

<sup>2035</sup> Voir sur cette question des partis et du personnel politique européen *infra* partie II chap.II.

<sup>2036</sup> FLAUSS (J.-F.), Conclusions générales : le référendum dans tous ses états, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, p.327. Voir aussi dans le même sens : BEAUD (O.), Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Ibid.*, pp.125-180. L'auteur remet la question d'un référendum européen dans la perspective de la légitimité démocratique et notamment le rôle du pouvoir constituant originaire dans ce cadre.

<sup>2037</sup> COT (J.-P.), A propos... (*op.cit. note 2034*), p.279.

<sup>2038</sup> *Ibid.*, p.279.

<sup>2039</sup> WEILER (J.), Les droits... (*op.cit. note 1200*), p.48.

<sup>2040</sup> GREWE (C.), La contribution de l'Europe à l'idée et à la consécration de la démocratie directe, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, p.65.

<sup>2041</sup> En ce sens le secrétaire d'Etat britannique aux affaires européennes David Lidington, a en janvier 2011 soutenu un projet de loi "visant à soumettre à référendum tout transfert « significatif » de pouvoirs de Londres vers l'Union européenne en affirmant qu'ainsi « il n'y aura pas de possibilité d'entourloupes du gouvernement »" (SAURON (J.-L.) L'initiative citoyenne européenne : une fausse bonne idée ?, *Fondation Robert Schuman, Policy Paper, Question d'Europe*, 31 janvier 2011, n°192, p.1 (l'auteur cite *Europolitique*, n°4117 du 12 janvier 2011, focus). Dans le même ordre d'idée, un recours à l'encontre du Premier ministre danois a été initié pour "avoir autorisé l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne sans référendum et par un simple vote du parlement national" (chronique en bref, *Europolitique*, n°4118 du 13 janvier 2011).



argument a été utilisé dans le contexte suisse où l'on a souligné que si le personnel politique cantonal était prêt à renoncer à des compétences de décisions impopulaires en faveur de Berne, le citoyen ne se laisserait pas influencer par de telles considérations, et que la procédure de la démocratie directe avait ainsi permis que l'autonomie des cantons et communes se maintiennent en dépit de leur taille réduite<sup>2042</sup>.

En partant du principe de l'intérêt d'une procédure référendaire, la première question est celle du niveau de son organisation, étatique ou au plan européen. La plupart des Etats prévoient un référendum au niveau national : Danemark (art.20§2 et art.42); France (art.11§1), Irlande (art.27 en lien avec art.42), Portugal (art.115), Espagne (art.92, 167§3 et 168§3), Finlande (art.53); Grèce (art.44§2), Luxembourg (art.51§7), Suède (chapitre 8 §§4, 15), Autriche (art.44§3, 45, 46, 49b). Dans la plupart des nouveaux Etats un référendum est aussi possible<sup>2043</sup>. Plusieurs adhésions ont donné lieu à des referendums. Le Danemark, l'Irlande, l'Autriche, la Suède et la Finlande ont voté sur le principe de leur adhésion, dans les deux derniers cas il s'agissait de référendums consultatifs. Par ailleurs, le Royaume-Uni a voté en 1975 sur le maintien dans la CEE et la France a organisé un référendum en 1972 sur l'acceptation de l'élargissement de la CEE. L'Italie est un exemple atypique de consultation référendaire. En 1989, les italiens se sont prononcés à 88% en faveur de l'habilitation du Parlement européen à préparer un projet de constitution européenne<sup>2044</sup>. La ratification de traités a été aussi l'objet de référendums nationaux. L'Acte unique européen a donné lieu à l'organisation de deux référendums. Au Danemark il a été organisé car le parlement avait manifesté une grande défiance à l'égard de ce traité accepté par le gouvernement. En Irlande, le projet de loi de ratification du traité a été soumis au contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême qui imposa le recours au référendum estimant qu'il dépassait l'habilitation qui avait été donnée par le peuple en 1972<sup>2045</sup>. Ensuite le Traité de Maastricht "*peut être présenté comme le texte qui a largement ouvert un débat sur l'opportunité du recours au référendum dans le cadre de la construction européenne*" car "*l'expression parlementaire de la volonté populaire apparaissait insuffisante pour fonder l'acceptation d'une nouvelle étape de la construction européenne impliquant un saut qualitatif et quantitatif*"<sup>2046</sup>.

Si le principe d'un vote sur un traité modifié sur certains points, par le biais de protocoles, permettant de répondre à certaines craintes de citoyens d'un Etat peut être justifié d'un point de vue théorique au regard du principe démocratique, il est plus difficile de défendre un nouveau référendum sur le plan de la légitimité. Dans des cas comme celui du Danemark par rapport au Traité de Maastricht, ou de l'Irlande par rapport au Traité de Nice et au Traité de Lisbonne, l'organisation de deux référendums à peu de temps d'intervalle conduit à avoir l'effet inverse par rapport à celui recherché au regard du sentiment d'appartenance européen.

Même si dans tout référendum, le risque est que les citoyens ne répondent pas uniquement à la question qui leur est posée, ce risque serait diminué s'il était organisé en parallèle dans l'ensemble des Etats membres de l'UE. Dans le cadre de la CIG de 1996, un groupe de réflexion s'était penché sur l'opportunité d'un référendum européen<sup>2047</sup>. Plusieurs arguments en sa faveur étaient invoqués : une meilleure légitimité démocratique des institutions communautaires et une extension des droits conférés par la citoyenneté européenne. Mais dans le sens contraire un

<sup>2042</sup> FLEINER (T.), *Föderalistische...* (*op.cit.* note 1375), p.61 et p.68.

<sup>2043</sup> HÖLLSCHEIDT (S.), PUTZ (I.), *Referenden in Europa*, *DÖV*, 2003, pp.737-746.

<sup>2044</sup> RIDEAU (J.) Les référenda nationaux dans le contexte de l'intégration européenne, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ...* (*op.cit.* note 2033), p.91.

<sup>2045</sup> Sur ces deux référenda cf. : *Ibid.*, pp.89-91

<sup>2046</sup> *Ibid.*, p.92.

<sup>2047</sup> Rapport d'étape du président du groupe de réflexion sur la conférence intergouvernementale de 1996, Madrid, 1er septembre 1996 (cité par AUER (A.), *Le référendum européen*, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, p.33).

problème d'organisation, et la lourdeur de la procédure étaient avancés.

Dans le cadre d'un colloque dont les actes ont été publiés en 1997 plusieurs avis étaient présentés. Vlad Constantinesco se demandait si "*un référendum constituant à l'échelle européenne ne pourrait [...] pas offrir l'occasion d'enraciner démocratiquement l'Union dans les peuples qui la composent*"<sup>2048</sup>, évoquant comme procédure un double consentement des Etats et des peuples, traduisant la double légitimité de l'UE<sup>2049</sup>, tout comme le système suisse. Andreas Auer estimait qu'il serait envisageable de voter sur les modifications essentielles des traités, dans le cas d'une évolution qualitative<sup>2050</sup>. Jean-Victor Louis considérait de même que l'argument du renforcement de la légitimité de l'UE ne pouvait être avancé que dans le cas d'un saut qualitatif dans l'intégration européenne et qu'au-delà, un tel instrument serait vu comme une atteinte au principe de libre organisation des Etats<sup>2051</sup>. Astrid Epiney estimait quant à elle que toute révision des traités devrait être soumise à un référendum afin d'en renforcer la légitimité, mais elle considère suffisante la possibilité d'un retrait laissée à l'Etat dans lequel une forte majorité de la population serait opposée à la révision<sup>2052</sup>.

Concernant les modalités d'organisation, Jean-François Flauss soulignait, dans ses conclusions dans le colloque de 1997, que se posait la question de la majorité requise, du seuil de participation, d'un retrait ou d'un "opt out", mais également la question du contrôle (qui ? Par rapport à quelles règles matérielles / formelles ?)<sup>2053</sup>. Il ressortait des travaux du colloque qu'il serait préférable qu'il ait lieu en même temps dans tous les Etats membres. La question de quorums de participation, de la détermination des majorités exigées se posait. L'UE n'étant pas un Etat il était difficilement envisageable de prévoir une majorité simple et prévoir une majorité d'Etats conduisait à poser la problématique démocratique. La question des conséquences du vote devait aussi être réglée, celle de la possibilité d'un "opt out",...<sup>2054</sup>. Un encadrement devrait être posé au niveau européen concernant le principe, les modalités, le moment et les effets du référendum européen, les Etats conservant une marge concernant l'organisation concrète. Mais on soulignait qu'il serait difficile de concevoir que les Etats acceptent ce qui reviendrait à une limitation importante de leur autonomie<sup>2055</sup>.

### L'initiative citoyenne européenne

**446.** L'initiative citoyenne est encadrée par un règlement d'application, le règlement n°211/2011 de 2011 qui est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2012<sup>2056</sup>. Les organisateurs doivent être des citoyens de l'Union en âge de voter aux élections du Parlement européen (Art.3§1) et doivent se constituer en comité d'au moins sept membres résidant dans au moins sept Etats membres différents (art.3§2). Concernant les auteurs de l'initiative, Jean-Luc Sauron note que même si cela n'est pas précisé dans le règlement, une personne morale comme un parti politique, un syndicat ou une association peuvent soutenir une initiative<sup>2057</sup>. L'art.4§1 exige ensuite un enregistrement de la proposition d'initiative auprès de la Commission fournissant des informations concernant notamment l'objet et les objectifs de la proposition d'initiative

<sup>2048</sup> CONSTANTINESCO (V.), préface, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, p.6.

<sup>2049</sup> *Ibid.*, pp.13-14.

<sup>2050</sup> En ce sens : AUER (A.), *Le référendum européen : définitions, repères historiques et jalons d'étude*, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, p.37.

<sup>2051</sup> LOUIS (J.-V.), *Le référendum, comme instrument de réformes constitutionnelles de l'UE*, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, p.324.

<sup>2052</sup> EPINEY (A.), *Le référendum européen*, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, p.302.

<sup>2053</sup> Cf. FLAUSS (J.-F.), *Conclusions générales : le référendum dans tous ses états*, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum ... (op.cit. note 2033)*, pp.333-335.

<sup>2054</sup> AUER (A.), *Le référendum...* (op.cit. note 2050), p 40.

<sup>2055</sup> Cf. en ce sens et sur ces éléments : *Ibid.*, p.38.

<sup>2056</sup> Règlement n°211/2011 du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne

<sup>2057</sup> SAURON (J.-L.) *L'initiative...* (op.cit. note 2041), p.3.



citoyenne et précisées en annexe II, avant de commencer la collecte de déclarations. La Commission est chargée de vérifier si la proposition est dans le cadre des compétences de l'UE, si elle n'est pas manifestement contraire aux valeurs de l'UE, si les informations demandées art.4 §1 ont été fournies (Art.4§2). Un recours contre sa décision peut être initié (art.§4). Concernant le déroulement de l'initiative, un délai de 12 mois maximal est fixé pour la collecte des déclarations (Art.5 §5). Par ailleurs, les signatures doivent provenir d'au moins ¼ des Etats membres (actuellement 7) et pour que l'Etat compte, il faut un minimum de signatures dans l'Etat en question (Art.7), l'annexe 1 le précisant en fonction de l'Etat concerné.

Une fois l'initiative achevée, l'art.9 prévoit que la Commission doit recevoir ses organisateurs pour qu'ils puissent exposer leurs motifs, et qu'elle doit publier dans les trois mois une communication comprenant ses conclusions relatives à l'initiative et justifiant les actions prises ou l'absence d'action. Le considérant 1 du règlement rapproche d'ailleurs cette procédure des possibilités données au Parlement européen (art.255 TFUE (ex 192 CE) et au Conseil (art.241 TFUE (ex 208 CE) de demander à la Commission de soumettre une proposition de texte. En effet, cette initiative ne s'impose pas aux institutions, elle n'a qu'un caractère "consultatif", la Commission restant libre de donner suite ou non en faisant une proposition reprenant le contenu de l'initiative.

La première collecte de signatures pour une initiative citoyenne a été lancée le 4 septembre 2012<sup>2058</sup>, cette initiative enregistrée en mai 2012 vise à ce qu'une proposition de loi soit adoptée pour l'application du droit fondamental à l'accès à l'eau et à l'assainissement. Il est à noter qu'une autre initiative enregistrée en mai 2012 a pour but d'améliorer les programmes d'échanges de l'Union européenne<sup>2059</sup>.

## b) La démocratie participative

**447.** La citoyenneté active est un concept qui s'est développé au niveau européen dans le cadre des actions de l'UE pour la jeunesse<sup>2060</sup> mais s'étend au-delà<sup>2061</sup>, et qui vise notamment à développer le sentiment d'appartenance européen<sup>2062</sup>.

### La citoyenneté active

**448.** Parmi les exemples destinés à renforcer la démocratie participative qui ont été mis en place dans le cadre du "Plan D" de la Commission<sup>2063</sup> se trouvent des débats paneuropéens intitulés "consultations citoyennes des citoyens"<sup>2064</sup>. Le 1<sup>er</sup> sur l'avenir de l'Europe s'est déroulé

<sup>2058</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/ongoing/details/2012/000003>. Voir pour les autres initiatives en cours : <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/ongoing>.

<sup>2059</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/ongoing/details/2012/000001>

<sup>2060</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Livre blanc. Un nouvel élan pour la jeunesse européenne, COM/2001/0681 final. A la base de ce qui va donner lieu à l'action de l'UE en matière de jeunesse, ce livre blanc évoque très largement cette citoyenneté active.

<sup>2061</sup> Voir par exemple la décision n°2004/100 du Conseil du 26 janvier 2004 établissant un programme d'action communautaire pour la promotion de la citoyenneté européenne active (participation civique) qui précise l'objectif de rapprocher les citoyens des institutions de l'UE, intensifier les échanges (art.1) grâce à l'octroi de subvention le soutien d'actions s'inscrivant dans la citoyenneté active (art.2), JOUE, n° L 30 du 4.2.2004, p.6.

<sup>2062</sup> Voir par exemple la décision n°1719/2006 du 15 novembre 2006 établissant le programme Jeunesse en action pour la période 2007-2013. L'art.3 §1 b) indique que dans le cadre de l'objectif général de développement de la citoyenneté active des jeunes, l'un des buts est de "développer chez les jeunes le sentiment d'appartenance à l'Union" (JOUE, n° L 327 du 24.11.2006).

<sup>2063</sup> Plan D pour "Démocratie, Dialogue et Débat" destiné à réfléchir à l'avenir de l'UE la suite des échecs des référenda sur le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe en France et aux Pays-Bas. COMMISSION EUROPEENNE, Contribution de la Commission à la période de réflexion et au-delà: le Plan D comme Démocratie, Dialogue et Débat, COM(2005)494.

<sup>2064</sup> CARRARA (S.), Participation, séduction, démocratie ?, La gouvernance européenne face à l'impératif participatif, *Savoir/agir*, 2009, n°7, pp.31-32.



d'octobre 2006 à mai 2007<sup>2065</sup>. Le 2<sup>nd</sup> a eu lieu de fin 2008 à mai 2009 sur ce que peut faire l'UE pour améliorer l'avenir économique et social face à la mondialisation<sup>2066</sup>. Pour le premier, le programme a été fixé lors d'une séance à Bruxelles en octobre 2006. Puis des débats nationaux se sont déroulés aux mois de février et mars 2007, avec de 28 à 200 participants choisis par les organisateurs nationaux au sein des 27 consultations nationales. Enfin une conférence de synthèse a eu lieu les 9 et 10 mai 2007 à Bruxelles qui a réuni 200 participants de tous les Etats membres choisis par la Commission. Pour le second, un débat s'est déroulé en ligne, et des propositions ont été faites de décembre 2008 à mars 2009. Lors de trois week-ends de mars des débats nationaux réunissant en tout 1500 citoyens répartis dans les 27 Etats membres ont été organisés sur la base des débats et propositions en ligne, et ont abouti à des recommandations. Entre avril et mai les participants ont voté sur les recommandations faites lors de ces réunions et un débat en ligne a été à nouveau organisé. Enfin, les 9 et 10 mai 2009, 150 des 1500 participants des 27 Etats ont pris part à un sommet européen qui a finalisé les recommandations.

Autre illustration de cette "citoyenneté active", Tomorrow's Europe, le "premier sondage délibératif à l'échelle européenne" réalisé en 2007<sup>2067</sup>. Un sondage a tout d'abord été organisé en août 2007 auprès de 3 500 citoyens européens sur des thèmes multiples mais tournant autour de deux axes principaux : bien-être économique et social dans un monde en compétition, et rôle de l'Union européenne dans le monde. Dans un second temps, 362 citoyens "*répartis sur un mode similaire à celui des sièges au Parlement européen*" se sont retrouvés à Bruxelles au cours de deux jours et demi pour débattre, sachant que des auditions d'experts sont venues enrichir les débats. Enfin, un sondage a été réalisé à l'issue de ces journées. Les différences de résultat avec le premier sondage semblent mettre en avant "*les effets de l'information et du débat sur l'évolution des opinions*". Stéphane Carrara estime toutefois que "*s'il y a bien information, il y a surtout [eu] prescription (de rôle, d'opinions...) et séduction*"<sup>2068</sup>. Il est toutefois possible de rétorquer que c'est toujours le cas, que le politique doit jouer un tel rôle pour forger une identité. Par contre, nous le rejoignons quand il note que "*les participants [ont été] mis au cœur d'un ensemble de dispositifs dont les conséquences bien que difficilement mesurables [ont] particip[é] d'une mise en scène d'un « environnement européen » favorisant une identification européenne forte*" déformant les résultats<sup>2069</sup>. Par ailleurs, Stéphane Carrara relève que ces deux types de consultation visaient des thématiques larges qui n'apparaissent pas à même d'aboutir à des résultats concrets, et en conclut qu'on ne cherche pas à mettre en place un mécanisme réel de prise de décision complémentaire au cadre de la démocratie représentative, même s'il reconnaît que "*ces initiatives tracent [...] les premiers contours techniques sur la voie d'une démocratie participative européenne qui semble en marche*"<sup>2070</sup>.

#### L'Europe des citoyens : une volonté de faire masse

**449.** Les conclusions du sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de décembre 1974 énonçaient que pour donner une "*nouvelle impulsion au processus d'unification européenne*" et pour "*créer une assise populaire*"<sup>2071</sup>, "*un [...] groupe de travail sera chargé d'étudier les conditions et les délais dans lesquels on pourrait attribuer aux citoyens des neuf États membres des droits spéciaux comme membres de la Communauté*"<sup>2072</sup>. Le rapport du groupe mis en place

<sup>2065</sup> Pour la présentation de cette première consultation, voir : *Ibid.*, p.27.

<sup>2066</sup> <http://www.consultations-europeennes-des-citoyens.eu/fr/>

<sup>2067</sup> Pour la présentation de ce sondage, voir : CARRARA (S.), *Participation...* (*op.cit.* note 2064), pp.28-29.

<sup>2068</sup> *Ibid.*, p.29.

<sup>2069</sup> *Ibid.*, p.30.

<sup>2070</sup> *Ibid.*, p.31-32 et p.25.

<sup>2071</sup> *Résolution à l'occasion de la conférence des chefs d'État ou de gouvernement*, Paris les 9 et 10 décembre 1974, *Bull. CE.* 12-1974, p.6.

<sup>2072</sup> Conclusions du sommet européen des 9 et 10 décembre 1974, Conclusions de la présidence, *Bull. C.E.* 12-1974, p.6 (ici p.8, pt.1104).



sur cette base affirme vouloir conférer des droits dans le but de l' "assimilation [des ressortissants des autres Etats membres] au national dans le domaine économique", ainsi que "des droits politiques de vote, d'éligibilité et d'accès aux fonctions publiques des États membres"<sup>2073</sup>. Le Parlement européen a dans le même sens proposé dans une résolution de 1975 l'élaboration d'une Charte des droits des citoyens de la Communauté européenne ainsi que des mesures visant à "contribuer à la formation de la conscience communautaire européenne", à "donner aux citoyens de la Communauté le sentiment de leur communauté de destin"<sup>2074</sup>.

Les conclusions du Conseil européen de Fontainebleau des 25 et 26 juin 1984<sup>2075</sup> ont ensuite conduit à mandater un comité, afin de renforcer le sentiment d'appartenance à la CEE<sup>2076</sup> et de réfléchir à des "instruments symboliques de l'existence de la Communauté, en particulier un drapeau et un hymne". Le comité "Europe des citoyens" aussi dit "Adonnino" du nom de son président, a rendu son rapport en juin 1985<sup>2077</sup> qui comprenait notamment un droit de pétition, la création d'un médiateur européen et un droit de vote et d'éligibilité aux élections locales dans l'État de résidence. Le concept d' "Europe des citoyens" issu de ce rapport est un concept flou dont "l'idée maîtresse est que le citoyen européen doit être placé au centre de la construction européenne, de manière à ce que se développe son sentiment d'appartenance à l'Union européenne", qui renvoie à "des droits nouveaux [...] tels que le droit à la culture ou à la protection de l'environnement" qui sont uniquement rattachables à "la conception la plus large — moderne — de la citoyenneté"<sup>2078</sup>. Claude Blumann et Louis Dubouis critiquent à cet égard la confusion entre les deux notions de citoyenneté et d'Europe des citoyens qui a pour conséquence de faire perdre de vue ce qui concerne seulement les citoyens européens<sup>2079</sup>. Ils soulignent ainsi que demander de renforcer la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE, notamment par son adhésion à la CESDH concerne l'ensemble des personnes se trouvant sur son territoire et ne contribue nullement à donner plus de contenu à la citoyenneté européenne.

**450.** Dans le cadre de l' "Europe des citoyens" l'expression de "citoyenneté administrative"<sup>2080</sup> est aussi employée afin d'enrichir le contenu de cette citoyenneté. Elle renvoie à l'idée que "l'administré ne serait pas seulement un assujéti, un usager ou un redevable, mais encore un citoyen, qui dispose en tant que tel d'un certain nombre de droits vis-à-vis de l'administration"<sup>2081</sup>. Relève de cette citoyenneté tout d'abord le droit de pétitions au Parlement européen posé à l'art.24§2 TFUE et à l'art.44 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. La pétition est une demande présentée à une institution politique par une ou plusieurs personnes en vue de prévenir ce qu'elles estiment être une injustice ou une situation non satisfaisante ou d'obtenir la cessation de cette situation. Ce droit a été introduit par le Parlement européen dans son règlement dès 1953 et consacré en 1989 par les autres institutions<sup>2082</sup>. Comme le note

<sup>2073</sup> Rapport "Vers l'Europe des citoyens" de la Commission sur la mise en œuvre du point 11 du communiqué final du Sommet de Paris des 9 et 10 décembre 1974, Rapport transmis par la Commission au Conseil le 3 juillet 1975, *Bull. C.E. Suppl.* 7/75, p.25.

<sup>2074</sup> Résolution du Parlement européen sur l'Union européenne du 10 juillet 1975, *JOCE*, n° C 179 du 6 août 1975, p.28.

<sup>2075</sup> *Bull. CE*, 6-1984, p.10.

<sup>2076</sup> Il était chargé de "traiter de questions aussi variées que celles, inter alia, d'un passeport européen, d'un système d'équivalence des diplômes, d'instruments symboliques de l'existence de la Communauté, de la constitution d'équipes sportives européennes, de la lutte contre la drogue, du jumelage de classes d'enfants ou de la frappe d'une monnaie européenne, alors l'Ecu" (MARZO (C.), *La dimension... (op. cit. note 1424)*, p.98).

<sup>2077</sup> Second Rapport remis au Conseil européen de Milan (Milan, 28-29 juin 1985), *Bull. C.E.*, 1985, n° Supplément 7/85, p.19.

<sup>2078</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel... (op.cit. note 1091)*, p.20.

<sup>2079</sup> *Ibid.*

<sup>2080</sup> MARZO (C.), *La dimension... (op. cit. note 1424)*, p.120.

<sup>2081</sup> DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2002, p.196.

<sup>2082</sup> Accord interinstitutionnel du Parlement européen, du Conseil et de la Commission du 12 avril 1989 sur le



Olivier Costa, ce droit est paradoxal puisqu'on l'institue comme élément de citoyenneté de l'UE avec le Traité de Maastricht quand celle-ci est officiellement créée alors qu'on lui fait perdre en pratique cette spécificité en l'élargissant à "*toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat membre*"<sup>2083</sup>. Cette remarque est applicable aux autres droits rattachables à la citoyenneté administrative. Nous rejoignons la position de Danièle Lochak<sup>2084</sup> quand elle écrit que ces droits n'ont été intégrés que pour "*faire masse*". Ainsi en est-il notamment du droit d'accès au médiateur européen, posé à l'art.24§3 TFUE et repris art.43 de la Charte. Le médiateur est compétent pour statuer "*sur les plaintes[...] relatives à des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes de l'Union à l'exclusion de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles*" (art.228§1 al.1 TFUE)<sup>2085</sup>. Est également lié à cette citoyenneté administrative le droit de communiquer avec les institutions et aux organes de l'UE dans l'une des langues officielles. Le droit à une bonne administration énoncé art.41 dans la Charte parmi les droits de citoyenneté peut être considéré comme y étant également rattachable, tout comme le droit d'accès aux documents des institutions et organes de l'UE prévu à l'article 15§3 FUE<sup>2086</sup> et à l'art.42 de la Charte.

**451.** La contribution des droits politiques fédéraux et l'accès aux droits sociaux nationaux au sentiment d'appartenance européen apparaît toutefois menacée par l'extension de leur bénéfice aux ressortissants d'Etats tiers.

### **C. La condition des ressortissants des pays tiers et la question de l'identité européenne**

**452.** L'extension du bénéfice de droits sociaux ouverts aux citoyens européens à des ressortissants d'Etats tiers comme accessoire de l'exercice de la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen européen ne soulève pas de problème spécifique (1). Par contre, au-delà, une extension aux ressortissants d'Etats tiers des droits sociaux (2), et *a fortiori* des droits politiques attachés sinon au statut de citoyen européen (3) pose la question de l'intérêt d'avoir le statut de citoyen européen, et peut donc être considéré comme remettant en cause la participation de la citoyenneté européenne au développement d'un sentiment d'appartenance européen. A l'argument du problème de l'exclusion du droit de vote et d'éligibilité des ressortissants d'Etats tiers résidant durablement sur le territoire d'un Etat, il peut être répondu qu'ils peuvent choisir la naturalisation<sup>2087</sup>. A cet égard une solution discutée dans le cas suisse pour l'extension des droits politiques aux ressortissants d'autres cantons pourrait être ici avancée, celle d'une facilitation des conditions de naturalisation, accompagnée pour le contexte ici étudié, d'une possibilité de double nationalité. Ce système présenterait l'avantage de maintenir l'exclusivité du bénéfice des droits de citoyenneté fédérale tout en permettant d'ouvrir à des ressortissants d'Etats tiers résidant depuis longtemps sur le territoire européen l'accès à la citoyenneté européenne. Elle présente toutefois la difficulté que l'Etat tiers dont la personne possède la nationalité doit alors également accepter une double nationalité. Une autre solution permettant de redonner une spécificité au statut de citoyen européen serait alors de remplacer le lien entre appartenance

---

droit de pétition. *JOCE*, n°C 120 du 16 mai 1989) (sur le mécanisme cf. : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel...*(*op.cit.* note 1091), pp.34-36.

<sup>2083</sup> COSTA (O.), *Le parlement européen, assemblée délibérante*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2001, p.221.

<sup>2084</sup> LOSCHAK (D.), La citoyenneté européenne : facteur d'union ou vecteur d'exclusion ?, in : KOUBI (G) (dir.), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, p.54. Voir a contrario pour une critique de cette position : MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.424.

<sup>2085</sup> Sur le mécanisme du médiateur européen cf. : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel...*(*op.cit.* note 1091), pp.36-39

<sup>2086</sup> En ce sens : MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.122.

<sup>2087</sup> En ce sens : SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.435 et p.440.

étatique et appartenance à l'Union européenne, en substituant le critère de résidence au critère de nationalité (4).

### 1) Aspect accessoire de l'exercice des droits du citoyen européen

453. La famille d'un travailleur européen qui n'a pas la nationalité d'un Etat membre bénéficie du droit de séjour et des droits sociaux visés dans le règlement n°1612/68 déjà évoqué<sup>2088</sup>, désormais remplacé par le règlement n°492/2011 de 2011. La Cour a en outre rappelé dans son arrêt *Baumbast* de 2002 que ces droits étaient maintenus en cas de divorce ou de perte de l'emploi du parent travailleur européen<sup>2089</sup>. Dans l'arrêt *Zhu et Chen* de 2004<sup>2090</sup>, la Cour considère que pour pouvoir exercer son droit de séjour, la mère devait accompagner son enfant citoyen européen<sup>2091</sup>. Son droit de séjour était accessoire du droit de séjour du citoyen européen. Comme le résume Sandrine Maillard, "il s'agit moins [par ce biais] de mettre en place un statut social du ressortissant d'un Etat tiers, que de favoriser l'exercice de sa liberté fondamentale de circuler sur le territoire communautaire par le citoyen de l'Union"<sup>2092</sup>.

Dans l'arrêt *Ruiz Zambrano* de 2011<sup>2093</sup>, la Cour va, comme nous l'avons indiqué, très loin dans la portée du caractère accessoire du droit de séjour d'un ressortissant d'un Etat tiers comme accessoire du droit de séjour du citoyen européen puisqu'elle l'applique dans un cas où il n'y avait aucun élément d'extranéité.

Une limite a toutefois été posée à cette jurisprudence dans un arrêt *McCarthy* de mai 2011<sup>2094</sup>. En l'espèce, une ressortissante britannique habitant au Royaume-Uni avait demandé en tant que citoyenne de l'UE à bénéficier d'un titre de séjour dans le but de faire bénéficier son époux, ressortissant d'un Etat tiers à qui un titre de séjour avait été refusé, du droit de séjour pour les membres de la famille proche des citoyens européens posé par la directive n°2004/38. Si la Cour rappelle certes que l'absence de recours à cette liberté de circulation ne permet pas de conclure à l'absence d'élément d'extranéité permettant l'applicabilité du droit de l'UE, elle ajoute que dans l'espèce, à la différence de l'affaire *Ruiz Zambrano*, la requérante n'était pas obligée de quitter le territoire de l'UE<sup>2095</sup>. Enfin, elle précise que la double nationalité irlandaise et britannique de la requérante ne permettait pas à elle-seule de justifier une applicabilité du droit européen<sup>2096</sup>.

La Cour a confirmé cette approche dans un arrêt *Murat Dereci* de novembre 2011, soulignant que sa jurisprudence *Ruiz Zambrano* était un cas particulier<sup>2097</sup>. Elle indique en effet que "le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union" renvoie à des cas dans lesquels ledit citoyen "se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'Etat membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble"<sup>2098</sup>. Elle poursuit en soulignant le "caractère très particulier" du critère puisqu'alors que le droit dérivé n'est pas applicable "un droit de séjour ne saurait,

<sup>2088</sup> Voir *supra* §1 A 2).

<sup>2089</sup> Aff. C-413/99, *Baumbast*, pts.63 et 71.

<sup>2090</sup> CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff.C-200/02, *Rec.*, p. 1-9925.

<sup>2091</sup> Aff.C-200/02, *Zhu et Chen*, pt.45.

<sup>2092</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.272.

<sup>2093</sup> CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff.C-34/09. Voir *supra* §1 A 2).

<sup>2094</sup> CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09.

<sup>2095</sup> *Ibid.*, pts.46 et 50.

<sup>2096</sup> *Ibid.*, pt.54. Alors que la jurisprudence en matière de libre circulation des personnes constitue une limitation importante de l'exercice de leurs compétences par les Etats membres, cet arrêt va dans le sens d'une position d'équilibre visant à restreindre l'interprétation parfois très extensive de sa jurisprudence. Voir sur cette question de la limitation des compétences des Etats membres par l'intégration négative : *infra* partie II chap.I sect.I §3.

<sup>2097</sup> CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, aff.C-256/11, pts.65-68.

<sup>2098</sup> *Ibid.*, pt.66.



*exceptionnellement, être refusé à un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un ressortissant d'un État membre, sous peine de méconnaître l'effet utile de la citoyenneté de l'Union dont jouit ce dernier ressortissant*<sup>2099</sup>. Elle conclut que le seul fait qu'il apparaisse "souhaitable" à un citoyen de l'UE "pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale" que des membres de sa famille, ressortissants d'Etats tiers, "puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer" qu'il "serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'est pas accordé"<sup>2100</sup>.

La directive n°2004/38 apporte également quelques extensions concernant les bénéficiaires du droit de séjour, par rapport au périmètre de la famille et le maintien de ce droit en cas d'évolution des relations familiales pour les ressortissants d'Etats tiers<sup>2101</sup>. Mais surtout, ils bénéficient comme les citoyens européens d'un droit de séjour permanent au bout de cinq ans selon l'art.16§2 et bénéficient d'une protection renforcée contre l'expulsion quand ils ont un droit de séjour permanent tout comme les citoyens européens selon l'art.28§2. Toutefois, ils ne bénéficient pas de la protection supplémentaire comme les citoyens européens quand ils ont vécu plus de dix ans sur le territoire de l'Etat ou sont mineurs.

La Cour de justice a encore étendu les droits des ressortissants des Etats tiers comme accessoire de la liberté de circulation et de séjour du citoyen européen suite à l'adoption de cette directive, comme l'illustre l'arrêt *Metock* de 2008<sup>2102</sup>. En l'espèce l'Irlande avait refusé de reconnaître un droit de séjour à un ressortissant d'un Etat tiers conjoint d'un citoyen de l'UE. La Cour commence par énoncer que la condition de séjour légal préalable qu'elle avait antérieurement posée doit être abandonnée, voyant dans l'adoption de la directive n°2004/38 un argument renforçant la nécessité d'une telle évolution<sup>2103</sup>. Aucune preuve d'un séjour légal préalable dans un autre Etat membre n'est en effet mentionnée dans la liste des documents à fournir évoquée art.10 de la directive, dont la Cour rappelle qu'elle est présentée de façon exhaustive<sup>2104</sup>. La Cour indique en outre que la directive n'impose pas pour que le conjoint bénéficie du droit de séjour que l'union ait eu lieu avant l'exercice de la liberté de circulation par le citoyen européen et qu'une telle condition conduirait à dissuader le citoyen européen de continuer à séjourner dans l'Etat d'accueil et serait donc une entrave à son droit de séjour<sup>2105</sup>. Il importe également peu que le ressortissant de l'Etat tiers soit entré avant ou après le citoyen européen au sein de l'Etat membre concerné. Elle écarte par ailleurs l'argument de la compétence exclusive des Etats pour déterminer les conditions d'entrée et de séjour des membres de la famille d'un citoyen européen en arguant que l'intervention du législateur européen se justifie par l'objectif d'assurer une liberté de circulation effective du citoyen européen, le refus d'accorder un droit d'entrée et de séjour au membre de sa famille étant susceptible de le dissuader d'exercer cette liberté<sup>2106</sup>. Par ailleurs, face à l'argument de la multiplication des personnes pouvant ainsi bénéficier du droit de séjour, la Cour rétorque que

---

<sup>2099</sup> *Ibid.*, pt.67.

<sup>2100</sup> *Ibid.*, pt.68.

<sup>2101</sup> Ainsi, le partenaire suite à un partenariat enregistré en bénéficie (art.2) et les États doivent favoriser l'entrée et le séjour du "partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable dûment attestée" (art. 3§ 2). L'art.13§2 précise le maintien du droit de séjour non seulement en cas de divorce mais encore en cas de rupture de partenariat sous condition de l'existence d'enfants, ou, s'il dispose de ressources suffisantes et d'une assurance maladie (sauf en cas de droit de séjour permanent)) sous condition de durée de l'union. Le décès ou le départ du citoyen européen de l'Etat d'accueil n'empêche pas le maintien, sous certaines conditions, du droit de séjour des membres de la famille eux-mêmes citoyens européens (art. 11 et 12).

<sup>2102</sup> CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, Aff.C-127/08, *Rec.*2008 p.I-6241.

<sup>2103</sup> *Ibid.*, pts.58-59.

<sup>2104</sup> *Ibid.*, pt.53.

<sup>2105</sup> *Ibid.*, pt. 87 et pt.89.

<sup>2106</sup> *Ibid.*, pts.63-64.



cela ne concerne en pratique qu'un nombre restreint, à savoir les familles des citoyens de l'UE ayant exercé leur liberté de circulation<sup>2107</sup>. En outre, elle ajoute que les raisons d'ordre public, santé publique et sécurité publique sont toujours invocables dès lors que les mesures sont proportionnées<sup>2108</sup>. Enfin, le lieu du mariage n'est pas non plus pertinent.

La Cour a aussi précisé que même si la directive distingue entre la famille proche qui dispose d'un droit de séjour et les autres membres de la famille dont l'Etat membre doit seulement favoriser le séjour (art.3§2), l'Etat doit accorder dans ce dernier cas un meilleur traitement de la demande que celle de demandes de ressortissants d'Etats tiers ne relevant pas d'un tel statut, à savoir assurer un examen approfondi de leur situation personnelle tenant compte notamment du degré de dépendance économique ou physique et du degré de parenté entre le membre de la famille et le citoyen de l'UE, et donner une motivation au refus (pts.21-23)<sup>2109</sup>

**454.** Au-delà, le Parlement européen réaffirme régulièrement que les ressortissants d'Etats tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre devraient bénéficier du principe de non discrimination dans le domaine des droits sociaux<sup>2110</sup>.

## **2) Une extension des droits sociaux en dehors des cas de l'accessoire des droits d'un citoyen européen**

**455.** Il demeure des différences par rapport aux citoyens européens. Le principe est l'absence de liberté de circulation et de séjour des ressortissants des Etats tiers ne disposant pas du statut de membre de la famille d'un citoyen européen. Par ailleurs un visa peut leur être demandé selon l'art.5§2 directive 2004/38, contrairement à ce que proposait le rapport du Groupe de travail sur la libre circulation des personnes, présidé par Simone Veil, présenté à la Commission européenne en 1997<sup>2111</sup>. Des propositions ont été faites pour rapprocher le statut des ressortissants des Etats tiers résidant sur le territoire européen de celui des citoyens européens.

Sandrine Maillard considère que la résidence régulière pendant un certain laps de temps devrait suffire à "*caractériser l'appartenance à la communauté sociale européenne*"<sup>2112</sup> et cite au soutien d'une extension des droits sociaux aux ressortissants d'Etats tiers l'exemple de la France où les droits sociaux ont été peu à peu donnés aux travailleurs étrangers après la Seconde guerre mondiale<sup>2113</sup>, et où s'est développé au-delà un droit d'accès à la protection sociale (sécurité sociale, prestations familiales, assurance maladie,...) pour les résidents étrangers en situation régulière sur le territoire français<sup>2114</sup>. Claire Marzo souligne dans le même sens que le rapport Beveridge de 1942 ne restreint pas le bénéfice des droits sociaux aux seuls citoyens, mais les rapproche des droits de l'Homme<sup>2115</sup>. Enfin, nous citerons Olivier Dubos qui estime également que "*l'objectif de réalisation d'un marché unique aurait logiquement impliqué*

---

<sup>2107</sup> *Ibid.*, pt.73.

<sup>2108</sup> *Ibid.*, pt.74.

<sup>2109</sup> CJUE, 5 septembre 2012, *Muhammad Sazzadur Rahman*, aff.C-83/11

<sup>2110</sup> PARLEMENT EUROPEEN, résolution sur la citoyenneté de l'Union 16 décembre 1991, *JO*, n°C 326 du 21 novembre 1991, p. 206, pt.4. ID., résolution du 13 mars 1996, *JOCE*, n°C 96 du 1 janvier 96, p.77. Enfin, dans une résolution de 2003, il invitait les Etats membres à "*à accorder aux immigrants d'Etats tiers titulaires d'un permis de séjour de longue durée des droits aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union*" (résolution sur le troisième rapport de la Commission sur la citoyenneté, *JOCE*, n°C 272 E. 13 nov. 2003. p. 446).

<sup>2111</sup> Cité par : MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.271-272 note 780.

<sup>2112</sup> *Ibid.*, p.416.

<sup>2113</sup> *Ibid.*, pp.41-43.

<sup>2114</sup> *Ibid.*, p.48.

<sup>2115</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.75.



que les ressortissants des Etats tiers, du moins lorsqu'ils se trouvent en séjour régulier sur le territoire d'un Etat membre, bénéficient de cette libre circulation des personnes"<sup>2116</sup>. Mais nous rétorquerons à l'instar de Christophe Schönberger que si tous les individus travaillant au sein d'un Etat ont un droit à demander une aide sociale en vertu du droit interne, les personnes ne possédant pas la nationalité de cet Etat peuvent se voir expulser pour cette raison<sup>2117</sup>. Comme le note Elvire Fabry<sup>2118</sup>, "cette logique d'ouverture [...] amorce une universalisation de la citoyenneté européenne qui contribue à la désacraliser : elle dévalue sa spécificité alors même que celle-ci ne comprend d'ores et déjà que quelques droits". Nous estimons également qu'il faudrait attendre pour étendre aux ressortissants d'Etats tiers que le sentiment d'appartenance européen se soit développé. Un élément de différenciation doit être conservé car si tout le monde bénéficie du même droit, il ne permet plus d'être attaché au statut d'appartenance à l'Union européenne.

Face à l'entrave potentielle au développement d'un sentiment d'appartenance européen constituée par l'extension des droits conférés aux citoyens européens à des ressortissants d'Etats tiers parfois évoquée<sup>2119</sup>, Claire Marzo propose de séparer les droits politiques qui resteraient spécifiques aux ressortissants européens et les droits sociaux qui devraient selon elle continuer à s'ouvrir aux ressortissants d'Etats tiers<sup>2120</sup>. Elle estime qu'il serait possible d'accorder certains des droits dont bénéficient les citoyens européens à des ressortissants d'Etat tiers séjournant régulièrement dans un Etat membre de l'UE, comme le permet l'art.45 de la Charte des droits fondamentaux concernant l'extension de liberté et circulation et de séjour. Un certain nombre de textes ont amorcé ce mouvement. Le règlement de coordination de la sécurité sociale 883/2004<sup>2121</sup> qui remplace le règlement 1408/71 s'applique ainsi également aux ressortissants d'Etats tiers résidents de longue durée dans l'UE. La directive n°2003/86 vise par ailleurs les conditions d'exercice du regroupement familial par les ressortissants d'Etats tiers. L'extension des droits à ces ressortissants d'Etats tiers est telle que Claire Marzo en conclut que si "la distinction entre citoyens et ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre est affirmée, [...] ils ont néanmoins des droits assez semblables"<sup>2122</sup>.

**456.** L'extension se pose alors également par rapport aux droits politiques, question encore plus sensible.

### **3) La problématique extension des droits politiques à des ressortissants d'Etats tiers**

**457.** Le lien entre appartenance fédérale et appartenance à un Etat membre n'empêche pas les Etats membres de donner des droits de citoyenneté à des ressortissants d'Etats tiers<sup>2123</sup>. Le vote d'étrangers a été possible dans plusieurs Etats américains jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle au plan étatique et communal et certains cantons suisses le prévoient toujours actuellement (Jura, Neuchâtel, Vaud, Appenzell Rhodes-Extérieures)<sup>2124</sup>. De même le Danemark, Pays-Bas et Irlande donnent un droit de vote aux élections communales<sup>2125</sup>. L'avocat général Tizzano cite ces exemples pour justifier

<sup>2116</sup> DUBOS (O.), Quel statut personnel pour les ressortissants des Etats tiers ?, *RAE*, 2003-2004, n°1, p.83.

<sup>2117</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), p.364.

<sup>2118</sup> FABRY (E.), *Qui a peur de la citoyenneté européenne ?*, Paris, PUF, 2005, p.173.

<sup>2119</sup> BURGORQUE-LARSEN (L.), *Discutant, Citoyenneté et Identités européennes*, COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, p.194.

<sup>2120</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(op. cit. note 1424), p.454.

<sup>2121</sup> Règlement n°883/2004 du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE*, n° L 166 du 30.4.2004, p.1.

<sup>2122</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(op. cit. note 1424), p.155.

<sup>2123</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), p.172.

<sup>2124</sup> *Ibid.*, p.435.

<sup>2125</sup> *Ibid.*, p.436.

une extension du droit de vote au Parlement européen aux ressortissants d'Etats tiers résidant sur le territoire européen<sup>2126</sup>, mais ces exemples renvoyaient dans le second cas à des élections locales et pour les premiers à des élections au niveau fédéré, par opposition aux élections nationales ou fédérales. L'attribution de ces droits ne posait pas problème car ils n'avaient pas d'impact sur l'appartenance fédérale.

Au contraire, l'arrêt de 2006 *Espagne c/ Royaume-Uni*<sup>2127</sup> a un impact sur la question de l'appartenance fédérale car la Cour de justice a validé dans cet arrêt une extension des droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen à des ressortissants d'Etats tiers résidant dans un Etat membre de l'Union européenne, à savoir le Royaume-Uni. Dans l'espèce, l'Espagne avait, fait rare pour un Etat, introduit un recours en manquement contre le Royaume-Uni. L'affaire trouvait son origine dans un arrêt de condamnation du RU par la CEDH dans un arrêt *Matthews* de 1999<sup>2128</sup> pour ne pas avoir organisé de scrutin pour les élections européennes sur le territoire de Gibraltar, et pour ne pas avoir ainsi permis à une ressortissante britannique résidant à Gibraltar de participer à ces élections. Afin de se conformer à cet arrêt, le RU avait adopté une loi prévoyant une extension du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen à Gibraltar, mais celle-ci incluait comme bénéficiaire non seulement les résidents britanniques, mais encore aux résidents qui sont citoyens du Common Wealth ce que lui reprochait notamment l'Espagne. Comme le résume Laurence Burgorgue-Larsen, deux visions de la citoyenneté européenne s'opposaient ici, celle "exclusive" de l'Espagne, et celle "cosmopolite" du RU<sup>2129</sup>. La première considérant que seuls les citoyens de l'UE devaient bénéficier du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen, là où le second soulignant que rien ne s'opposait à leur attribution à des ressortissants d'un Etat tiers.

L'Espagne affirmait tout d'abord que les citoyens du Common Wealth n'étant pas citoyens européens ils ne pouvaient avoir le droit de vote aux élections européennes. Elle opérait une lecture combinée de l'art.17 CE (20 TFUE) qui pose la condition de nationalité d'un des Etats membres pour avoir la citoyenneté européenne et précise que les citoyens européens jouissent des droits prévus par les traités et de l'art.19 CE (22 TFUE) prévoyant que les citoyens européens ont le droit de vote dans l'Etat membre dans lequel ils résident même s'ils n'en sont pas ressortissants. L'Espagne estimait ensuite que la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité étant de la compétence de la CE, il ne pouvait avoir lieu tant que le droit communautaire ne prévoyait pas expressément une extension des bénéficiaires<sup>2130</sup>. Si elle admettait que l'Acte de 1976 renvoyait aux droits des Etats pour la procédure électorale, elle considérait en effet qu'un cadre était néanmoins posé par les art.189 et 190 CE lus en combinaison avec les art.17 et 19 CE déjà mentionnés. L'expression "*Parlement européen représente les peuples des Etats*" posée l'art.189 CE visait en effet selon l'Espagne les nationaux des Etats membres et non les populations sur leur territoire<sup>2131</sup>. L'Espagne évoquait en outre la formulation du Traité constitutionnel qui précise dans son art.I-10§2 b) que "*les citoyens de l'Union [...] ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen*"<sup>2132</sup>.

Le RU rétorquait l'impossibilité d'invoquer le traité constitutionnel qui n'est pas en vigueur. Par ailleurs, il considère, tout comme la Commission, qu'aucune disposition du droit communautaire ne s'oppose à une telle extension du droit de vote, que notamment les

<sup>2126</sup> Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano dans l'aff.C-145/04, pts.85 et 87.

<sup>2127</sup> CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, aff.C-145/04, Rec.2006 p.I-7917.

<sup>2128</sup> *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I.

<sup>2129</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), L'identité de l'Union Européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne (CJCE 12 septembre 2006, aff.C-145/04, Royaume d'Espagne c/ Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord), *RTDE*, janv.-mars 2007, vol.43 n°1, pp.29-31.

<sup>2130</sup> Aff.C-145/04, *Espagne c/ Royaume-Uni*, pt.39.

<sup>2131</sup> *Ibid.*, pt.43.

<sup>2132</sup> *Ibid.*, pt.45.



représentants des peuples des Etats évoqués aux art.189 et 190 CE ne visent pas les seuls ressortissants des Etats membres<sup>2133</sup>.

La Cour donne raison au RU, affirmant que l'Acte de 1976 et l'article 190 CE ne posent pas de conditions spécifiques relatives aux bénéficiaires du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen<sup>2134</sup>. La Cour suit ensuite la Commission quand elle estime que l'art.19 CE se contente d'interdire la discrimination les ressortissants des autres Etats membres de l'UE concernant le droit de vote et d'éligibilité, d'en restreindre les bénéficiaires, mais n'interdit pas d'étendre le bénéfice de ce droit<sup>2135</sup>. Elle ajoute enfin que l'art.17§2 CE ne vise pas à restreindre le bénéfice des droits du traité aux seuls citoyens européens et cite au soutien de cette interprétation que le fait que certains droits dont bénéficient le citoyen européen soient également ouverts aux ressortissants d'Etats tiers comme le droit de pétition ou le droit de s'adresser au médiateur européen<sup>2136</sup>. Pourtant ces droits sont plutôt des outils permettant la protection de droits fondamentaux, que des droits politiques comme le sont les droits de vote et d'éligibilité, et la Cour aurait donc pu justifier cette différence de régime<sup>2137</sup>.

La Cour de justice reste donc très prudente, faisant un appel au législateur européen<sup>2138</sup>. Elle se garde de suivre l'Espagne dans son interprétation systématique des dispositions des traités et de faire ainsi preuve de l'audace qu'elle a souvent dans d'autres contextes<sup>2139</sup>. En effet, une interprétation systématique permettait de limiter le bénéfice de ces droits aux seuls citoyens de l'UE, et si le traité CE n'apparaissait pas suffisamment clair, l'art.39 de la Charte des droits fondamentaux proposait une expression dénuée d'ambiguïté. Certes, la Charte n'avait pas alors de caractère juridiquement contraignant, mais la Cour l'avait déjà intégrée au bloc de légalité par un arrêt *Parlement c/ Conseil* de 2006<sup>2140</sup>, et surtout une telle absence de caractère contraignant ne l'empêchait pas de l'utiliser comme moyen d'interprétation de la volonté des rédacteurs des traités des dispositions déjà en vigueur.

Au-delà de la question de l'interprétation dans l'espèce, la référence à l'art.39 de la Charte donnait lieu dans l'arrêt à un débat plus profond sur la distinction entre droits de l'Homme et droits de citoyenneté. Le RU affirmait que, dans le cas où la Cour jugerait l'interprétation de l'art.39 pouvoir servir de fondement, cette disposition devait être interprétée à l'aune de l'art.53 en vertu duquel les dispositions de la Charte ne peuvent être interprétées comme limitant les droits de l'homme reconnus par le droit de l'Union. Au soutien d'une telle interprétation Sandrine Maillard affirme que puisque la Charte inclut les droits des citoyens, ces derniers devraient être étendus à l'ensemble des résidents européens. Pourtant elle souligne plus tôt dans sa thèse que la Déclaration de 1789 distingue entre les droits de l'Homme et les droits du citoyen par rapport aux bénéficiaires<sup>2141</sup>. Nous ajouterons que la CESDH contient également des droits politiques qui peuvent être restreints aux seuls nationaux, ou être étendus uniquement à des ressortissants de certains autres Etats dès lors qu'une justification existe. L'Espagne soulignait ainsi à juste titre dans son recours que le droit de vote n'était pas un droit de l'homme, mais un droit politique, et que l'art.53 n'était pas applicable à l'art.39<sup>2142</sup>. L'argument du rattachement de certains droits, comme le droit de pétition ou le droit d'accès au médiateur, à la

---

<sup>2133</sup> *Ibid.*, pts.49-52.

<sup>2134</sup> *Ibid.*, pt.70.

<sup>2135</sup> *Ibid.*, pt.66.

<sup>2136</sup> *Ibid.*, pt.54 et pt.73.

<sup>2137</sup> Voir en ce sens : BURGORGUE-LARSEN (L.), *L'identité...*(*op.cit.* note 2129), p.34.

<sup>2138</sup> Elle estime qu "*en l'état actuel du droit communautaire*" les élections sont organisées par les Etats membres qui restent libres d'étendre le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen (Aff.C-145/04, *Espagne c/ Royaume-Uni*, pt.77).

<sup>2139</sup> En ce sens : BURGORGUE-LARSEN (L.), *L'identité...*(*op.cit.* note 2129), p.33.

<sup>2140</sup> *Ibid.*, p.34. CJCE 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-540/03, *Rec.*2006 p.I-5769, pt.38.

<sup>2141</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), p.29.

<sup>2142</sup> Aff.C-145/04, *Espagne c/ Royaume-Uni*, pt.42.



citoyenneté européenne, utilisé par le RU et repris par la Cour, est critiquable car il s'explique comme nous l'avons vu par la volonté d'enrichir la citoyenneté de l'UE<sup>2143</sup>.

Cette position de rapprochement entre droits fondamentaux et droits de citoyenneté s'inscrit dans une certaine tendance défendue de manière récurrente. L'Espagne du gouvernement Gonzales, qui avait joué un rôle majeur dans le dégageant et l'inclusion dans les traités de la citoyenneté de l'UE lors de sa présidence de l'UE, avait ainsi proposé de rattacher les droits de citoyenneté européenne aux droits fondamentaux<sup>2144</sup>. De même, Claire Marzo note que le titre II du projet de traité constitutionnel s'intitulait "*droits de l'homme et citoyenneté européenne*", soulignant qu'un pas décisif dans le sens du lien entre citoyenneté européenne et droits fondamentaux aurait été fait<sup>2145</sup>. A cet égard, Claude Blumann souligne que, dans la perspective du développement d'une identité européenne, "*si les deux dispositifs placent l'homme au centre de leurs préoccupations, l'orientation en est très différente*"<sup>2146</sup>. Frédéric Sudre met en garde contre un tel rapprochement par souci inverse du respect des droits fondamentaux en soulignant que le lien entre citoyenneté de l'UE et nationalité d'un Etat membre étant maintenu, cela pourrait donner l'impression d'une restriction de ces droits fondamentaux aux seuls citoyens, ce qui n'est pas le cas<sup>2147</sup>.

Pour revenir à la conclusion de la Cour dans l'espèce, elle s'explique en réalité par le souci de respect de l'identité nationale britannique<sup>2148</sup>. La Cour aurait certes pu en théorie rétorquer qu'il n'y avait aucune justification à son extension dans le cas du Parlement européen qui est une institution européenne et pas une institution britannique, mais une telle argumentation face à un élément de l'identité britannique aurait pu provoquer des tensions avec cet Etat et sa conclusion correspond ainsi à une application du respect de l'intégrité des Etats membres d'une Fédération nécessaire à la stabilité de la Fédération<sup>2149</sup>.

Par contre la Cour n'était pas obligée de suivre l'argument du RU selon lequel l'extension du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen aux citoyens du Common Wealth n'a d'impact que sur les représentants issus des circonscriptions britanniques<sup>2150</sup> pour conclure à la validité de la loi britannique. Une telle affirmation occulte en effet la considération que les députés européens représentent les citoyens européens et pas les seuls habitants de leur circonscription.

De même un argument utilisé par l'avocat général Tizzano dans ses conclusions pouvait être critiqué. Il affirmait que laisser aux Etats membres une compétence largement discrétionnaire en matière d'attribution de leur nationalité, alors que cela constitue une extension de la citoyenneté de l'UE, tout en ne leur permettant pas d'étendre le bénéfice de certains droits de ce statut à des ressortissants d'Etats tiers serait paradoxal<sup>2151</sup>. On peut s'étonner de cette remarque. En effet, il apparaîtrait logique que les bénéficiaires de ces droits soient fixés par le droit de l'UE puisqu'il s'agit d'une institution européenne, là où la nationalité relève bien d'une compétence nationale même si elle a un impact sur l'attribution de la citoyenneté européenne.

<sup>2143</sup> Voir aussi en ce sens : NEUMAN (G.), *Fédéralisme...*(*op. cit.* note 1406), p.163.

<sup>2144</sup> Cité par : BURGORGUE-LARSEN (L.), *L'identité...*(*op.cit.* note 2129), p.29.

<sup>2145</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.147.

<sup>2146</sup> BLUMANN (C.), *Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité*, in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 267.

<sup>2147</sup> SUDRE (F.), LABAYLE (H.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux : Journée Nationale d'étude de la CEDECE*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.34.

<sup>2148</sup> En ce sens : *Ibid.*, pp.35-36. Aff.C-145/04, *Espagne c/ Royaume-Uni*, pt.63.

<sup>2149</sup> Voir : chap.II sect.II §2 D.

<sup>2150</sup> *Ibid.*, pt.77.

<sup>2151</sup> Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano dans l'aff.C-145/04, pt.82.



**458.** Le remplacement ou l'ajout du critère de résidence au critère de nationalité pour obtenir la qualité de citoyen européen pourrait apparaître comme une solution pour sortir du dilemme entre souci de soutenir le développement d'une identité européenne et volonté de tenir compte d'une longue durée de résidence sur le territoire européen.

#### **4) La résidence : un critère alternatif pour la citoyenneté européenne ?**

**459.** En Suisse, les cantons et communes avaient une politique restrictive en matière de naturalisation des étrangers, afin de limiter l'augmentation du nombre de personnes pouvant bénéficier des aides publiques. Afin de dépasser ces blocages, des propositions avaient été faites de création d'un droit de citoyenneté suisse autonome, tout comme il a pu être proposé au sein de l'Union européenne de conférer aux ressortissants d'Etats tiers bénéficiant d'un droit de séjour à long terme d'une citoyenneté de l'UE autonome<sup>2152</sup>. Ainsi, Pervenche Berès, membre suppléant de la Convention sur l'avenir de l'Europe, avait proposé de remplacer l'accès à la citoyenneté européenne par un critère de résidence afin de contourner les fortes différences en matière d'accès à la nationalité au sein des Etats membres de l'UE<sup>2153</sup>. La citoyenneté européenne aurait ainsi été non seulement conférée en tant que national d'un Etat membre mais encore dans le cas d'un ressortissant d'un Etat tiers en tant que résident dans un Etat membre de l'UE pendant cinq ans<sup>2154</sup>.

Sandrine Maillard évoque quant à elle l'extension à la citoyenneté politique en estimant qu'il n'est pas logique qu'un argentin juste grâce à sa double nationalité italienne alors qu'il n'a pas de lien avec l'UE puisse en bénéficier, alors qu'un turc qui habite depuis très longtemps en Allemagne n'en bénéficie pas<sup>2155</sup>. Elle ajoutait qu'il faudrait donner des droits de citoyenneté dès une résidence de 5 ans suivant la proposition de Jean-Yves Carlier<sup>2156</sup>. Elle souligne par ailleurs la citoyenneté athénienne ne reposait pas sur la résidence à la différence de la citoyenneté romaine qui est plus ouverte, rattachée à la résidence<sup>2157</sup>, ou encore que la citoyenneté est antérieure à la nationalité, même si les deux se sont très largement confondues dès le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2158</sup>.

Danièle Loschak souligne également en ce sens que la Constitution française de 1791 visait une "*conception ouverte et universaliste*"<sup>2159</sup>. Selon l'art.3, il fallait résider cinq ans au moins et avoir prêté un serment civique pour bénéficier de la citoyenneté française<sup>2160</sup>. En vertu de l'art.4, le pouvoir législatif pouvait en outre conférer cette citoyenneté sans condition de durée de résidence "*pour des considérations importantes*", le bénéficiaire devant simplement s'installer en France et y prêter le serment civique. Un décret du 26 Août 1792 a ainsi conféré

<sup>2152</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.88-89.

<sup>2153</sup> Contribution de Pervenche Berès, - Quelle citoyenneté pour l'Union ?, CONV 576/03, p.3.

<sup>2154</sup> *Ibid.*, p.5.

<sup>2155</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), pp.431-432.

<sup>2156</sup> CARLIER (J.-Y.), Vers une citoyenneté européenne ouverte, *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1998, vol.2, p.119.

<sup>2157</sup> MAILLARD (S.), *L'émergence...*(*op. cit.* note 1501), pp.27-28. L'auteur renvoie à : SCHNAPPER (D.), BACHELIER (C.), *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, 2000, p.14 et p.15. MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.49.

<sup>2158</sup> *Ibid.*, pp.34-35.

<sup>2159</sup> LOSCHAK (D.), La citoyenneté : un concept juridique flou, in : COLAS (D.), EMERI (C.), ZYLBERBERG (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p.182.

<sup>2160</sup> Article 3 de la Constitution de 1791. Il faut comme condition complémentaire posé dans ce même article avoir "*acquis des immeubles ou épousé une Française, ou formé un établissement d'agriculture ou de commerce, et s'ils ont prêté le serment civique*". Le serment civique consiste à jurer « je jure d'être fidèle à la Nation, à la loi et au roi et de maintenir de tout mon pouvoir la Constitution de mon royaume, décrétée par l'Assemblée nationale constituante aux années 1789, 1790 et 1791 » (article 5).



sur cette base le titre de citoyen français à des étrangers sans condition, si ce n'est celle d'être jugé digne de participer au régime républicain établi<sup>2161</sup>. La Constitution de 1793 qui ne fut jamais appliquée prévoyait même en son art.4 que tout étranger résidant depuis un an pouvait exercer les droits de citoyenneté française,<sup>2162</sup>. L'idée avec la Révolution française était que "*les individus adhèreraient aux principes de l'État de droit et à l'ordre républicain, à l'exclusion de toute référence à un territoire et à une communauté historique et culturelle concrète*", forme de préfiguration d'une citoyenneté universelle<sup>2163</sup>. L'idéal républicain révolutionnaire disparaît définitivement avec la Constitution de la IIe République de 1848 qui lie citoyenneté et nationalité dans son article 25 en posant que "*sont électeurs, sans condition de cens, tous les Français âgés de vingt et un ans, et jouissant de leurs droits civils et politiques*". Danièle Loschak parle à cet égard de "*nationalisation de la citoyenneté*"<sup>2164</sup>. Les cas français et athénien permettent de soutenir un remplacement ou un complément du critère de nationalité comme moyen d'accès à l'appartenance fédérale, mais il apparaît douteux que les Etats membres acceptent une telle modification. En outre, une différence majeure existe, c'est l'Etat français et la cité d'Athènes qui décidaient du droit d'autoriser un ressortissant, respectivement d'une autre cité ou d'un Etat tiers, alors que dans le cas européen le laxisme d'un Etat membre concernant les conditions d'entrée et de séjour sur son territoire pour un ressortissant d'un Etat tiers obligerait tous les autres Etats membres à lui faire bénéficier de l'accès à leurs droits sociaux d'une façon non discriminatoire, à leurs élections municipales,...

Un autre rapprochement pourrait être fait avec l'appartenance fédérale directe, comme dans le cas alsacien sous le Second Empire allemand. Dans le cas européen on serait toutefois, comme le souligne Christophe Schönberger, face à une autre configuration puisqu'il ne s'agirait pas de personnes provenant de territoires ne formant pas des Etats et dépendant directement de la puissance de l'UE, mais de ressortissants d'Etats tiers. Les réflexions au sein de l'UE à leur égard seraient alors plutôt à rapprocher de celles qui ont pu être menées en Suisse concernant la possibilité de conférer la citoyenneté suisse à des ressortissants d'Etats tiers. Christophe Schönberger rejette une telle ouverture comme contraire au fédéralisme, soulignant avec justesse que ces personnes n'appartiennent pas à l'ensemble fédéral car leurs Etats d'origine n'en font pas partie et qu'il n'y aurait donc aucune justification à leur conférer de tels droits qui ne sont pas réciproquement donnés dans leurs Etats d'origine aux ressortissants d'Etats membres de l'UE<sup>2165</sup>. En outre, comme le souligne le même auteur, la possibilité de protection diplomatique ouverte par la citoyenneté européenne poserait problème au plan international dans les relations avec les Etats tiers. Enfin, Christophe Schönberger rappelle que l'extension du droit de vote et d'éligibilité aux personnes qui résident sur le territoire d'un Etat membre et sont ressortissants d'un autre Etat membre se justifie par l'appartenance commune à la Fédération, comme un pendant politique de la libre circulation et de l'égalité de traitement<sup>2166</sup>. Ce rapport particulier justifie en effet *a contrario* qu'un ressortissant d'un Etat tiers ne puisse revendiquer le bénéfice d'un tel principe d'égalité. S'il rejoint ce constat, Claude Blumann juge pourtant probable une extension à moyen terme des droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes aux ressortissants d'Etats tiers résidant sur le territoire de l'UE en raison du manque d'intérêt pour le Parlement européen, de l'absence de connaissance de son pouvoir important<sup>2167</sup>.

<sup>2161</sup> MARZO (C.), *La dimension...*(*op. cit.* note 1424), p.53.

<sup>2162</sup> Dès lors qu'il travaille, a acquis une propriété, épousé une française, adopté un enfant, s'occupe d'un vieillard, ou qui est jugé par décision du Corps législatif avoir "*bien mérité de l'humanité*".

<sup>2163</sup> MARZO (C.), *Ibid.*, p.52.

<sup>2164</sup> LOSCHAK (D.), *La citoyenneté...*(*op. cit.* note 2159), p.182.

<sup>2165</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), pp.294-296.

<sup>2166</sup> *Ibid.*, p.441.

<sup>2167</sup> BLUMANN (C.), *Citoyenneté européenne et droits fondamentaux*, in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I. Bruxelles. Bruylant, 2004. p. 265-281, notamment p. 278.

## Conclusion du chapitre I

**460.** La stabilisation de la Fédération exige une homogénéité initiale entre les Etats membres et des moyens assurant le maintien de la cohérence de la Fédération ainsi que l'effectivité du droit fédéral. Ces moyens sont renforcés par un troisième élément, la fidélité fédérale, sachant que ce dernier élément s'impose aussi réciproquement aux Etats membres face aux autorités fédérales.

L'homogénéité entre les Etats membres n'est pas complètement réalisée dans le cas américain en raison de la question de l'esclavage. Il en est de même, dans une mesure plus limitée, en ce qui concerne la participation de républiques et d'aristocraties dans la Confédération helvétique de 1815. Une telle question ne s'est pas posée dans le cas allemand. On ne retrouve pas de problème d'homogénéité sur le plan politique ou des valeurs fondamentales de l'Union européenne, mais il subsiste un doute quant à la "loyauté" fédérale de certains Etats membres, et plus particulièrement du Royaume-Uni.

Le maintien de la cohérence de la Fédération ne présente aucun problème particulier dans les systèmes fédéraux allemand, suisse et américain. Et les problèmes potentiels d'incohérence de l'Union européenne qui ont été relevés précédemment doivent être relativisés par une mise en perspective. Ainsi, Denys Simon indique que "*la cohérence, c'est aussi l'adaptation des instruments juridiques au degré de coopération*"<sup>2168</sup>, et Robert Kovar souligne que l'intégration européenne n'a pu progresser qu'en acceptant des incohérences<sup>2169</sup>. On ne peut pas toujours avoir une solution cohérente dès le départ alors que la révision des traités suppose l'unanimité et donc les compromis ; la recherche d'une solution trop parfaite à cet égard peut aboutir à renoncer à toute action au niveau européen. Un compromis donnant lieu à une solution peu cohérente au départ peut être corrigé peu à peu par des modifications ultérieures des traités.

En outre, la question de la cohérence n'est pas aisée à apprécier car selon la perspective adoptée, le jugement porté pourra être différent. Ainsi, comme le relève Isabelle Bosse-platière, "*le recours à certaines formes de flexibilité dans l'élaboration des politiques européennes peut être considéré comme la manifestation d'une volonté de renforcer la dimension verticale de la cohérence, en évitant que les Etats membres ne développent en dehors du cadre de l'Union, des politiques ou actions qui risqueraient d'affecter*" les règles des traités<sup>2170</sup>. Ainsi, la création de l'union économique et monétaire peut par exemple paraître cohérente du point de vue de l'achèvement du marché intérieur, mais se révèle incohérente par l'absence de création d'un gouvernement économique<sup>2171</sup>. Une telle dichotomie peut ainsi expliquer la différence de point de vue entre Deirdre Curtin qui, en 1993, déduisait à partir des différenciations issues du Traité de Maastricht que l'Union européenne présentait une forte incohérence<sup>2172</sup>, et Christine Guillard qui affirme au contraire en 2006 que la cohérence est préservée<sup>2173</sup>, alors même que les différenciations sont plus nombreuses qu'en 1993.

Néanmoins, le caractère durable d'un statut dérogatoire sur un point essentiel du droit européen constitue à terme une limite à la compatibilité de la flexibilité de l'Union européenne

---

<sup>2168</sup> SIMON (D.), Cohérence et ordre juridique communautaire, in : MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p.36.

<sup>2169</sup> KOVAR (R.), Eloge tempéré de l'incohérence, in : MICHEL (C.) (dir.), *Ibid.*, p.40 et p.42.

<sup>2170</sup> BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3 du traité UE : recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p.23

<sup>2171</sup> Souligné par : KOVAR (R.), Eloge... (*op.cit.* note 2169) p.44.

<sup>2172</sup> CURTIN (D.), The constitutional structure of the Union : A Europe of bits and pieces, *CMLRev.*, 1993, vol.30 n°1, pp.17-69, notamment p.67.

<sup>2173</sup> GUILLARD (C.), *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, 2006, 619 p.

au regard du principe de cohérence. Ainsi, le renforcement de la mise en commun de compétences des Etats de la zone euro pourrait soulever la question du centre de gravité de l'Union européenne. Depuis le début de la crise économique, les sommets du Conseil européen ont été largement consacrés à trouver des solutions pour y faire face. Et si, à la sortie de cette crise, une certaine normalisation de la programmation pourra être rétablie, la politique économique des Etats membres de la zone euro ayant vocation à être plus intégrée, l'Europe à deux vitesses deviendra bien plus marquée. Dans ce cas, les Etats qui ne souhaitent pas adopter l'euro ressentiront peut-être la nécessité de se retirer de l'Union européenne et de se contenter d'un partenariat privilégié avec l'Union européenne.

L'effectivité du droit fédéral a été assurée dans le cas des Fédérations suisse et allemande par la mise en place, en complément des mécanismes de règlement des litiges, d'une procédure d'exécution fédérale pouvant aller jusqu'à une action militaire contre le ou les Etats au(x)quel(s) il était reproché une violation du droit fédéral. L'introduction d'un tel pouvoir pour assurer la stabilité de l'Union européenne ne semble ni envisageable, les citoyens et les gouvernements des Etats membres n'étant pas prêts à l'accepter, ni souhaitable, du moins dans son versant militaire, en raison d'abus dans son utilisation ou de risques potentiels de son application sur la stabilité de la Fédération. C'est en effet, le recours à l'exécution militaire fédérale contre la Prusse qui a provoqué la fin de la Confédération germanique. De même, l'introduction d'un pouvoir d'exclusion, même très encadré, paraît difficilement conciliable avec la logique du pacte fédératif. Globalement, l'effectivité du droit européen et la cohérence de l'UE ont pour le moment été assurées efficacement par la Cour de justice, avec l'aide des juges étatiques qui se sont montrés des relais efficaces et complémentaires à son action, même si des améliorations peuvent être apportées.

Enfin, le principe de fidélité fédérale, ou principe de coopération loyale, joue un rôle d'autant plus essentiel à la cohérence de la Fédération et à l'effectivité du droit fédéral que l'organisation de la Fédération suit une logique coopérative comme dans les cas allemand, suisse et européen, et non dualiste comme aux Etats-Unis. A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne exerce un contrôle strict du respect de ce principe.

**461.** Le développement d'un sentiment d'appartenance fédéral est d'autant plus essentiel au sein d'une Fédération qu'elle repose sur des Etats démocratiques. Un tel développement est par ailleurs facilité quand il existe une langue, une culture et une histoire communes. C'est le cas en Allemagne où les Etats membres de la Confédération germanique partagent l'allemand et faisaient auparavant partie du Saint Empire. De même aux Etats-Unis, l'existence d'une langue commune très majoritaire, l'anglais, et l'histoire commune de colonies britanniques et de la guerre d'Indépendance ont été des éléments qui ont préparé le développement d'un sentiment d'appartenance commun. La Suisse se révèle donc sur ce plan un modèle de comparaison plus intéressant pour l'Union européenne en raison de sa diversité linguistique et culturelle en son sein.

Dans le cas européen, cette existence antérieure d'une appartenance à une même entité politique fait défaut, et les populations des Etats membres sont très hétérogènes. Cependant un sentiment d'appartenance commun peut être développé par un patriotisme constitutionnel mettant en exergue les particularités de l'interprétation des droits fondamentaux et des valeurs dans le cadre européen, à condition qu'il soit soutenu par les dirigeants européens, notamment par le biais de symboles. Il est également possible de promouvoir les droits de citoyenneté politiques et sociaux découlant du statut d'appartenance à l'Union européenne.

A cet égard, Christophe Schönberger estime que la citoyenneté de l'UE parvient à faire, par exemple, des français et des allemands des franco-allemands mais pas des européens<sup>2174</sup>.

---

<sup>2174</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(*op. cit.* note 1372), p.521.



Elle permet, selon lui, de faire disparaître le caractère étranger des citoyens européens dans un Etat membre duquel ils ne sont pas ressortissants d'une façon qui est plus poussée que dans de nombreuses unions fédérales à l'origine. Il estime également que la citoyenneté de l'UE exprime difficilement une symbolique politique commune, et paraît sur ce point en retrait par rapport à l'appartenance fédérale des unions fédérales classiques des débuts. En outre, peu de citoyens utilisent leur liberté de circulation et de séjour<sup>2175</sup>, ou leurs droits politiques, mais il relativise ce point en soulignant que Theodor Landgraff a affirmé sous la Confédération du Nord que le principal apport de la citoyenneté fédérale était la liberté de circulation complète entre les Etats membres et que le sentiment que cette citoyenneté est étrangère n'était que passager<sup>2176</sup>.

Nous partageons globalement ce constat, et les études baromètres confirment que le niveau de sentiment d'appartenance européen reste encore superficiel et sujet aux aléas conjoncturels. Il est donc nécessaire que les moyens présentés soient utilisés pour en renforcer les fondements, afin d'assurer la stabilité de l'Union européenne.

---

<sup>2175</sup> Eurostat, voir : <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>.

<sup>2176</sup> "Ce qui est pour le moment étranger et inhabituel, sera après quelques années évident et naturel. Tout comme nous nous adaptons dans notre conscience à posséder l'Etat principal (Kernstaat) allemand, le sentiment de nationalité exige et réclame ce qui lui apparaît peut-être aujourd'hui artificiel (gekünstelt)" (Brochure intitulée "über ein deutsches Bürgerrecht", 1867, p.9 (citée par SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger...*(op. cit. note 1372), p.520).

## Chapitre II : La protection de l'intégrité des Etats membres

462. Si l'appartenance à une Fédération limite l'autonomie d'action des Etats, les autorités fédérales doivent en contrepartie respecter l'intégrité des Etats membres. Carl Schmitt affirme dans ce sens que "la fédération vise à maintenir l'existence politique de tous [s]es membres" et poursuit qu' "il en résulte que la constitution fédérative contient dans tous les cas (même lorsqu'elle ne le mentionne pas explicitement) une garantie de l'existence politique de chaque membre de la fédération"<sup>1</sup>. Olivier Beaud note à cet égard que les pactes fédératifs peuvent souligner le maintien de leur qualité d'unité politique en affirmant que les membres demeurent souverains ou indépendants<sup>2</sup>.

Porter atteinte à son intégrité provoquerait une crise entre l'Etat membre concerné et les autorités fédérales susceptible de conduire à l'implosion de la Fédération ou à sa transformation en Etat. Aussi, si la mise en sommeil de la question de la souveraineté est nécessaire au fonctionnement d'une Fédération, l'étude des situations dans lesquelles elle pourrait être posée permet de dégager les moyens d'en prévenir la réalisation. Comme le note András Jakab, "le devoir paradoxal des juristes est de construire une incertitude concernant la solution juridique d'un conflit (en créant des édifices conceptuels complexes qui rendent pratiquement impossible l'utilisation directe de l'argument de la souveraineté) et de donner des méthodes pratiques destinées à empêcher les conflits, pour que personne ne risque d'être engagé dans un conflit et, qu'au contraire, tout le monde coopère"<sup>3</sup>.

L'un des premiers éléments dont il est indispensable d'assurer le respect aux Etats membres est le principe de répartition des compétences entre le niveau fédéral et le niveau fédéré. Une interprétation trop large par les autorités fédérales de leurs compétences pourrait donner lieu à un contrôle de dépassement de compétence, ou contrôle *ultra vires* pour reprendre la formule employée par la Cour constitutionnelle allemande, contrôle qui s'il aboutissait à la remise en cause d'un acte fédéral déstabiliserait profondément la Fédération (section I).

Un second ensemble d'éléments doit être respecté par les autorités fédérales : ils correspondent à l'expression du socle sur lequel s'est mis d'accord le peuple d'un Etat et qui permet une continuité de l'esprit général de la Constitution au-delà de ses modifications<sup>4</sup>. Nous reprendrons pour qualifier le regroupement de ces éléments l' "identité" des Etats membres employé dans le contexte de l'Union européenne (section II).

La menace de tels contrôles du droit fédéral fait partie des tensions existant dans le cadre de Fédération qui ne peuvent être résolues par des principes mais par du pragmatisme (collaboration, autolimitation). Si un des deux types de contrôle est effectivement effectué, et une inconstitutionnalité constatée, seule une négociation politique entre les autorités de l'Etat membre concerné, ses partenaires ainsi que les autorités fédérales peut permettre d'éviter une escalade des tensions. En cas d'échec, la seule issue est alors le retrait, le droit de retrait

<sup>1</sup> SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, trad. de DEROICHE (L.), PUF, 1993, p.515.

<sup>2</sup> BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.322. Voir l'art.2 des Articles de la Confédération et l'art.3 de l'ancienne Constitution suisse de 1848 (aCS 1848) (repris à l'art.3 de l'ancienne Constitution suisse de 1874 (aCS 1874), et à l'art.3 de la Constitution suisse de 1999 (CS)).

<sup>3</sup> JAKAB (A.), La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne, *Jus politicum*, n°1, juillet 2008, p.26. Jean-Marc FERRY note dans le même sens que "c'est peut-être en partie pour éviter que ne surgisse pratiquement la question critique « Qui est souverain dans l'Union ? », que l'on procéduralise à l'extrême les processus de décision des instances communautaires" (Le problème de la souveraineté en regard d'une union politique européenne, in : MAGNETTE (P.), *La constitution de l'Europe*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p.60).

<sup>4</sup> RIGAUX (M.-F.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p.237.

apparaissant dans ce cas comme la manifestation ultime de l'égalité entre les niveaux fédéral et fédéré en forme de chant du cygne, la dernière garantie de la protection de son intégrité pour un Etat (section III).

## **Section I : L'obligation de respecter les domaines de compétence des Etats membres**

**463.** L'enjeu de la question de la juridiction compétente pour trancher en dernier ressort a été résumé ainsi par un citoyen de l'époque dans un article : "*une nation abandonne sa souveraineté, dans la mesure où elle renonce au droit de juger en dernier recours — et si dans tous les cas, c'est bien ce que nous avons fait, en adoptant la Constitution nous avons effectué un abandon total de ce droit au système judiciaire : car le pouvoir de juger en dernier recours est l'essence même de la souveraineté*"<sup>5</sup>.

La question n'a pas été un enjeu particulier en Suisse ou en Allemagne, mais aux Etats-Unis, par contre, les conflits entre les autorités des Etats et les autorités fédérales, principalement la Cour suprême, concernant l'interprétation des compétences des autorités fédérales ont été nombreux. Comme le résume Steve Boom "*les Etats reconnaissent la primauté du droit fédéral, mais pas la primauté des juges fédéraux*"<sup>6</sup>. Pour les juges étatiques, l'absence d'uniformité étant vue comme une conséquence inévitable d'une Union entre des Etats indépendants, quelques conflits ne mettraient pas en cause le bon fonctionnement du système fédéral américain<sup>7</sup>. Deux concepts ont même été distingués pour différencier les oppositions entre les Etats membres et les autorités fédérales sur l'étendue de leurs compétences respectives la nullification et l'interposition (§1).

Dans le cas de l'Union européenne, plusieurs juridictions constitutionnelles ont posé comme limite à l'application du droit européen le dépassement de ses compétences par les autorités européennes<sup>8</sup> à l'instar de la Cour suprême du Danemark<sup>9</sup>, du Tribunal constitutionnel polonais<sup>10</sup> et de la Cour constitutionnelle tchèque<sup>11</sup>. Mais elles ont suivi le modèle de la Cour constitutionnelle allemande, en allant toutefois moins loin que cette dernière. L'exemple de l'Allemagne est étudié ici et dans la section sur l'identité constitutionnelle non pas en tant que système fédéral servant de comparaison pour l'Union européenne mais en tant qu'Etat membre de cette dernière. La Cour constitutionnelle allemande a, par sa jurisprudence sur le contrôle *ultra vires* des actes de droit européen initiée par sa décision de 1993 concernant la loi de ratification du Traité de *Maastricht*, souvent été comparée aux résistances des Etats américains et à la doctrine de nullification qui y a été développée. Elle présente toutefois de nombreuses différences qui jouent en faveur de relations plus apaisées avec l'Union européenne (§2).

<sup>5</sup> Article de l'*Independent Chronicle* de Boston cité par : DELANEY (E.), Promouvoir la fédération : La Cour suprême des Etats-Unis au cours des années 1780, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, 2008, p.6.

<sup>6</sup> BOOM (S.), The European Union after the Maastricht decision : will Germany be the "Virginia of Europe" ?, *American Journal of Comparative Law*, 1995, n°43, p.187, p.195. Voir aussi : HAINES (C.), *The role of the Supreme Court in American government and politics 1789-1835*, Los Angeles, University of California Press, 1944, p.446.

<sup>7</sup> HAINES (C.), *Ibid.*, p.439 et p.454.

<sup>8</sup> Souligné par : WENDEL (M.), La jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur l'évolution des traités européens. Un contre d'aiguilleurs et de gardiens du pont, in : LAGRANGE (E.), HAMMAN (A.), SOREL (J.-M.), *Si proche, si loin : pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, collection de l'UMR de droit comparé, octobre 2012, p.117.

<sup>9</sup> Décision n° I 361/1997 du 6 avr. 1998, *Carlsen v. Rasmussen*.

<sup>10</sup> Jugement du 11 mai 2005, K 18/04, *Traité d'adhésion* (<http://www.trybunal.gov.pl>).

<sup>11</sup> Décision du 26 nov. 2008, *Lisbonne I*, Pl ÚS 19/08, pts.120, 139 et 216 : <http://www.concourt.cz/clanek/pl-19-08> ; décision du 3 nov. 2009, *Lisbonne II*, Pl ÚS 29/09, pt.150 : <http://www.concourt.cz/clanek/pl-29-09>.

## §1. L'interposition et la nullification dans l'Union américaine

**464.** La nullification ou annulation peut être définie comme l' "opposition jugée constitutionnelle par les autorités d'un Etat à une décision, à une action ou, *stricto sensu*, à une loi fédérale, et suspensive dans les limites de son territoire"<sup>12</sup>. Au contraire, l'interposition est une "simple protestation à une loi, à une décision ou à une action du gouvernement fédéral". Pourtant, John Calhoun qui a théorisé la nullification utilise les deux expressions de manière indifférenciée. Nous emploierons toutefois les termes d'interposition dans les susdéfinis.

Cette théorisation par John Calhoun (A) est intervenue après la pratique. Nous la présenterons toutefois pour faciliter la compréhension avant d'étudier la pratique de la nullification par différentes juridictions et autorités exécutives et législatives d'Etats de l'Union américaine (B). On présentera en dernier la pratique de l'interposition, bien que son utilisation soit antérieure, afin de rendre plus aisée sa mise en perspective par rapport à la nullification (C).

### A. Calhoun théoricien de la nullification

**465.** Politicien de Caroline du Sud, John Calhoun passe d'une position "nationaliste" jusqu'au début des années 1820 à fer de lance des défenseurs des droits des Etats<sup>13</sup>. Sa théorie a été diabolisée<sup>14</sup>, présentée comme simple défense de l'esclavage. Pourtant, même si ses motivations ne sont pas clairement démontrées, sa défense d'un pouvoir de nullification des actes fédéraux apparaît s'expliquer largement par la volonté de prévenir les risques de sécession<sup>15</sup>. Il développe sa réflexion sur ce pouvoir dans le contexte de tensions entre les Etats du Nord et du Sud concernant la fixation de droits de douanes. Alors qu'il était encore vice Président des Etats-Unis<sup>16</sup>, il rédige tout d'abord anonymement en 1828 un rapport sur le système tarifaire fédéral à la demande d'un des membres du corps législatif de Caroline du Sud<sup>17</sup>. Puis, en juillet 1831, il se présente officiellement comme soutien à la doctrine de la nullification dans ce qui est appelé "l'Adresse de Fort Hill"<sup>18</sup>. Dans son Adresse du 28 août 1832, Calhoun apporte encore des précisions à sa doctrine<sup>19</sup>, avant d'en faire une présentation générale sous la forme d'un ouvrage qui sera publié de manière posthume.

Il résulte de sa théorie que Calhoun fait découler de la nature conventionnelle qu'il attribue à la Constitution fédérale de 1787 un pouvoir de nullification des actes fédéraux en cas

---

<sup>12</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004, p.10.

<sup>13</sup> Calhoun défend encore en 1816 le tarif fédéral estimant que le soutien aux industries est un élément complémentaire au commerce nécessaire pour assurer l'unité fédérale (Voir sur ce point : *Ibid.*, p.32).

<sup>14</sup> Souligné par : CATA BACKER (L.), *The extra-national State : American confederate federalism and the European Union*, *Columbia Journal of European Law*, 2001, n°7, pp.192-193. L'auteur fait toutefois une comparaison quelque peu outrancière en rapprochant le mythe développé par les américains après la Guerre de Sécession à la réécriture de l'histoire par Staline, gommant les personnages gênant des photos,...

<sup>15</sup> En ce sens : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung : das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen ; eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, München, Beck, 2000, p.285 ; FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.10 et pp.34-35. Jean-Philippe FELDMAN présente les différentes hypothèses de motivation qui ont été proposées pour expliquer ce changement. Le sauvetage de l'Union, la volonté de lutter contre les plus radicaux des défenseurs de droit des Etats en Caroline du Sud ressort comme l'une des explications principales.

<sup>16</sup> John Calhoun a été Vice-Président des Etats-Unis de 1825 à 1832.

<sup>17</sup> FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.37.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.70. Pour une reproduction du texte de l'Adresse voir : JEFFERSON (T.), *The Virginia and Kentucky resolutions of 1798 and '99*, Washington, éd. Jonathan Elliot, 1832, réed. General Books, 2009, pp.41-57.

<sup>19</sup> FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.86.

de dépassement du cadre de compétence posé dans ladite Constitution (1), ainsi qu'une exigence de "concurrent majority" permettant de garantir les intérêts de chacun des Etats lors de l'adoption d'un acte fédéral, et qui correspond en réalité à une forme de veto (2).

### ***1) Le pouvoir d'annulation, versant "néгатif" de la théorie calhounienne***

#### **a) Présentation de la théorie de la nullification de Calhoun**

**466.** John Calhoun conserve le principe de souveraineté dans sa construction théorique et part de la perspective de l'indivisibilité de la souveraineté et d'une simple possibilité de partage de son exercice<sup>20</sup>. Il voit tout d'abord dans la Constitution de 1787 un pacte entre les peuples des Etats par lesquels ils ont transféré des compétences, mais pas leur souveraineté et en conclut qu'elle n'est supérieure qu'au gouvernement fédéral qu'elle a créé et non aux Etats membres<sup>21</sup>. Il considère ensuite que cette Constitution a fondé une relation de commettant à agent entre les Etats, qui sont parties au pacte fondateur, et le gouvernement fédéral qu'elle a créé. Il déduit également de l'origine conventionnelle de la Constitution l'existence d'un pouvoir d'interprétation de chaque partie lui permettant de constater une violation du pacte relative à la répartition des compétences<sup>22</sup>. Calhoun considère en effet que les remontrances, les résolutions déclarant l'inconstitutionnalité des actes fédéraux sans les annuler, ainsi que les appels aux autres Etats ou à ses représentants ou sénateurs au Congrès à réagir protègent insuffisamment les Etats. Il estime toutefois que ce pouvoir d'interprétation doit être également donné au niveau fédéral afin qu'il puisse préserver ses compétences<sup>23</sup>. En effet, le conférer uniquement à l'un des deux aboutirait selon lui à une supériorité du bénéficiaire de ce pouvoir sur l'autre. Il poursuit en énonçant qu'à l'intérieur de sa sphère de compétence les actes fédéraux doivent bénéficier de la primauté car sinon cela équivaldrait à nier toute constitution commune, mais qu'ils n'en bénéficient plus quand ils sont adoptés en dehors des compétences qui ont été déléguées aux autorités fédérales par la Constitution de 1787<sup>24</sup>. Calhoun rejette par ailleurs toute compétence d'interprétation de la Cour suprême, car il estime que le conflit est de nature politique<sup>25</sup>.

Calhoun encadre le pouvoir d'annulation donné aux Etats afin d'éviter des dérives attentatoires à l'unité fédérale et à l'efficacité du droit fédéral, répondant par ce biais aux critiques de risque d'instabilité de l'union fédérale suscité par un tel pouvoir. Ce droit ne peut tout d'abord pas être invoqué par un corps législatif, mais uniquement par une convention étatique, organe chargé de la révision de la constitution au niveau des Etats et de la ratification des amendements à la Constitution fédérale<sup>26</sup>. Ensuite il ne peut en être fait usage que dans les seuls cas d'une "*violation [particulièrement] [...] délibérée, manifeste et dangereuse*", et quand des solutions alternatives moins radicales ont échoué et que la seule alternative qui demeurerait serait "*pour les Etats une soumission et une oppression ou une résistance violente*"<sup>27</sup>. Il ajoute que la seule existence du pouvoir d'annulation suffit à empêcher la nécessité d'y recourir. Il considère en effet que "*la reconnaissance générale du pouvoir*" d'annulation "*remplacera dans*

---

<sup>20</sup> CALHOUN (J.), *the Works of John C. Calhoun : A disquisition on government and a discourse on the Constitution and government of the United States, vol.1*, Charleston, Press of Walker and James, 1851, réeimp. Clark, Union Lawbook Exchange, 2002, p.146 .

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp.130-131.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp.240-241.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp.242 et 244. Jean-Philippe FELDMAN résume sa théorie : *Ibid.*, p.302.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.252. Voir aussi pour un résumé de ces différents points : FORSYTH (M.), *Unions of States. The theory and practice of confederation*, Leicester University Press, 1981, pp.128-129.

<sup>25</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), pp.71-72. CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.188.

<sup>26</sup> cf. FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.38 et p.71.

<sup>27</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.288.

*une grande mesure, si ce n'est entièrement, la nécessité de son exercice en imprimant sur les mouvements du gouvernement fédéral cette modération et cette justice si essentielles à l'harmonie et à la paix dans un pays vaste et aux intérêts d'une grande diversité*"<sup>28</sup>. L'effet de la déclaration d'annulation ne concerne par ailleurs que l'Etat, dans ses rapports avec ses propres citoyens, car un Etat seul n'a pas de compétence pour une annulation *erga omnes*.

Par contre, Calhoun estime que le gouvernement fédéral doit se soumettre et reconnaître la nullité de la loi fédérale vis-à-vis de l'Etat concerné, et peut seulement demander aux autres Etats d'amender la Constitution afin d'obliger l'Etat auteur de l'annulation à céder<sup>29</sup>. Cette possibilité d'amender la Constitution est pour lui un mécanisme de contrepois suffisant au pouvoir d'annulation d'un Etat membre<sup>30</sup>. Il affirme qu'inversement, si les Etats n'avaient pas le pouvoir de suspendre la loi, le gouvernement fédéral n'aurait aucune pression pour faire appel à un amendement<sup>31</sup>. En effet, l'Etat qui invoque la nullité est forcément dans la minorité ; en effet, le texte n'a pu être adopté qu'avec le soutien de la majorité des Etats, par le biais du Sénat, et de la majorité de la population, par le biais de la Chambre des représentants. Ainsi un appel par l'Etat à amender la Constitution n'aurait aucune chance d'aboutir, d'où la nécessité de lui donner ce pouvoir de nullification. Dans le cas où un amendement est adopté et l'acte étatique est invalidé, l'acte fédéral recouvre son effet sur le territoire de l'Etat qui l'avait contesté, Calhoun précisant toutefois que tel n'est le cas que dans la mesure où l'amendement demeure dans les limites de la logique de la Constitution et des buts pour lesquelles elle a été établie. Si tel n'est pas le cas, Calhoun considère que l'Etat peut alors décider de faire sécession<sup>32</sup>. Il est à relever qu'il affirme un tel droit de sécession essentiellement dans ses écrits les plus tardifs<sup>33</sup>, mais cela s'explique si l'on rappelle que son but est essentiellement de prévenir une telle extrémité<sup>34</sup>.

## b) Critique de la théorie de la nullification

**467.** Cette théorie de la nullification a été vivement critiquée par deux courants de pensée. Un premier, dont fait notamment partie Daniel Webster, sénateur du Massachusetts, défend l'unicité du rédacteur de la Constitution, le peuple américain<sup>35</sup>.

Le second courant, comprenant notamment Madison, partage au contraire avec Calhoun l'origine conventionnelle de la Constitution, mais estime, à la différence de ce dernier, que les Etats ont transféré une part de souveraineté par la ratification du pacte, et n'ont notamment plus le pouvoir de s'opposer à une décision de la Cour suprême<sup>36</sup>. Il rejette en effet le rapprochement avec un traité classique où les parties sont chacune interprète du pacte car la Constitution de 1787 a créé un pouvoir commun habilité à proposer une interprétation commune du droit fédéral.

Au-delà, les mêmes arguments sont, pour l'essentiel, utilisés par les deux courants. Selon

<sup>28</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.39.

<sup>29</sup> Cf. *Ibid.*, p.38 et pp.86-87.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.72.

<sup>31</sup> CALHOUN (J.), *The Works...*(*op.cit.* note 20), p.296-298.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp.300-301. Pour une présentation résumée : CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.190.

<sup>33</sup> Souligné par : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.287 note 37.

<sup>34</sup> En ce sens : FELDMAN (J.-P.), *Controverses sur la nature du fédéralisme américain, t.2*, thèse, Paris II, 2000, p.847.

<sup>35</sup> Voir pour une présentation détaillée du débat : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), pp.48-55. Robert Hayne estime que laisser au gouvernement fédéral le pouvoir de déterminer les limites de ses compétences est contraire à la souveraineté des Etats et rejette la possibilité d'arbitrage par la Cour suprême qu'il voit comme une émanation du gouvernement fédéral. Hayne voit par ailleurs le pouvoir de nullification comme participant aux mécanismes de checks and balances prévus par la Constitution.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p.58. Daniel Webster reprend les arguments de ce courant pour compléter sa réfutation de Hayne en indiquant que même en admettant la nature de pacte qu'il rejette, il est à différencier d'un traité classique : *Ibid.*, p.53.



eux la Constitution appelle une application uniforme qui ne peut supporter le principe d'un droit de nullification<sup>37</sup>, et le pouvoir d'amendement constitutionnel est une solution contre le risque de dépassement des compétences<sup>38</sup>. A l'argument de la lourdeur de la procédure et des fortes chances de blocage de l'amendement puisque la loi fédérale a obtenu le soutien d'une majorité de représentants d'Etats au Congrès, ils rétorquent que le pouvoir de nullification revient à un pouvoir étatique d'amendement de la Constitution fédérale qui est lui est contraire<sup>39</sup>. En outre, ils ajoutent que ce pouvoir ne saurait être présenté comme ayant un impact restreint à l'Etat qui l'utilise<sup>40</sup>. Ils soulèvent en effet que la liberté avancée se fait au détriment de celle des autres membres de l'Union et favorise les tensions contrairement au but recherché par les défenseurs de la nullification<sup>41</sup>. Pour eux, un droit de déclaration d'acte *ultra vires* ne peut se justifier que comme un droit naturel de résistance à l'oppression, et non comme un droit découlant implicitement de la Constitution de 1787<sup>42</sup>.

Ses opposants associaient généralement nullification et sécession. Pourtant, si un même intérêt est à l'origine des deux, la nullification devait, selon la logique calhounienne déjà évoquée, permettre une sécurisation suffisante de l'autodétermination locale, pour prévenir tout risque d'un conflit pouvant conduire à la sécession, rendant le recours à cette dernière inutile<sup>43</sup>.

Il est par ailleurs à relever que si Jefferson Davis, qui sera par la suite Président des Etats confédérés d'Amérique, défend en 1828 la même idée que Calhoun d'un pouvoir d'annulation afin de maintenir l'Union, et d'un droit de sécession au cas où l'exercice d'un tel pouvoir ne suffit pas<sup>44</sup>, le pouvoir d'annulation était loin d'être défendu par tous les politiciens du Sud qui préféraient généralement soutenir uniquement un droit de sécession<sup>45</sup>. Ainsi, Alexander Stephens, alors qu'il était vice Président des Etats confédérés, proposait qu'un Etat considérant un texte du gouvernement des Etats confédérés comme inconstitutionnel puisse saisir une cour et comme ultime solution, en l'absence de réponse lui paraissant satisfaisante, puisse faire sécession<sup>46</sup>. Il considérait en effet que soit un Etat était dans une Union fédérale et il devait alors respecter le droit fédéral sous réserve d'un droit de recours juridictionnel, soit il n'était plus en accord avec elle et il devait alors la quitter. Si l'Etat restait dans l'Union il était, selon lui, impossible qu'il ne se soumette pas à ses lois en l'absence de constatation d'inconstitutionnalité par une instance juridictionnelle<sup>47</sup>.

## 2) La "concurrent majority", versant "positif" de la théorie calhounienne

**468.** Devant l'échec de la reconnaissance par la pratique de sa doctrine de l'annulation et du renforcement consécutif de la sécession comme recours nécessaire, Calhoun a cherché à unir le Sud pour assurer une défense de ses intérêts, toujours dans la perspective d'une préservation de l'Union, et de la prévention du conflit militaire comme solution ultime à une crise<sup>48</sup>. A cette fin,

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, p.51.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p.52 et p.58.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p.58.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.59.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.52.

<sup>42</sup> Cf. *Ibid.*, p.51 et p.58.

<sup>43</sup> Souligné par : BRANDON (M.), *Secession, constitutionalism, and American experience*, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, p.279-280.

<sup>44</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.849. L'auteur renvoie à : DAVIS (J.), *The rise and fall of the Confederate Government, vol.I*, New York, Garrett & Massie, 1881, p.156.

<sup>45</sup> Voir pour la pratique qui montre que le soutien des Etats du Sud à la pratique de la nullification était limité : *infra* B.

<sup>46</sup> En ce sens : FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.879.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p.849.

<sup>48</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), pp.158-159.

il développe un versant "positif", celui de "concurrent majority" qu'il avait seulement évoqué rapidement auparavant et qui forme une sorte d'équivalent d'un droit de veto.

**469.** Jean-Philippe Feldman traduit "*concurrent majority*" par "*majorité de concours*" par analogie avec les avis concordants annexés aux jugements dans lesquels les juges indiquent partager la solution au jugement mais pas son raisonnement. "*Concours*" signifie ici contribuer à la prise de décision, l'idée étant pour Calhoun que ces majorités participent au dégagement de l'intérêt général. Il part du constat que le système de l'alternance de majorités ne peut fonctionner que si les mêmes intérêts ne restent pas toujours dans la minorité, et que même dans le cas où une alternance fonctionne, l'existence de deux intérêts opposés très marqués ne peut que conduire à une bataille perpétuelle pour atteindre le pouvoir conduisant à la destruction de l'ensemble<sup>49</sup>. Le mécanisme de majorité de concours lui apparaît alors comme le seul moyen de garantir la protection des différents intérêts et de prévenir une lutte entre eux<sup>50</sup>.

Calhoun oppose la "*majorité de concours*" ou "*majorité constitutionnelle*", qui renvoie à la majorité de chacun des intérêts, à la "*majorité numérique*" ou "*absolue*", qui vise la majorité de l'ensemble de la population<sup>51</sup>. Il oppose ensuite "*démocratie absolue*" à "*démocratie constitutionnelle*", la première renvoyant à la majorité numérique, la seconde à la majorité de concours<sup>52</sup>. A cet égard, après avoir présenté différents mécanismes de majorités de concours pour l'élection du Président, le vote d'une loi,..., il conclut que l'Union américaine est une démocratie constitutionnelle<sup>53</sup>. Pour autant il ne considère pas que le système est parfait et estime notamment qu'il ne permet pas de garantir le respect de la répartition des compétences. Un système de correction du phénomène démocratique majoritaire est certes prévu avec le Sénat, mais il le juge insuffisant pour assurer la représentation des intérêts des Etats du Sud. Il répond aux problèmes qui existait sous la Confédération, et qui provenaient de l'opposition entre niveau fédéral et Etats fédérés<sup>54</sup>. Les Etats y avaient alors peu de raison de s'unir pour obtenir le contrôle du Congrès fédéral car celui-ci n'avait pas de pouvoir sur les personnes et un pouvoir faible sur les Etats. Fort de cette expérience, les rédacteurs de la Constitution craignaient un conflit entre les deux niveaux de pouvoir et n'avaient pas, selon Calhoun, envisagé un autre conflit qui s'est pourtant développé, celui pour la domination du gouvernement fédéral. La Constitution 1787 donne en effet de larges pouvoirs au gouvernement fédéral, rendant sa domination objet d'enjeux<sup>55</sup>. Le risque est alors celui d'une consolidation car les instruments constitutionnels pour lutter contre ce phénomène qui s'apparente aux effets de la majorité numérique ne sont pas adéquats. Dans le cas où le parti au pouvoir a le soutien de la majorité des Etats et de leur population, le pouvoir du gouvernement fédéral est renforcé et doit simplement faire face à l'ensemble des Etats coordonnés du côté du parti d'opposition<sup>56</sup>, et même en cas de possibilité d'alternance, la lutte pour dominer le gouvernement est dangereuse<sup>57</sup>. Or Calhoun relève qu'au sein de l'Union américaine il existe une opposition entre les Etats du Sud et du Nord qui n'est pas uniquement ponctuelle et le risque est, pour lui, qu'une généralisation de la mise en minorité du Sud, à l'instar du cas des tarifs douaniers, n'aboutisse à une confrontation armée<sup>58</sup>.

A l'opposé dans un système de majorité de concours, il existe une obligation de

<sup>49</sup> CALHOUN (J.), *The Works...*(*op.cit.* note 20), pp.40-41 et p.47.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.25.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.28.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp.169 et s.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp.175-185.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp.229-230.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp.231 et 234.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp.229-230.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p.40 et p.48.

<sup>58</sup> En ce sens : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.232. Voir sur la bataille des tarifs douaniers : *infra* sect.III §1 C 2).



compromis entre les intérêts des différents ETats, si bien que ce n'est pas un intérêt particulier mais l'intérêt général qui est défendu par le gouvernement<sup>59</sup>. La majorité de concours suppose que "*chaque grand intérêt possède les moyens de légitime défense*" et un pouvoir de consentement<sup>60</sup>. Selon Calhoun, les individus font en effet partie de groupes qui partagent un intérêt et qui ont tendance à voter de la même façon au regard de cet intérêt plutôt qu'au regard de celui de la société. Il faut donc un compromis non des individus mais des groupes, chaque groupe devant avoir un droit de veto sur l'exécution des lois ou une voix "*concordante*" dans leur préparation ou leur vote<sup>61</sup>, le compromis remplaçant la force qui oppose ces intérêts et permettant ainsi de préserver le système<sup>62</sup>. La majorité des représentants de cet intérêt, de cette grande région est alors utilisée comme référence de son approbation<sup>63</sup>. Tout comme dans le cas du droit de nullification le but n'est pas que le droit de veto soit exercé, mais que son existence suffise à permettre de prévenir les conflits, par la recherche d'un compromis<sup>64</sup>. Allant au bout de sa logique de prévention de l'opposition entre le Nord et le Sud par le biais d'un consensus entre les deux grandes régions, Calhoun propose un double exécutif qui se fonde sur le consulat romain. Cette réforme de l'exécutif prévoyait de mettre un représentant à la tête de chacune des deux régions, l'un s'occupant des affaires étrangères, l'autre des affaires intérieures, et de soumettre à leur accord tous les textes de lois votés par le Congrès comme condition préalable à leur entrée en vigueur<sup>65</sup>. Un membre du Congrès de l'Ohio ayant repris l'idée de majorité de concours avait quant à lui proposé de distinguer quatre grandes régions aux Etats-Unis<sup>66</sup>. Selon son système, si un tiers des sénateurs d'une d'entre elle le demandait, il fallait obtenir la majorité au sein de chacune des grandes régions pour que loi soit adoptée.

**470.** Alors que Madison avait défendu lors des discussions constitutionnelles et dans *Le Fédéraliste* un gouvernement fédéral fort permettant de lutter contre les factions<sup>67</sup>, et imaginé un système les multipliant afin de prévenir l'identification d'un individu à un unique intérêt, Calhoun propose au contraire une garantie contre la tyrannie majoritaire du gouvernement fédéral qui vise justement à institutionnaliser la défense de grands intérêts<sup>68</sup>. Partant du constat de l'opposition persistante entre les Etats du Nord et les Etats du Sud, il ne cherche pas comme Madison des moyens de rompre l'unité de ces intérêts, il n'essaie pas de trouver des mécanismes susceptibles de dégager d'autres intérêts qui permettraient de leur faire contrepoids, mais propose de les renforcer, d'où le reproche du caractère rigide et statique de son système, de la pétrification des divisions<sup>69</sup>. Calhoun présente au soutien de sa démonstration l'équilibre atteint par l'obligation d'accord entre des organes représentant des intérêts différents au sein d'autres entités politiques : patriciens et plébéiens sous la République romaine<sup>70</sup> ; intérêt monarchique, démocratique et aristocratique au Royaume-Uni<sup>71</sup>. Il substitue simplement aux équilibres sociologiques de ces exemples, un équilibre géographique. Mais ce qu'il propose revient en réalité à remplacer un vote par la recherche de consensus dès lors que chaque grande région

<sup>59</sup> CALHOUN (J.), *The Works...*(*op.cit.* note 20), p.50.

<sup>60</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.127. L'auteur présente un discours au Sénat de Calhoun de 1833.

<sup>61</sup> CALHOUN (J.), *The Works...*(*op.cit.* note 20), p.25 ; CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.187.

<sup>62</sup> CALHOUN (J.), *Ibid.*, p.38.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp.27-28.

<sup>64</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.225.

<sup>65</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), pp.714-715.

<sup>66</sup> Voir : CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.190 note 87.

<sup>67</sup> MADISON (J.), in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, n°X.

<sup>68</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.225.

<sup>69</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.224.

<sup>70</sup> CALHOUN (J.), *The Works...*(*op.cit.* note 20), pp.93-99

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 99-104.



aurait un droit de veto, ce qui aurait rendu la prise de décision extrêmement compliquée, risquant de revenir aux blocages de la Confédération. Daniel Webster réagit ainsi en dénonçant l'anarchie provoquée par ce système qui conduit à l'absence d'unité d'interprétation et donc d'application du droit fédéral et rappelle les mécanismes de checks and balances assurant une protection des intérêts minoritaires<sup>72</sup>. Enfin, Calhoun n'explique pas comment l'obligation de consensus n'aboutira pas à des blocages alors que les intérêts défendus par chacune des régions sont totalement opposés<sup>73</sup>.

Une autre critique généralement faite à Calhoun est qu'il ne transpose pas la défense des droits de la minorité au sein des Etats membres, ou plus exactement des divers intérêts qui s'y trouvent<sup>74</sup>. Pourtant si l'on se penche sur sa démonstration, elle ne se restreint pas au cadre des systèmes fédéraux, mais se veut un principe général de lutte contre la tyrannie de la majorité numérique comme le montre toute sa présentation dans *A disquisition on government*<sup>75</sup>. Il y fait une présentation théorique générale, avant d'étudier son application au contexte américain. Là où la particularité d'une union fédérale par rapport à un Etat peut justifier un traitement distinct, en raison de la différence inhérente d'homogénéité, une présentation en termes d'intérêts, de groupes d'individus ou de régions regroupant plusieurs Etats conduit à la nécessité de justifier la différence de traitement au niveau fédéral et fédéré, ce qui fait défaut dans sa réflexion.

Enfin, il est possible de citer contre l'argumentation calhounienne défendue à partir des années 1830, le Calhoun "nationaliste" de 1820 qui mettait en garde ses camarades politiques du Sud contre la tentation de "*succomber à la croyance qu'il existerait une conspiration ou bien contre [leurs] propriétés, ou bien simplement attachée à l'Union*", relevant que s'ils succombaient à une telle croyance, "*les Nordistes devr[ai]ent avoir recours par obligation à une opposition identique*"<sup>76</sup>. Il appelait plutôt à "*s'occuper du pays et [à] soutenir telles mesures et tels hommes, sans égard aux régions*".

**471.** A rebours de ces critiques, Larry Cata Baker défend le modèle proposé par Calhoun. Devant le constat que la légitimité dans une union de communautés diverses peut dépendre de la capacité de ces communautés à défendre leurs intérêts à travers des mécanismes de participation et d'approbation, il estime que le modèle de majorité de concours apporte une solution en adéquation avec le principe de démocratie<sup>77</sup>. Il considère qu'un tel système de majorité de concours existe dans l'Union européenne par le biais de différents mécanismes, et grâce en premier lieu au Conseil<sup>78</sup>. Pourtant, le seul élément pouvant être comparé à la théorie de Calhoun concernant la majorité de concours, en vertu de laquelle "*chaque intérêt majeur et chaque grande région doivent avoir le pouvoir d'empêcher ou d'arrêter les actions fédérales considérées comme contraires à leurs intérêts vitaux*", est le compromis de Luxembourg dont la définition se rapproche de celle de la majorité de concours<sup>79</sup>. Or, les conséquences d'un tel mécanisme ont été, si l'on prend l'exemple de l'Union européenne, le blocage de la capacité décisionnelle du Conseil des ministres.

<sup>72</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), pp.127-128.

<sup>73</sup> Voir sur cette critique : FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), pp.715-717.

<sup>74</sup> Il rejette en effet toute présentation en termes de contre-pouvoir donné à la minorité au niveau des Etats (Voir sur ce point : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.225). Ceci est reproché notamment par Madison qui souligne dans sa réaction aux théories sur la nullification en 1835 l'incohérence d'une dénonciation de la tyrannie du phénomène majoritaire au seul niveau fédéral (*Ibid.*, p.255). Daniel Webster met en évidence cette même contradiction dans la position carolinienne dénonçant un système majoritaire au niveau fédéral qu'elle défend pourtant au niveau étatique (*Ibid.*, p.128).

<sup>75</sup> CALHOUN (J.), *A disquisition on government*, in : CALHOUN (J.), *The Works...*(*op.cit.* note 20), pp.1-107.

<sup>76</sup> CALHOUN (J.), Lettre à Charles Tait, 26 octobre 1820 (citée par FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.847).

<sup>77</sup> CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.215.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p.236.

<sup>79</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.223.

## **B. La pratique de la nullification**

472. Le versant négatif de la théorie de Calhoun se base notamment sur certaines expériences de nullification qui ont eu lieu à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1787. A l'inverse certains Etats ont renvoyé à la théorie de Calhoun, du moins dans ses premières versions, pour justifier le recours à la nullification.

473. Le Judiciary Act de 1789<sup>80</sup> met en œuvre l'art.III sect.1 de la Constitution. Il pose dans sa section 25 une compétence d'appel sur les jugements de juridictions étatiques de dernier ressort qui mettent en cause la validité d'un acte fédéral, ou qui sont en faveur de la validité d'un acte étatique dont la conformité à un acte fédéral est mise en cause<sup>81</sup>. Comme le note Elisabeth Zoller, cette disposition confère à la Cour suprême une compétence pour "*adresser des ordonnances d'injonction [...] à n'importe quelle cour ou à n'importe quelle personne exerçant une fonction officielle et placée sous l'autorité des Etats-Unis, dans toutes les affaires où les principes et usages du droit le justifie*"<sup>82</sup>. Il est par ailleurs à souligner que ces conditions sont proches de celles posées au renvoi préjudiciel obligatoire dans l'Union européenne.

Rapidement, la constitutionnalité de cette disposition a été remise en cause par des décisions de juridictions suprêmes étatiques qui en dénonçaient le caractère *ultra vires*. Elle est à l'origine, directe ou indirecte, d'actes de résistances de la part des juridictions des Etats (1) et des autorités exécutives et législatives des Etats (2), même si c'est l'Etat de la Caroline du sud qui a été le plus loin en la matière (3). La Cour suprême ne reconnaîtra toutefois l'inconstitutionnalité que d'une partie de la section 25 du Judiciary Act, dans son arrêt *Marbury v. Madison* de 1803<sup>83</sup>.

### ***1) La résistance des juridictions étatiques***

474. Un premier exemple de résistance est donné dans une décision *Respublica v. Cobbett* de 1798, rendue par la cour suprême de Pennsylvanie<sup>84</sup>. En l'espèce, la cour rejette une demande de renvoi à un tribunal fédéral sur le fondement de la sect.25 du Judiciary Act car elle s'estime compétente pour étudier la validité de l'acte fédéral qui était en cause. Elle souligne en effet qu'il n'existe pas d'arbitre en dehors du peuple qui peut modifier la Constitution qui est un traité entre Etats<sup>85</sup>, et que chaque Etat en tant que partie au pacte a le pouvoir de donner sa propre interprétation, ajoutant qu'en cas de divergence d'interprétation sur les obligations constitutionnelles, les niveaux fédéral et fédéré doivent rechercher une solution, tout comme le feraient les parties à un traité<sup>86</sup>. Elle affirme ensuite qu' "*Aucune disposition de la Constitution*

---

<sup>80</sup> 1 Stat. 73.

<sup>81</sup> Cf. *supra* : Chap.I sect.I §2 A 3) b).

<sup>82</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p.97.

<sup>83</sup> 5 U.S. 137 (1803).

<sup>84</sup> *Respublica v. Cobbett*, 3 Dall. 467 (1798). Voir sur cette affaire : DELANEY (E.), *Promouvoir la fédération...*(*op.cit.* note 5), p.8 ; MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.292 ; WARREN (C.), *Legislative and judicial attacks on the Supreme Court of the United States— A history of the twenty-fifth section of the Judiciary Act*, *American Law Review*, 1913, n°47, p.4.

<sup>85</sup> *Respublica v. Cobbett*, 3 Dall. 467, p.473.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp.473-474 : "*la Constitution des Etats-Unis est fédérale ; il s'agit d'une ligue ou traité conclu par les Etats individuels, représentant l'une des parties, et l'ensemble des Etats, qui constituent l'autre partie. Quand deux nations diffèrent sur le sens [...] d'un mot quelconque dans un traité, elles n'ont ni l'une ni l'autre le droit exclusif d'en décider ; elles s'efforcent d'opérer un ajustement par la négociation ; et s'il est impossible d'y parvenir par ce moyen, chacune conserve le droit de s'en tenir à sa propre interprétation, jusqu'à ce qu'une référence soit livrée par la médiation d'autres nations, et un arbitrage, ou par le sort de la guerre*" (trad. par DELANEY (E.), *Promouvoir la fédération...*(*op.cit.* note 5), p.8).



ne stipule que dans un tel cas les juges de la Cour suprême des Etats-Unis seront aux commandes et trancheront<sup>87</sup>, poursuivant a contrario que le Sénat serait un arbitre plus adéquate que la Cour suprême en tant qu'il est composé de représentants des Etats<sup>88</sup>. La Cour suprême ne sera jamais saisie de cette affaire.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, deux décisions de la Cour suprême vont contribuer à augmenter le mécontentement des juges étatiques, l'arrêt *Marbury v. Madison*, qui pose en 1803 le principe d'un contrôle de constitutionnalité des lois, et la décision *Fletcher v. Peck* de 1810<sup>89</sup>, qui voit la Cour suprême annuler pour la première fois la loi d'un Etat. Ce dégagement de compétence est vivement critiqué comme non prévu par la Constitution, et comme portant atteinte à la souveraineté des Etats. C'est dans ce contexte qu'une autre illustration de la revendication de contrôle par les juridictions étatiques de dernier ressort est donnée, par une affaire aux nombreux rebondissements judiciaires et qui a conduit la Cour suprême à affirmer pour la première fois son autorité sur les cours étatiques lorsque le droit fédéral est en cause. Les terres des colons américains fidèles à la Couronne britannique étaient confisquées sur la base d'une loi de Virginie de 1783, ce qui avait été le cas des terres de Denny Martin qu'il avait reçu de son oncle Lord Fairfax. En 1789, une partie de ces terres sont achetées par David Hunter à la Virginie. Martin saisit alors le juge étatique en arguant de la violation par cette loi du traité de paix signé par les Etats-Unis avec la Grande-Bretagne<sup>90</sup>. La cour d'appel de Virginie, juridiction suprême de l'Etat en dépit de son nom, estime que ce traité n'est pas applicable, mais la Cour suprême saisie d'un appel le considère au contraire applicable et écarte la loi de l'Etat en vertu de la clause de primauté dans un arrêt *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee* de 1813<sup>91</sup>. La cour d'appel de Virginie ne se plie pas à cette décision dans son arrêt de 1815 mais affirme au contraire que le Judiciary Act sur lequel se base l'arrêt d'appel de la Cour suprême constitue un dépassement des compétences prévues par la Constitution de 1787. Elle se fonde ensuite sur la souveraineté de l'Etat de Virginie pour affirmer sa compétence pour connaître de la validité du droit fédéral<sup>92</sup>. Elle souligne en effet l'absence de disposition dans la Constitution permettant de déterminer qui a compétence pour régler des conflits de compétences entre le niveau fédéral et les Etats<sup>93</sup>. Elle poursuit que le système juridictionnel étatique est indépendant du système juridictionnel fédéral tout comme il le serait vis-à-vis de celui d'un Etat étranger<sup>94</sup>. La Cour suprême répond à cet arrêt, dans une décision *Martin v. Hunter's Lessee* de 1816<sup>95</sup>, en réaffirmant sa compétence d'appel ainsi que la constitutionnalité du Judiciary Act, en dehors de la partie invalidée dans l'arrêt *Marbury*. Le juge Story, rédigeant l'opinion de la Cour, propose une lecture combinée de l'art.III sect.2, qui pose la compétence du juge fédéral dans tous les cas soulevant une question de droit fédéral, et de la clause de primauté. Il souligne que pour tenir compte de l'art.III sect.2 il fallait soit une compétence d'appel dans les cas où le droit fédéral était en jeu, soit une compétence exclusive des cours fédérales pour connaître des affaires, solution qui a été écartée. Il rappelle ainsi que la compétence d'appel est attachée au contenu d'une affaire non à la nature de la cour dont il est fait appel<sup>96</sup>. Par ailleurs, il ajoute que la clause de primauté serait sans effet si elle ne donnait pas les moyens d'assurer que les juges fédéraux connaissent des cas qui sont de leur compétence mais qui auraient été jugés par des juges

<sup>87</sup> *Respublica v. Cobbett*, 3 Dall. 467, pp.373-374 (trad. par DELANEY (E.), *Ibid.*, p.8).

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> 10 U.S. 87 (1810).

<sup>90</sup> Voir la présentation des faits par Elisabeth ZOLLER (*Grands arrêts... (op.cit. note 82)*, p.113).

<sup>91</sup> *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee*, 11 U.S. (7 Cranch) 602 (1813).

<sup>92</sup> Voir : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung... (op.cit. note 15)*, p.292.

<sup>93</sup> *Hunter's Lessee v. Martin, Devisee of Fairfax*, 18 Va (4 Munf.) 1 (1815) p.9. Voir sur cet arrêt : BOOM (S.), *The European Union... (op.cit. note 6)*, p.187 ; MAYER (F.), *Ibid.*, pp.292-293.

<sup>94</sup> *Hunter's Lessee v. Martin, Devisee of Fairfax*, 18 Va (4 Munf.) 1 (1815) pp.12 et 14.

<sup>95</sup> *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat) 304 (1816).

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp.338-339.



étatiques<sup>97</sup>. Comme le souligne Steve Boom, le raisonnement du juge Story ne permet pas de répondre au cas où le juge d'un Etat estime que le droit fédéral en cause dépasse le champ des compétences fédérales prévues dans la Constitution<sup>98</sup>. Il indique qu'il est théoriquement possible de suivre les deux perspectives défendues respectivement par la Cour suprême et par la cour d'appel de Virginie car la question est selon lui d'une nature essentiellement politique<sup>99</sup>. Suite à l'arrêt de la Cour suprême de 1816, la cour d'appel de Virginie ne s'est toujours pas pliée au nom de la défense par les Etats de leurs compétences, conduisant la Cour suprême dans l'arrêt *Cohens v. Virginia* de 1821<sup>100</sup>, sous la plume du juge Marshall, à répondre à nouveau à l'argumentation de son inconstitutionnalité<sup>101</sup>. Ce dernier affirme que "*la nécessité d'un droit uniforme aussi bien que l'exactitude de l'interprétation de la Constitution et des lois des Etats-Unis, invitent en elles-mêmes à confier à un tribunal unique le pouvoir de décider en dernier ressort dans toutes les affaires dans lesquelles ces textes sont impliqués*"<sup>102</sup>.

Un autre exemple de mise en cause du Judiciary Act est donné par la décision *Johnson v. Gordon* de 1854, par laquelle la cour suprême de Californie le déclare *ultra vires* en tant qu'il confère compétence aux juridictions fédérales quand l'une des parties est un étranger<sup>103</sup>. La cour se fonde sur la doctrine de Calhoun affirmant la souveraineté des Etats de l'Union et l'existence de deux sphères de compétences qui doivent être protégées mutuellement contre tout empiètement de l'autre. Or le Judiciary Act constitue un tel empiètement selon elle<sup>104</sup>. De plus, elle écarte tout problème de cohérence résultant de la reconnaissance d'un pouvoir de constatation d'acte *ultra vires* au profit des juridictions étatiques en relevant que dans les domaines de compétence des Etats, les lois diffèrent par définition selon l'Etat dans lequel on se trouve<sup>105</sup>. Toutefois en 1855, dans le cas californien les autorités politiques de l'Etat vont forcer la cour suprême de l'Etat à revenir sur cette interprétation. Ainsi, en 1855 le parlement de Californie adopte une loi permettant d'imposer l'application du Judiciary Act, conduisant la cour suprême de Californie en 1858 à reconnaître la compétence de la Cour suprême par une décision *Ferris v. Coover*<sup>106</sup>.

**475.** Dans d'autres décisions, le Judiciary Act n'est pas déclaré *ultra vires* pour la compétence d'appel qu'il confie à la Cour suprême, mais cette compétence est contestée par le refus de soumettre à une décision de la Cour suprême que le juge étatique estime *ultra vires*. Une décision *Bodley v. Gaither* de 1828<sup>107</sup> de la juridiction suprême du Kentucky l'illustre. La Virginie avait octroyé des terres à des soldats comme récompense après la guerre d'Indépendance, et la création de l'Etat du Kentucky était soumise à la condition de garantir les droits de ces soldats sur les terres qui relevaient désormais de son territoire. Toutefois les délimitations des terres octroyées étaient imprécises, ce qui conduisait à des conflits fréquents. Afin d'assurer une meilleure sécurité juridique, le Kentucky adopte deux lois en 1797 et 1812 affirmant qu'une personne occupant une terre devait l'abandonner en échange d'une simple compensation pour la valeur ajoutée apportée si une autre personne présentait un meilleur titre

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, p.342.

<sup>98</sup> BOOM (S.), *The European Union...*(*op.cit.* note 6), p.189 note 59.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p.191 dont la note 68. Dans le même sens : HAINES (C.), *The role of the Supreme Court...* (*op.cit.* note 6), p.349.

<sup>100</sup> *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821).

<sup>101</sup> Cf. la présentation du contexte de l'affaire d'Elisabeth ZOLLER (*Grands arrêts...*(*op.cit.* note 82), p.163).

<sup>102</sup> *Cohens v. Virginia*, 19 US (6 wheat) 264 (1821), (p.417).

<sup>103</sup> *Johnson v. Gordon*, 4 Cal. 368 (1854) (p.369). Voir : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.295 ; WARREN (C.), *Legislative...*(*op.cit.* note 84), p.177.

<sup>104</sup> *Johnson v. Gordon*, 4 Cal. 368 (1854) (pp.372 et s.).

<sup>105</sup> *Ibid.*, p.374.

<sup>106</sup> *Ferris v. Coover*, 11 Cal. 175 (1858).

<sup>107</sup> *Bodley v. Gaither*, 19 Ky (3 T. B. Mon.) 57 (1825).



qu'elle. Le recours d'un propriétaire dépossédé sur cette base atteint la Cour suprême qui, dans une décision *Green v. Biddle* de 1821<sup>108</sup>, estime que cette loi qui désavantage les propriétaires qui tenaient leur titre de l'Etat de Virginie porte atteinte à l'accord susmentionné passé entre la Virginie et le Kentucky. Afin de tenter de trouver une solution apaisant les réactions très négatives dans le Kentucky, l'un de ses représentants au Congrès, Henry Clay, intervient auprès de la Cour suprême en tant qu'*amicus curiae* pour demander de nouvelles auditions, en arguant de l'inconstitutionnalité de l'accord entre la Virginie et le Kentucky sur la base de l'absence d'acceptation préalable du Congrès alors qu'un tel accord préalable est imposé par l'art.I sect.10 cl.3 de la Constitution fédérale<sup>109</sup>. Toutefois la Cour suprême réaffirme dans une décision *Green v. Biddle* de 1823<sup>110</sup> l'inconstitutionnalité des deux lois en considérant que l'accord du Congrès avait bien été donné à cet accord interétatique. L'issue de cette opposition est interprétée différemment selon la perspective défendue. Ainsi, si les partisans du droit des Etats mettent en avant la décision de la Cour suprême *Hawkins v. Barney's Lessee* de 1831<sup>111</sup>, qu'ils considèrent comme revenant sur les décisions *Green v. Biddle*, d'autres commentateurs voient dans la décision *Gaines v. Buford* de 1833 de la cour suprême du Kentucky une soumission à l'interprétation proposée dans les décisions *Green*<sup>112</sup>.

Un autre exemple d'affirmation du caractère *ultra vires* d'une décision de la Cour suprême est donné par un arrêt *Padelford v. Savannah* de 1854 de la cour suprême de l'Etat de Géorgie<sup>113</sup>. Cette dernière considère que la Cour avait mal interprété les dispositions en matière de compétence législative fédérale et affirme ne pas avoir de rapport de subordination avec la Cour suprême, et donc ne pas être lié par un précédent qui en serait issu<sup>114</sup>. La cour suprême de Géorgie n'abandonnera cette lecture qu'après la guerre de Sécession.

Enfin, la cour suprême du Wisconsin s'est opposée à la Cour suprême en refusant d'appliquer une décision *U.S. v. Booth* rendue par cette dernière en 1856<sup>115</sup>. La Cour suprême réagit dans une nouvelle décision *U.S. v. Booth*, de 1859<sup>116</sup>, en affirmant que la déclaration de compétence d'une juridiction étatique pour juger des décisions d'autorités fédérales et l'affirmation du caractère contraignant de leur jugement vis-vis des cours fédérales sont inconstitutionnelles. La cour suprême du Wisconsin refuse à nouveau de se plier dans une décision *Booth* de 1859<sup>117</sup>. La cour estime notamment inconstitutionnelle la compétence d'appel de la Cour suprême sur les instances étatiques posées par le Judiciary Act, reprenant pour partie la théorie de Calhoun<sup>118</sup>. Franz Mayer indique qu'à la suite de cette décision dix Etats refusent d'appliquer la loi sur les esclaves en fuite qui était en cause dans l'espèce, constituant "*le cas*

<sup>108</sup> *Green v. Biddle*, 21 U.S. 1 (1821). Sur cette affaire et ses développements voir : KILPATRICK (J.), *The sovereign States : notes of a citizen of Virginia*, éd. Henry Regnery Company, Chicago, 1957, rééd. Old Line Press, 2007, pp.161-167.

<sup>109</sup> Henry Clay est considéré comme ayant contribué au compromis du Missouri, au compromis ayant permis de mettre fin à la crise de la nullification par la Caroline du Sud.

<sup>110</sup> *Green v. Biddle*, 8 (Wheat.) 1 (1823).

<sup>111</sup> *Hawkins v. Barney's Lessee*, 30 U.S. (5 Pet.) 457 (1831). En ce sens : KILPATRICK (J.), *The sovereign States...*(*op.cit.* note 108), p.167

<sup>112</sup> *Gaines v. Buford*, 31 Ky (1 Dana) 481 (1833). En ce sens voir MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.294.

<sup>113</sup> *Padelford v. Savannah*, 14 Ga. 438 (1854). Voir : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), pp.294-295). L'auteur souligne par ailleurs (*Ibid.*, p.294 note 68) que d'autres décisions de la Cour suprêmes ont été "*simplement ignorées*", les juges étatiques n'ayant pas explicitement indiqué ne pas les appliquer, ni souligné leur caractère *ultra vires* : les décisions *Craig v. Missouri*, 4 Pet. 410 (1830), *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) (Voir sur ces décisions : WARREN (C.), *Legislative...*(*op.cit.* note 84), pp.162 et s.).

<sup>114</sup> *Padelford v. Savannah*, p.440 et p.506.

<sup>115</sup> *U.S. v. Booth*, 18 How. 476 (1856).

<sup>116</sup> *U.S. v. Booth*, 21 How. 506 (1859).

<sup>117</sup> *Booth*, 11 Wisc. 498 (1859).

<sup>118</sup> *Ibid.*, pp.505 et s..

*d'application le plus large et le plus efficace des doctrines d'interposition et de nullification*"<sup>119</sup>.

## 2) La résistance des assemblées et gouverneurs des Etats

476. Les décisions fédérales ont également donné lieu à des réactions de résistance de la part des autorités législatives et exécutives des Etats.

Un premier exemple est donné en Pennsylvanie. Des citoyens du Connecticut avaient été capturés par les anglais durant la guerre d'Indépendance et employés comme marins sur un bateau dont ils étaient parvenus à prendre le contrôle. Le capitaine d'un bateau de l'Etat de Pennsylvanie en avait ensuite pris possession. Un conflit juridique avait alors éclaté relativement aux droits sur le bateau comme récompense pour leurs actions respectives en faveur des Etats-Unis. La cour étatique pour l'amirauté n'accorde qu'1/4 du bateau aux citoyens du Connecticut qui font appel devant la Cour d'appel mise en place par le Congrès continental qui annule cette décision en 1778 au profit desdits citoyens. L'assemblée de Pennsylvanie adopte une loi en 1803 concernant cette affaire et rejetant toute compétence de cette juridiction concernant les récompenses dans les circonstances de l'espèce<sup>120</sup>. Les citoyens du Connecticut saisissent alors la juridiction fédérale du district d'une demande d'ordonnance d'injonction pour faire appliquer la décision de la Cour d'appel. Le juge Peters rend une telle ordonnance mais les tentatives pour la faire appliquer se heurtent à la milice de l'Etat agissant à la demande du gouverneur. L'assemblée de l'Etat adopte en outre des résolutions justifiant cette action<sup>121</sup>. La Cour suprême, sous la plume du juge Marshall, affirme dans son arrêt *US v. Peters* de 1809<sup>122</sup> que reconnaître un pouvoir d'annulation des décisions des juridictions fédérales aux parlements des Etats ôterait toute signification à la Constitution fédérale<sup>123</sup>.

La décision *McCulloch v. Maryland* de 1819, qui a contribué à une interprétation extensive des compétences fédérales et dans laquelle le juge Marshall affirme que le "gouvernement de l'Union [...] est incontestablement et véritablement un gouvernement du peuple"<sup>124</sup>, a également soulevé une large opposition dans les Etats du Sud. Ainsi, un appel est lancé en Virginie en faveur de la mise en place d'une juridiction chargée de trancher les conflits de compétences, mais surtout, le parlement de l'Ohio adopte en 1820 plusieurs résolutions qui affirment que l'Etat n'est pas lié par cette décision et rejettent tout monopole d'interprétation de la Constitution aux juridictions fédérales en se fondant sur la souveraineté des Etats membres de l'Union<sup>125</sup>.

Un autre exemple est donné par le parlement du Kentucky qui a adopté plusieurs résolutions considérant pour l'une la décision de la Cour suprême *Green v. Biddle* de 1821, précitée, comme inconstitutionnelle, et pour les deux autres, adoptées en décembre 1823 et janvier 1824 en réaction à la décision *Green v. Biddle* de 1823, exigeant notamment l'introduction d'une majorité renforcée des deux tiers à la Cour suprême en cas de décision concernant un Etat<sup>126</sup>. Trois des juges de la Cour suprême avaient en effet été absents pour cette

---

<sup>119</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.296. Voir aussi : SANDERS (P.) (dir.), *Interposition v. Judicial power : a study of ultimate authority in constitutional questions, Race Relations Law Reporter*, 1956, vol.1, p.496. Voir sur la question de l'esclavage en jeu dans cette affaire : *infra* : sect.II §2 C 2) b).

<sup>120</sup> *Ibid.*, pp.127-129.

<sup>121</sup> Contenu de la résolution reproduit dans : *Ibid.*, pp.132-133.

<sup>122</sup> *US v. Peters*, 9 U.S. (5 Cranch) 115 (1809). Pour un résumé des différents éléments de l'affaire voir : *Ibid.*, p.119 et s.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p.136.

<sup>124</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), pp.404-405, ZOLLER (E.), *Grands arrêts...*(*op.cit.* note 82), p.134. Voir pour une présentation de cette affaire cf. *infra* partie II chap.II. sect.I §2 A 1) a).

<sup>125</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.293 note 60. Voir aussi : WARREN (C.), *Legislative...*(*op.cit.* note 84), pp.15-16.

<sup>126</sup> MAYER (F.), *Ibid.*, p.294 ; WARREN (C.), *Ibid.*, p.21; La protestation du parlement a continué en janvier



seconde décision. Enfin, en décembre 1825, l'une des chambres du parlement du Kentucky demande au gouverneur s'il est d'avis qu'une résistance physique à l'exécution de l'arrêt de la Cour suprême est envisageable, mais ce dernier répond par un appel à la modération<sup>127</sup>.

Par ailleurs, le parlement du Wisconsin a adopté dans le contexte de l'affaire *Booth* et avant même qu'une décision de la Cour suprême ait été rendue des résolutions en mars 1859 affirmant que les Etats avaient compétence pour déterminer leur domaine de compétence, et rejetant la compétence des juridictions fédérales<sup>128</sup>.

**477.** Dans plusieurs autres cas, le gouvernement fédéral ne réagit pas à des violations du droit fédéral commis par des Etats, à l'instar d'une affaire concernant les Cherokees, ce qui lui est reproché comme un traitement préférentiel donné en contrepartie d'un soutien politique dans d'autres affaires. En 1827, les Cherokees se sont fondés sur un traité signé avec l'Union américaine pour revendiquer une souveraineté sur une partie du territoire de Géorgie<sup>129</sup>, mais le corps législatif géorgien a rejeté toute souveraineté et estimé qu'ils étaient soumis aux lois de l'Etat. La Cour suprême répond dans sa décision *Worcester v. Georgia* de 1832, rédigée par le juge Marshall, en réaffirmant l'indépendance des Cherokees et l'inconstitutionnalité des lois votées par l'Etat qui s'appliqueraient à eux<sup>130</sup>. La Géorgie refuse d'exécuter cet arrêt. Le Président Jackson ne réagit pas, ce qui lui est reproché comme une inégalité de traitement par rapport à d'autres cas dans lesquels les autorités fédérales avaient poursuivi leur action pendant plusieurs années afin de faire respecter le droit fédéral<sup>131</sup>. La crise est finalement résolue pacifiquement, la Géorgie libérant après plusieurs mois la personne qu'elle avait emprisonnée pour ne pas avoir respecté la loi géorgienne. Si la réalité de l'inégalité de traitement et la nécessité pour le Président d'agir ont été discutées<sup>132</sup>, un autre exemple du même type est donné dans lequel l'omission fédérale est clairement volontaire. Dans ce cas, le corps législatif d'Alabama avait procédé à l'annulation d'un traité conclu avec les Indiens en 1832, mais le gouvernement fédéral n'avait pas réagi car il avait bénéficié du soutien de cet Etat dans le cadre de la crise avec la Caroline du Sud<sup>133</sup>. En conséquence de ce comportement, le sentiment de discrimination s'est installé, et en premier lieu celui des caroliniens du sud.

**478.** Ces actes de résistance doivent toutefois être remis en perspective car, comme le note Steve Boom, les Etats ont globalement accepté les décisions de la Cour suprême et parce que les positions en faveur d'un pouvoir de nullification accordé aux Etats n'ont pas été, sauf dans un cas, constantes dans les Etats qui les ont manifestées<sup>134</sup>. Ainsi, par exemple, l'Ohio soutient la nullification et s'oppose à la Cour suprême en 1821, puis soutient cette dernière contre la Caroline du Sud et la Géorgie en 1832, pour de nouveau s'opposer à elle en 1856. De même le parlement de Virginie estime en 1809 que l'appel de la Pennsylvanie à un amendement constitutionnel créant une juridiction compétente pour trancher les litiges concernant les limites

---

1825.

<sup>127</sup> KILPATRICK (J.), *The sovereign States...*(*op.cit.* note 108), p.166.

<sup>128</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.296. Voir aussi : WARREN (C.), *Legislative...*(*op.cit.* note 84), p.184 ; MCMANUS (M.), *Political abolitionism in Wisconsin, 1840-1861*, Kent, The Kentucky University Press, 1998, pp.133-149.

<sup>129</sup> Voir sur l'opposition entre la Géorgie et la Cour et son contexte : KILPATRICK (J.), *The sovereign States...*(*op.cit.* note 108), pp.167-173. BERUTTI (R.), *The Cherokee Cases : The fight to save the Supreme Court and the Cherokee Indians*. *American Indian Law Review*, 1992, vol.17 n°1, pp.291-308.

<sup>130</sup> *Worcester v. Georgia* 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

<sup>131</sup> Voir en ce sens FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.78.

<sup>132</sup> WARREN (C.), *Legislative...*(*op.cit.* note 84), p.169. Cette position a été critiquée affirmant que nul ne demandait au Président d'agir : BERUTTI (R.), *The Cherokee...*(*op.cit.* note 129), pp.305-306.

<sup>133</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.77.

<sup>134</sup> BOOM (S.), *The European Union...*(*op.cit.* note 6), p.194. Voir aussi : WARREN (C.), *Legislative...*(*op.cit.* note 84), pp.174-177.



du pouvoir fédéral est inutile puisque la Cour suprême existe<sup>135</sup>, mais par la suite il adopte des résolutions en 1819 qui critiquent la compétence de la Cour suprême et appellent un amendement dont le contenu est proche de celui rejeté en 1809<sup>136</sup>.

**479.** Dans un seul cas une action conjointe des Etats a permis de surmonter une jurisprudence de la Cour suprême. Cette dernière s'était confrontée directement aux Etats dans une décision *Chisholm v. Georgia* de 1793<sup>137</sup> en écartant le principe d'immunité de juridiction dont ils bénéficiaient, héritage de la Common Law de la métropole britannique. En l'espèce, un recours visait à obtenir le paiement de dettes que devait l'Etat de Géorgie. Le requérant avait saisi la juridiction fédérale du district de Géorgie en se fondant sur une lecture littérale de la Constitution de 1787 qui prévoit dans son art.III sect.2 Cl.1 que le pouvoir judiciaire fédéral règle les différends entre un Etat et les citoyens d'un autre Etat<sup>138</sup>. Il argue de sa citoyenneté d'un autre Etat membre de l'Union, la Caroline du Sud. Elisabeth Zoller souligne que cette disposition ne visait pas à déroger au principe d'immunité de juridiction des Etats, mais de permettre aux Etats de bénéficier d'un droit de saisine à l'encontre des citoyens d'autres Etats<sup>139</sup>. Pourtant, après avoir été débouté, le requérant fait appel devant la Cour suprême qui déclare la requête recevable et demande qu'il soit procédé au calcul des dettes de l'Etat géorgien. Le juge James Wilson affirme que la Constitution américaine fonde un système national<sup>140</sup>, et que "*la Géorgie n'est PAS un Etat souverain*"<sup>141</sup>. L'Etat de Géorgie avait refusé d'être représenté devant la Cour suprême dont il ne reconnaissait pas la compétence en la matière. Après la décision, le gouverneur a expliqué dans un message qu'une telle présence aurait constitué un précédent dangereux, et l'une des chambres du parlement géorgien a adopté un projet de loi énonçant que tout policier fédéral qui tenterait de faire exécuter l'ordre de la Cour serait accusé de trahison<sup>142</sup>. La décision de la Cour a également été considérée inacceptable par les autres Etats dont les élus au Congrès ont adopté une résolution appelant à amender la Constitution fédérale en février 1794. La procédure a finalement abouti en 1795 avec la dernière ratification nécessaire pour que le XI<sup>e</sup> Amendement entre en vigueur. Cet Amendement affirme l'incompétence des juridictions fédérales pour connaître d'action exercées à l'encontre d'un Etat par le citoyen d'un autre Etat membre de l'Union ou d'un Etat tiers.

**480.** En dehors de cet exemple de réussite d'Amendement, les nombreuses propositions qui ont été faites de réforme du règlement des conflits de compétences ont toutes échoué, même celles n'exigeant que le vote d'une loi ordinaire. L'introduction d'une déclaration affirmant que les Etats conservent la compétence de poser les limites du pouvoir fédéral a tout d'abord évoqué<sup>143</sup>.

<sup>135</sup> WARREN (C.), *Ibid.*, p.5.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>137</sup> *Chisholm v. Georgia*, 2 US (2 Dall.) 419 (1793).

<sup>138</sup> Voir la présentation de l'affaire *Chisholm v. Georgia* par Elisabeth ZOLLER (*Grands arrêts... (op.cit. note 82)*, p.55).

<sup>139</sup> Souligné par : *Ibid.*, p.55.

<sup>140</sup> "*Quiconque observe, dans une vision large et complète, la texture générale de la constitution, pourra se convaincre que le peuple des Etats-Unis avait la volonté de s'assembler en nation à des fins nationales*", *Chisholm v. Georgia*, 2 US (2 Dall.) 419 (1793) (p.465) (cité et traduit par DELANEY (E.), *Promouvoir la fédération... (op.cit. note 5)*, p.6).

<sup>141</sup> *Chisholm v. Georgia*, 2 US (2 Dall.) 419 (1793) (p.457 "NOT" est en majuscule dans le recueil des arrêts) (ZOLLER (E.), *Grands arrêts... (op.cit. note 82)*, p.57). Il n'y avait pas encore de présentation d'une opinion de la Cour par un juge la soutenant, mais présentation des différentes opinions des juges.

<sup>142</sup> AMES (H. Vandenburg) (éd.), *State documents on federal relations : The States and the United States*. Department of History of the University of Pennsylvania, Philadelphia (1906), rééd. The Lawbook Exchange, Clark, 2006, pp.7-8 et pp.9-11 respectivement. Voir aussi : KILPATRICK (J.), *The sovereign States... (op.cit. note 108)*, p.57. Voir pour une présentation de l'affaire et de ses suites : *Ibid.*, pp.53-58.

<sup>143</sup> AMES (H. Vandenburg) (éd.), *The proposed Amendments to the Constitution of the United States during the first century of its history* (1896), rééd. Burt Franklin, 1970, p.158.



L'exigence que les juges de la Cour suprême votent à une majorité renforcée des 2/3 en cas de conflit de compétences a ensuite été avancée<sup>144</sup>. La création d'une Cour de l'Union chargée spécialement de cette compétence a également été proposée<sup>145</sup>. Le Sénat fut présenté comme une alternative possible, en 1821, en raison de son statut d'institution défendant les intérêts des Etats et en mettant en avant que le conflit n'était pas juridique mais politique<sup>146</sup>. En 1822, un membre du Sénat élu du Kentucky a repris une idée comparable prévoyant qu'en cas de litige dans lequel un Etat était partie ou souhaitait l'être, le Sénat ait une compétence juridictionnelle d'appel<sup>147</sup>. Une des raisons à l'échec de ces projets est que les Etats ne s'accordaient pas sur ce qu'étaient leurs intérêts vitaux étatiques et sur la méthode pour résoudre les conflits de compétence. Une autre est l'évolution des positions des autorités des Etats selon les périodes, souvent liée à une tension ponctuelle créée par une décision de la Cour suprême les concernant<sup>148</sup>.

Un Etat a toutefois été constant dans son opposition avec les autorités fédérales, la Caroline du Sud dans le contexte des tarifs des taxes douanières fédérales.

### 3) *Le radicalisme carolinien*

**481.** Le niveau des taxes douanières destinées à protéger les industries était critiqué par les Etats du Sud comme une défense des seuls intérêts des Etats du Nord. Calhoun soutenait une réforme des tarifs fédéraux, espérée avec l'élection à la présidence de Jackson mais ce dernier une fois élu s'y oppose et le tarif atteint en 1828 un niveau tel qu'il est qualifié de "*tarif des abominations*". Cela empêche ainsi Calhoun de maîtriser l'aile radicale du mouvement carolinien en faveur de la nullification qui avançait la menace de la sécession alors qu'il s'était fait fer de lance de l'aile modérée<sup>149</sup>. Ce contexte pourrait expliquer qu'il ait accepté de rédiger en 1828 un rapport sur le système tarifaire fédéral à la demande d'un des membres du parlement de Caroline du Sud alors qu'il est encore vice Président des Etats-Unis<sup>150</sup>. Le texte final de "*l'Exposition*", publié en 1828 même s'il n'avait pas été adopté officiellement par le parlement, en a déformé le système de Calhoun, ôtant les garde-fous qu'il avait posé. Il ne reprend notamment pas la procédure de la réunion d'une convention, mais se contente d'un vote par le parlement, même si ce dernier mode d'adoption ne sera finalement pas suivi lors du recours à l'annulation quelques années après.

La même année, une "protestation" est adoptée par le corps législatif de Caroline du Sud contre les mesures tarifaires fédérales. Ces textes affirment notamment qu'il revient au parlement de "*résister à toutes les violations du vrai esprit de la Constitution*"<sup>151</sup>.

Mais c'est seulement en 1830, quand l'aile radicale des partisans des droits des Etats réunit une majorité en son sein que le parlement de Caroline du Sud affirme le principe du pouvoir de nullification dans plusieurs résolutions. Ils affirment qu'il n'est pas l'expression d'un droit d'une minorité, mais qu'il est au contraire l'expression d'un pouvoir dont dispose tout Etat membre en raison de sa qualité de partie à la Constitution de 1787 interprétée comme un traité. Les résolutions soulignent les différences entre un Etat où l'existence d'intérêts fondamentaux communs permet à la majorité de soumettre la minorité, et l'Union américaine où ce lien fait

<sup>144</sup> HAINES (C.), *The role of the Supreme Court...*(*op.cit.* note 6), p.467.

<sup>145</sup> AMES (H. Vandenburg) (éd.), *The proposed Amendments...*(*op.cit.* note 143), p.163.

<sup>146</sup> HAINES (C.), *The role of the Supreme Court...*(*op.cit.* note 6), p.451 ; AMES (H. Vandenburg) (éd.), *Ibid.*, p. 161.

<sup>147</sup> *Annals of Congress*, 17<sup>th</sup> Congress, proceedings and debates of the Senate of the United States, 1<sup>st</sup> Session, p.68.

<sup>148</sup> Voir HAINES (C.), *The role of the Supreme Court...*(*op.cit.* note 6), p.495 et p.562.

<sup>149</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.64.

<sup>150</sup> John Calhoun sera Vice-Président des EU de 1825 à 1832.

<sup>151</sup> FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.39.

défaut en raison de la diversité économique, démographique,..., interdisant de raisonner en termes de majorité / minorité démocratique<sup>152</sup>. En décembre 1831 un rapport est à nouveau adopté par le corps législatif carolinien qui affirme le droit de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales et y ajoute un droit de sécession conçu comme un droit de dernier ressort<sup>153</sup>. Pour autant, on restait dans le domaine des actes non contraignants. Finalement, à l'automne 1832, les caroliniens radicaux obtiennent plus des deux tiers des sièges au sein du parlement de l'Etat, majorité requise pour réunir une convention. Le 24 novembre 1832, la convention formée adopte trois textes<sup>154</sup>. Une Adresse au peuple de Caroline du Sud tout d'abord, qui réaffirme la nature conventionnelle de la Constitution, le pouvoir d'annulation du droit fédéral comme solution pacifique à un conflit permettant d'éviter le recours aux armes, et énonce la possibilité de proposer un amendement constitutionnel pour renverser cette annulation. Une Adresse aux peuples des Etats ensuite, qui justifie le pouvoir d'annulation sur la base de la souveraineté des Etats et qui affirme le pouvoir de sécession dans le cas d'un recours militaire du gouvernement fédéral pour la forcer à exécuter le droit fédéral qu'elle aurait annulé. Enfin, une ordonnance d'annulation, qui affirme la nullité de la loi tarifaire fédérale, ainsi que l'incompétence de la Cour suprême pour juger de sa constitutionnalité. Cette ordonnance conférait par ailleurs compétence au parlement de l'Etat pour adopter les mesures nécessaires à son application, compétence notamment utilisée pour adopter une loi habilitant le gouverneur à recourir à la milice étatique en cas de nécessité.

La position du Président Andrew Jackson était délicate car il était favorable au pouvoir des Etats comme contrepoids au pouvoir fédéral<sup>155</sup>, mais rejetait la doctrine de la nullification. Jean-Philippe Feldman la résume en soulignant que "*sa position reflétait une ambiguïté largement partagée à travers le pays [...] mélange de nationalisme et de localisme*"<sup>156</sup>. Par deux interventions, le 10 décembre 1832 et le 16 janvier 1833, Jackson dénonce la nullification comme permettant à tout Etat d'annuler unilatéralement une loi fédérale et rétorque à ses défenseurs, qui avancent le contrôle de l'opinion publique comme garantie contre tout recours excessif, que cette même opinion publique peut tout aussi bien jouer un tel rôle contre toute dérive du Congrès. Il souligne particulièrement le risque d'une utilisation visant à reprocher de simples "intentions malhonnêtes" au Congrès, en dehors de toute démonstration d'un dépassement de compétence, comme c'est le cas selon lui avec les lois tarifaires, dont il relève que, même si elles étaient susceptibles de faire l'objet de critiques, elles n'en étaient pas pour autant inconstitutionnelles<sup>157</sup>. Il affirme qu'en cas de reproche d'action *ultra vires*, le seul recours est juridictionnel, et que si aucun recours ne lui est ouvert, l'Etat concerné doit faire un appel au peuple en faveur d'un amendement constitutionnel lors des élections fédérales qui suivent<sup>158</sup>. Il déclare ensuite que la nullification ne peut être un moyen pacifique de règlement d'un conflit, qu'elle ne peut conduire qu'à un conflit armé, et rappelle dans ce cadre son rôle de garant de la bonne exécution des lois fédérales. Cette menace indirecte de recours à la force a été jugée excessive et contreproductive car poussant plutôt vers une escalade de la violence. Par ailleurs, il a été souligné que si le Président était habilité à intervenir en cas de demande du gouverneur d'un Etat afin de lui apporter son aide pour mettre fin à une insurrection ou assurer

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, p.67.

<sup>153</sup> *Ibid.*, pp.74-75.

<sup>154</sup> Sur ces textes voir : *Ibid.*, pp.90-96. Voir pour une reproduction de l'ordonnance d'annulation : FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), pp.998-999.

<sup>155</sup> Ainsi, le 10 juillet 1832, le Président Andrew Jackson oppose son veto à la loi votée par le Congrès établissant une Banque des EU en arguant de l'absence de compétence fédérale et donc de l'atteinte aux droits des Etats (voir : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.74).

<sup>156</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>157</sup> *Ibid.*, pp.102-103. Voir une reproduction de la proclamation de Jackson du 10 décembre 1832 : FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), pp.1000-1011.

<sup>158</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.102 et p.119.

la bonne exécution du droit fédéral, il ne l'était pas dans le cas de la violation par un Etat du droit fédéral. Jackson a néanmoins demandé au Congrès de lui conférer ces pouvoirs<sup>159</sup>.

Le parlement carolinien réagit en recherchant l'appui des autres Etats et en dénonçant l'inégalité de traitement de la part du Président, rappelant notamment l'exemple géorgien dans lequel il n'avait pas réagi à la violation d'une décision de la Cour suprême. Concernant l'objet même du conflit, la loi tarifaire, les Etats du Sud soutiennent une contrariété à l'esprit de la Constitution, alors que les Etats du Nord défendent la compétence du Congrès<sup>160</sup>. Par contre, parmi les parlements ayant adopté des textes dénonçant le pouvoir de nullification et la sécession unilatérale se trouvent plusieurs d'Etats du Sud, et les Etats dont Caroline du Sud avançait qu'ils avaient eu recours à l'annulation s'empressent de réfuter le rapprochement. Ainsi en est-il de la Virginie et de la Géorgie, dont les cas ont été exposés, ou encore du Mississippi qui avait affirmé dans des résolutions de 1829 que la loi tarifaire fédérale était "*contraire à l'esprit de la Constitution des Etats-Unis*" et "*oppressive dans son application aux Etats sudistes*" et qu'il fallait donc y résister à l'aide de "*tous les moyens constitutionnels*"<sup>161</sup>. Pour autant, une grande partie des Etats du Sud ont affirmé leur opposition au recours à la force contre un Etat qui recourrait à la nullification<sup>162</sup>.

Finalement un compromis a été trouvé avec le vote par le Congrès d'une loi tarifaire modifiée, en contrepartie de l'adoption de l'habilitation du Président de recourir à la force pour assurer l'exécution du droit fédéral<sup>163</sup>. Ainsi, il est mis à l'objet initial du conflit et affirmé l'inconstitutionnalité de la nullification.

### **C. Le mécanisme de l'interposition**

**482.** Le mécanisme de l'annulation se distingue de celui de l'interposition qui fut mis en œuvre quasiment immédiatement après l'entrée en vigueur de la Constitution, même si les défenseurs d'un pouvoir de nullification se sont servis de ces précédents en en modifiant la portée.

Dès 1790, sont en effet adoptées par le parlement de Virginie des résolutions dénonçant l'inconstitutionnalité d'une mesure fédérale imposant un remboursement de la dette fédérale. Elles affirment que cette mesure aboutissait à la reprise par l'Etat fédéral des dettes des Etats en les mutualisant, et qu'elles ne tenaient pas compte des remboursements déjà effectués par chacun des Etats<sup>164</sup>. La Virginie avait ainsi remboursé une grande partie de sa dette en imposant un niveau élevé de taxation sur son territoire et son parlement considère que cette loi était *ultra vires* car il n'existait selon lui pas de base juridique habilitant le Congrès à décider que les autorités fédérales assument les dettes des Etats<sup>165</sup>. Il se contente toutefois alors d'un simple appel à "*la sagesse du Congrès*"<sup>166</sup>.

Ce ne sont que d'autres résolutions de 1798 et 1799 qui passeront à la postérité, et seront utilisées par les soutiens à la doctrine de nullification (1), alors même que leur but s'en distinguait, tout au moins selon l'interprétation donnée *a posteriori* par un de leurs auteurs (2).

#### ***1) Les résolutions de la Virginie et du Kentucky de 1798 et 1799***

**483.** Dans le contexte révolutionnaire français, des agents du ministre des affaires étrangères

<sup>159</sup> Voir : *Ibid.*, p.104-105 et p.119.

<sup>160</sup> Voir la reproduction de la réponse de la Caroline du Sud à la proclamation de Jackson : FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.1010.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp.109-111.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p.123.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p.139.

<sup>164</sup> AMES (H. Vandenburg) (éd.), *State documents...*(*op.cit.* note 142), pp.5-7.

<sup>165</sup> KILPATRICK (J.), *The sovereign States...*(*op.cit.* note 108), pp.58-62.

<sup>166</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.191.



français Talleyrand demandent aux représentants américains venus négocier un traité de l'argent en contrepartie de leur signature. Cette affaire dite "XYZ" est rendue publique et conduit au vote, en juin et juillet 1798, de lois fédérales sur les étrangers et la sédition soutenues par les fédéralistes contre les républicains<sup>167</sup>. La loi sur les étrangers habilitait le Président à décider de l'expulsion d'étrangers qu'il estimait porter atteinte à la paix, à la préservation de l'Union américaine, ou envers lesquels il pouvait raisonnablement penser qu'ils préparaient des complots contre le gouvernement fédéral. Elle l'habilitait en outre à les emprisonner s'ils ne se soumettaient pas à la décision d'expulsion. La loi sur les ennemis étrangers prévoyait qu'en cas de guerre, d'invasion ou de menaces d'invasion de la part d'un Etat, ses ressortissants se trouvant sur le territoire américain pouvaient être arrêtés ou expulsés. Enfin la loi sur la sédition, dont la durée de validité était limitée à mars 1801, prévoyait une amende ou un emprisonnement pour les personnes qui empêchaient l'exécution du droit fédéral ou appelaient à l'insurrection. Cette loi s'étendait aux personnes qui écrivaient, publiaient des textes contre le Président, le Congrès qui apparaissaient diffamant, haineux, ou appelaient à ne pas respecter le droit fédéral. Le fondement avancé pour ces lois était la compétence de défense commune, et le pouvoir implicite pour un gouvernement de garantir sa protection. Les juges fédéraux n'ayant pas remis en cause leur constitutionnalité comme l'avaient l'espéré leurs adversaires, ces derniers ont alors cherché le soutien des parlements des Etats<sup>168</sup>.

**484.** Dans ce contexte, Thomas Jefferson rédige, anonymement car il était Vice-Président des Etats-Unis, un projet d'un ensemble de résolutions qui sont adoptées par le parlement du Kentucky en novembre 1798<sup>169</sup>. Les résolutions commencent par rappeler le principe d'énumération des compétences fédérales, et souligner la nature conventionnelle de la Constitution dont elles déduisent une habilitation de chaque Etat en tant que partie à juger de l'inconstitutionnalité des lois fédérales. Elles affirment ensuite l'inconstitutionnalité des lois fédérales sur les étrangers et la sédition, soulignant que l'interprétation extensive des dispositions constitutionnelles leur ayant servi de base<sup>170</sup> conduit à nier toute délimitation des compétences fédérales. Par ailleurs, les résolutions appellent à leur diffusion auprès des autres Etats afin de rechercher leur soutien dans cette action, et demandent aux élus du Congrès issus du Kentucky de tenter d'obtenir l'abrogation des lois sur les étrangers et sur la sédition.

La version finale des résolutions présente quelques différences avec le projet rédigé par Jefferson. Ainsi, ce dernier n'avait pas prévu leur transmission au Congrès qu'il ne considérait pas comme légitime pour trancher le conflit, étant donné que les autorités fédérales n'étaient pas parties au pacte, mais en étaient le résultat<sup>171</sup>. Par ailleurs, il allait plus loin qu'un appel à une simple interposition, il défendait un "*droit naturel*" de chaque Etat à annuler des lois fédérales *ultra vires*<sup>172</sup>.

D'autres résolutions adoptées par le parlement du Kentucky en novembre 1799 font par

---

<sup>167</sup> Il est à noter que fédéraliste renvoie à cette époque aux partisans d'un gouvernement fédéral fort et républicain aux partisans d'un pouvoir important des Etats. Ce n'est qu'au cours du XIX<sup>e</sup> siècle que les partis républicain et démocrates au sens moderne vont naître. Sur le contexte cf. KILPATRICK (J.), *The sovereign States...*(*op.cit.* note 108), pp.62-64. Voir aussi pour une étude plus complète sur ces résolutions, *Ibid.*, pp.62-86). Enfin voir sur la présentation des lois en cause : FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.192-193.

<sup>168</sup> ZOLLER (E.), Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etat, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t.294, p.87.

<sup>169</sup> Reproduction du texte de ces résolutions in : JEFFERSON (T.), *The Virginia...*(*op.cit.* note 18), pp.15-19.

<sup>170</sup> L'art.I sect.8 cl.1 visant la "*défense commune*" et le "*bien-être général des Etats-Unis*" et l'art.I sect.I cl.18 visant les compétences "*nécessaires et appropriées*". Voir sur cette "*necessary and proper clause*" : *infra* partie II chap.I sect.I §2 A 1).

<sup>171</sup> Souligné par : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.197; ZOLLER (E.), Aspects internationaux...(*op.cit.* note 168), p.88.

<sup>172</sup> FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.211 ; ZOLLER (E.), *Ibid.*, p.88.



contre référence à un pouvoir de nullification<sup>173</sup>. Préparées encore une fois par Jefferson, ces résolutions sont une réponse aux résolutions que d'autres Etats avaient rédigées en réaction aux résolutions de novembre et décembre 1798 du Kentucky et de Virginie. Elles affirment que le gouvernement fédéral ne saurait être juge en dernier ressort de ses compétences à peine de porter atteinte aux droits des Etats et en déduisent que ces derniers ont, en tant que souverains, le pouvoir de recourir à l'annulation des lois contraires à la Constitution. Toutefois, les effets du pouvoir d'annulation visé dans ces résolutions se rapproche de celui de l'interposition, la loi continuant à s'appliquer ; il s'agit d'un pouvoir collectif des Etats, par opposition au droit unilatéral étatique affirmé dans la théorie de Calhoun ainsi que dans les exemples de nullification présentés<sup>174</sup>.

Jefferson était plus critique envers la Constitution de 1787 et plus virulent dans la réaction à un acte *ultra vires* que Madison. Ce dernier avait réussi à le modérer dans sa rédaction, notamment à l'égard de l'évocation de la nullification<sup>175</sup>.

**485.** James Madison rédige, anonymement également, le projet d'un ensemble de résolutions qui sont adoptées en décembre 1798 par le corps législatif de Virginie<sup>176</sup>. Il indiquera par la suite que le corps législatif d'un Etat n'est pas l'autorité adéquate pour l'interprétation du pacte fédéral<sup>177</sup>. Les résolutions demandent à être transmises aux élus de Virginie au Congrès, ainsi qu'aux autres Etats, qu'elles appellent par ailleurs à adopter des résolutions allant dans le même sens. Après avoir rappelé l'attachement à l'Union, elles affirment la nature conventionnelle de la Constitution et indiquent qu' "*en cas d'exercice délibéré, manifeste et dangereux d'autres pouvoirs, non concédés par ledit pacte, les Etats, qui en sont parties, ont le droit, et sont en devoir de s'interposer*". Elles critiquent ensuite l'interprétation extensive des compétences avancée pour justifier le fondement constitutionnel des lois fédérales sur la sédition et les étrangers, estimant qu'elles n'avaient en réalité pas de base juridique constitutionnelle. Elle ajoute dans le cas de la loi sur la sédition qu'elle viole en outre le 1<sup>er</sup> Amendement. Franz Mayer relève ainsi que ce ne sont pas tant les droits de souveraineté des Etats qui sont mis en avant dans ces résolutions que la protection vis-à-vis du pouvoir fédéral des droits conférés aux individus par les Etats<sup>178</sup>. Il est à noter à cet égard que le 1<sup>er</sup> Amendement relève du Bill of Rights dont l'introduction avait été une condition posée par les Etats à leur ratification de la Constitution. Ainsi, c'était surtout les atteintes aux fondements des valeurs communes aux Etats membres qui étaient mises en avant dans ces résolutions.

Madison rédige ensuite au nom du parlement de Virginie un rapport participant de la lutte contre le parti fédéraliste qui est adopté en janvier 1800<sup>179</sup>. Les résolutions des autres Etats adoptées en réaction aux résolutions de Virginie et du Kentucky avaient affirmé que c'était au pouvoir judiciaire de déterminer en dernier lieu la constitutionnalité d'une loi<sup>180</sup>, mais Madison rétorque que le juge peut aussi violer la Constitution, et que ce ne peuvent être que les parties au pacte qui peuvent juger de la constitutionnalité en dernier ressort<sup>181</sup>. Par ailleurs, il

<sup>173</sup> Reproduction du texte in : JEFFERSON (T.), *The Virginia...*(*op.cit.* note 18), pp.19-20.

<sup>174</sup> En ce sens : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.214.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p.213.

<sup>176</sup> Reproduction des résolutions de Virginie : JEFFERSON (T.), *The Virginia...*(*op.cit.* note 18), pp.5-6

<sup>177</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.199.

<sup>178</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.284.

<sup>179</sup> "Report on the Virginia Resolutions, jan. 1800", in : HUNT (G.) (éd.), *The Writings of James Madison*, vol. 6, New York, New York, G.P. Putnam's Sons, 1906, pp.385-401. Pour une reproduction du texte voir aussi : JEFFERSON (T.), *The Virginia...*(*op.cit.* note 18), pp.21-41. Voir pour une présentation condensée : ZOLLER (E.), *Aspects internationaux...*(*op.cit.* note 168), pp. 90-93 ; FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), pp.199-200.

<sup>180</sup> Voir pour le texte de ces réponses à la résolution de Virginie : JEFFERSON (T.), *The Virginia...*(*op.cit.* note 18), pp.9-15.

<sup>181</sup> "*on objecte qu'il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'interpréter la Constitution en dernier ressort; [...]*"

souligne que ce pouvoir d'interposition n'est possible qu'en dernier recours, et uniquement dans des "circonstances mettant en cause de manière profonde et essentielle les principes vitaux de leur système politique"<sup>182</sup>. Cette argumentation sera réutilisée par les Etats du Sud pour soutenir un pouvoir de nullification et un pouvoir de sécession.

**486.** Madison ne se fonde pas comme les partisans de la nullification sur le reproche au juge fédéral de privilégier le niveau fédéral mais surtout, il affirme que les déclarations étatiques d'interposition ne sont que l'expression d'une opinion, qu'elles n'emportent pas d'effet contraignant, et ne sont que l'amorce d'un processus qui doit se dérouler dans le cadre du Congrès ou d'amendement constitutionnel.

## **2) La distinction entre interposition et nullification**

**487.** Madison défend, dans un article publié dans un journal en 1832, une différenciation entre l'interposition issue des résolutions de 1798 et 1799, et la nullification (a), même si cette dernière n'est pas toujours claire, comme l'illustrent différents cas qualifiés d'interposition d'Etats de la Nouvelle Angleterre (b).

### **a) La différenciation défendue par Madison**

**488.** L'interposition se traduisant dans ces textes de 1798 a été présentée comme une expression de la nullification par Calhoun et d'autres élus du Sud qui ne distinguent pas les deux expressions<sup>183</sup>. Une citation des textes préparatoires de Jefferson ainsi que l'expression même d'annulation employée dans les résolutions de 1799 pouvaient étayer une telle interprétation<sup>184</sup>. Ces affirmations vont conduire Madison à réagir pour donner son interprétation de ces textes auxquels il avait participé ou qu'il avait discutés avec Jefferson. Il affirme la différence entre l'interposition et la nullification<sup>185</sup> et critique les arguments des défenseurs de cette seconde doctrine, tout en tentant de conserver une position favorable aux droits des Etats et en réaffirmant l'origine conventionnelle de la Constitution de 1787. Il indique que le terme de nullification ne se trouve pas dans les résolutions de 1798, mais seulement dans celles de 1799, et que Jefferson ne l'avait que comme un droit naturel, et non comme un droit découlant de la qualité de partie à la Constitution de 1787 interprétée comme convention. Par ailleurs, il souligne que la nullification telle qu'elle est conçue par Calhoun et pratiquée par certains Etats revient à donner un droit de veto à chaque Etat, alors même qu'il rappelle avoir présenté dans *Le*

---

*on répondra premièrement qu'il peut fort bien exister des formes d'excès de pouvoir qu'aucune procédure prévue dans la Constitution ne soit en mesure d'attirer devant les tribunaux".* En outre, "dans la mesure où les Etats sont devenus parties au pacte constitutionnel en tant qu'entités toujours investies de leur capacité souveraine, la logique veut qu'il ne puisse pas exister de tribunal au-dessus d'eux qui puisse décider en dernier ressort du point de savoir si le pacte conclu par eux a été violé". (traduction du rapport par : ZOLLER (E.), Aspects internationaux...(op.cit. note 168), p.91).

<sup>182</sup> ZOLLER (E.), *Ibid.*, pp.91-92 : "dans le cas d'une union constitutionnelle étroite comme celle des Etats-Unis, il est évident que les parties ne peuvent s'interposer en tant qu'entités souveraines que dans des circonstances mettant en cause de manière profonde et essentielle les principes vitaux de leur système politique".

<sup>183</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(op.cit. note 12), pp.48-49. Robert Hayne, dans son débat évoqué avec Daniel Webster, invoque ainsi le précédent des résolutions de Virginie de 1798, considérant que les textes adoptés par la Caroline du Sud s'inscrivent dans leur logique.

<sup>184</sup> Nullification. An error corrected. *Richmond Enquirer*, 13 mars 1832, pp.57-58. Ce journal publie dans les pages qui suivent les documents préparatoires des résolutions ainsi que des lettres de Jefferson.

<sup>185</sup> Notes on nullification, 1835-1836, in : HUNT (G.) (éd.), *The Writings...*(op.cit. note 177), pp.573-607. Voir la présentation de : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(op.cit. note 12), pp.249-257 ; ZOLLER (E.), Aspects internationaux...(op.cit. note 168), p.91.



*Fédéraliste* l'unanimité sous la Confédération comme un des problèmes menant à l'immobilisme et à des tensions entre Etats. Il est en outre, toujours selon Madison, inadmissible qu'un seul Etat puisse décider seul de l'annulation d'un acte et que la seule possibilité de surmonter cette annulation soit une révision constitutionnelle pouvant être bloquée par une minorité d'Etats, la restriction de la portée de cette annulation à son seul territoire n'ayant pas d'impact sur le jugement qu'il porte sur ces deux points. L'interposition présentée par Madison est au contraire un droit collectif d'action. Il faut un accord des différents Etats pour libérer l'un d'entre eux de ses engagements constitutionnels et la seule possibilité d'action unilatérale d'un Etat repose sur le "*droit naturel d'autopréservation*", en cas d'abus grave et répété de la part du pouvoir fédéral créé par le pacte. L'interposition permet uniquement de recourir aux moyens qui sont prévus par la Constitution. Il s'agit d'une expression d'opinion à l'adresse du gouvernement fédéral et d'un appel aux autres Etats, aucune action individuelle à l'encontre du droit fédéral n'est initiée dans ce cadre. L'interposition se manifeste simplement par des protestations d'inconstitutionnalité à l'encontre d'une loi fédérale se traduisant par des appels à pétitions de citoyens, des réunions publiques, des articles de presse,... qui permettent de faire connaître une opinion d'inconstitutionnalité et ses raisons, et visent à convaincre les autres Etats de procéder à des actions identiques afin d'aboutir à une action collective des Etats permettant de remettre en cause la loi en cause par le biais d'un amendement constitutionnel. Il n'y a pas de déclaration individuelle par un Etat dans ce cas, à la différence de la nullification.

**489.** Comme le souligne Jean Philippe Feldman, il est toutefois possible d'émettre des doutes sur la validité de cette interprétation proposée par Madison *a posteriori* car l'interposition ainsi définie ne présente guère de caractéristiques particulières permettant de fonder une théorie, la possibilité de protestation n'ayant jamais été mise en cause<sup>186</sup>. A cet égard différents cas d'interposition en Nouvelle Angleterre illustrent les difficultés qu'il peut y avoir à distinguer interposition et nullification.

### **b) Une différenciation parfois floue : l'exemple des interpositions en Nouvelle Angleterre**

**490.** Un premier cas d'interposition d'Etats de la Nouvelle Angleterre est provoqué par le vote en 1808 de lois interdisant l'exportation de biens et prévoyant un pouvoir discrétionnaire du Président pour conférer des exceptions<sup>187</sup>. En effet, ces lois étaient contraires aux intérêts de ces Etats industriels. Dans le Massachusetts, le parlement appelle les élus de l'Etat au Congrès à tout faire pour obtenir l'abrogation de ces lois et en février 1809 ils adoptent des résolutions dénonçant ces lois tout en affirmant le rejet de toute violence pour y résister, appelant les autres Etats à réagir et à soutenir un amendement de la Constitution. De même, le parlement du Delaware adopte des résolutions en janvier 1809 qui déclarent ces lois sont contraires à la souveraineté des Etats. Et le corps législatif du Connecticut adopte une Adresse au peuple appelant les autorités étatiques à rejeter l'aide à l'exécution de ces lois, sans aller toutefois jusqu'à appeler à une résistance à leur exécution. Il vote par ailleurs des résolutions qui affirment également le rejet de toute aide, sans pour autant déclarer les lois inapplicables. Enfin, le parlement du Rhode Island prend plusieurs résolutions en mars 1804, mais à titre symbolique puisque les lois avaient été entre-temps abrogées. Jean-Philippe Feldman parle au sujet de ces différentes résolutions de sorte de "*voie médiane entre interposition et annulation*" qui "*revenait [...] à annuler de facto une loi fédérale qui nécessitait la collaboration des autorités de l'Etat pour toucher directement les citoyens*"<sup>188</sup>.

Un second exemple d'interposition est déclenché dans le cadre de la déclaration de guerre de l'Union américaine à la Grande Bretagne en 1812, alors que la guerre était là encore contraire

<sup>186</sup> FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.257.

<sup>187</sup> Sur l'interposition des Etats de Nouvelle Angleterre concernant cette loi, voir : KILPATRICK (J.), *The sovereign States...*(*op.cit.* note 108), pp.125-131 et FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, pp.201-204.

<sup>188</sup> FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.204.



aux intérêts de la Nouvelle Angleterre. Les gouverneurs du Massachussets, du Connecticut, et du Rhode Island refusent d'exécuter la demande de réquisition de soldats du ministre de la guerre<sup>189</sup>. Devant l'augmentation des tensions, des demandes de réunion de conventions sont faites dans différents Etats de Nouvelle Angleterre. En 1814, le parlement du Massachussets adopte des résolutions affirmant le droit de résistance et d'interposition en cas de violation du pacte fédéral, et appelant les autres Etats à se réunir pour amender la Constitution. Il appelle par la suite les représentants des Etats de Nouvelle Angleterre à se réunir dans une Convention. Les parlements du Connecticut et du Rhode Island répondent favorablement. Une Convention est alors réunie à partir du 15 décembre 1814 à Hartford. Elle comprend des représentants des trois Etats ainsi que des délégués de plusieurs comtés du Vermont. Elle adopte un rapport le 4 janvier 1815 qui après avoir affirmé l'attachement à l'Union américaine précise un droit de résistance des Etats membres pouvant aller jusqu'à la sécession en cas d'absolue nécessité<sup>190</sup>. Le rapport poursuit que les mesures prises par le gouvernement fédéral dans le cadre de la guerre sont des violations manifestes, graves de la Constitution portant atteinte à la souveraineté des Etats et appelle à une interposition les concernant. Il affirme par ailleurs la compétence des Etats pour déterminer si un recours juridictionnel est impossible ou qu'une action rapide apparaît nécessaire, et rejette le pouvoir de la Cour suprême de règlement du conflit en dernier ressort. Enfin, le rapport réclame l'adoption de sept amendements incluant notamment l'exclusion des esclaves du calcul permettant la répartition des membres de la chambre des représentants, l'introduction d'une majorité renforcée pour l'admission de nouveaux Etats membres dans l'Union, et une diminution des pouvoirs du gouvernement fédéral. Les corps législatif du Connecticut et du Massachussets ont approuvé ces propositions, mais neuf Etats ont adopté des résolutions les dénonçant. La paix avec la Grande Bretagne mit fin au conflit et les amendements ont été présentés au Congrès, mais n'ont pas été adoptés. Par contre, la réunion de cette Convention et son rapport seront utilisés par la suite par les sudistes<sup>191</sup>.

## **§2. Le contrôle *ultra vires* dans l'Union européenne : "l'exemple allemand"**

**491.** Larry Cata Baker rapproche la position et les expressions de la Cour constitutionnelle allemande des cas de nullification et d'interposition aux Etats-Unis ainsi que de la doctrine de Calhoun. Il souligne la même reconnaissance du fondement contractuel de l'union fédérale, la même reconnaissance d'un pouvoir de déclarer un acte fédéral inapplicable sur le territoire de l'Etat, et enfin la même affirmation du droit de sécession à utiliser en dernier recours en cas de nécessité. Il compare également la lecture du fédéralisme américain dégagée par la Cour suprême avec celle du fédéralisme européen proposée par la Cour de justice<sup>192</sup>. Que la résistance soit née en Allemagne ne doit pas, toujours selon lui, étonner étant donné que les échanges intellectuels entre l'Allemagne et les Etats du sud sont lointains<sup>193</sup>. Il relève ainsi que les écrits de Pufendorf ont inspiré Calhoun et que beaucoup de juristes du Sud ont séjourné en Allemagne pour leurs études au XIX<sup>e</sup> siècle. Il souligne qu'à l'inverse, à partir de la 2<sup>nd</sup>e moitié du XIX<sup>e</sup> siècle il y a une influence de Calhoun en Allemagne, indiquant notamment que Max von Seydel a seulement adapté ses thèses à la configuration allemande<sup>194</sup> et qu'il renvoie à la doctrine de Calhoun dans son interprétation du Second Empire allemand comme Confédération d'Etats<sup>195</sup>,

---

<sup>189</sup> Sur l'ensemble des événements ayant mené à la Convention Hartford et la présentation des travaux de cette Convention voir : *Ibid.*, pp.205-209 ; KILPATRICK (J.), *The sovereign States...*(*op.cit.* note 108), pp.132-144.

<sup>190</sup> Reproduction du rapport de la Convention de Hartford : FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), pp.986-995.

<sup>191</sup> En ce sens FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.209.

<sup>192</sup> CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.177.

<sup>193</sup> *Ibid.*, pp.198-199.

<sup>194</sup> On trouve chez Calhoun l'idée d'homogénéité géographique pour former les nations et les distinguer, cela a été transformé par Max von Seydel en base culturelle, linguistique.

<sup>195</sup> SEYDEL (M. von), *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, J. C. Mohr, 1893, réimp. The collection



même si au contraire de ce dernier, il n'admet de sécession que par le biais d'une révision de la Constitution à l'unanimité<sup>196</sup>. Même si Larry Cata Baker concède que la résistance des cours européennes est moins fréquente et moins forte que celle des Etats américains et leurs cours avant 1860<sup>197</sup>, la théorie de Calhoun pourrait selon lui fournir des solutions à l'Union européenne pour prévenir un conflit tel que celui qui s'est terminé aux Etats-Unis par la Guerre de Sécession<sup>198</sup>.

Nous avons déjà souligné les problèmes soulevés par la théorie de Calhoun nous amenant à contredire l'auteur sur ce point. Par ailleurs, si la comparaison est intéressante, et si l'on parle de Virginie de l'Union européenne pour l'Allemagne<sup>199</sup>, les modalités du contrôle et son exercice diffèrent toutefois. Il n'est opéré qu'à l'initiative de la juridiction suprême nationale. Or, l'autorité compétente pour opérer un tel constat joue un rôle important, un juge apparaissant moins susceptible qu'un organe politique de privilégier l'intérêt de son Etat par rapport à l'intérêt de la Fédération. Et dans le cas américain, les juges étatiques sont élus, ce qui peut les conduire à prendre une position beaucoup plus politique. Nous ajouterons que la possibilité de renvoi préjudiciel, cette ultime discussion, du juge étatique au juge fédéral développé dans le cadre européen, n'existe pas aux Etats-Unis. Le contexte européen semble donc plus propice à un apaisement.

**492.** Avant de présenter le pouvoir de contrôle *ultra vires* revendiqué par Karlsruhe, il convient de rappeler rapidement l'évolution de sa jurisprudence relative au contrôle des actes de droit européen. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle allemande a refusé de contrôler des actes européens de droit dérivé dans un arrêt de 1967<sup>200</sup>. En l'espèce, le tribunal des finances de Rhénanie-Palatinat estimait qu'une disposition de la loi d'approbation du Traité CEE qui permettait l'adoption de règlements au sens de l'art.189 CEE (249 CE; 288 TFUE) était inconstitutionnelle car elle conférait selon lui une habilitation trop large dépassant la compétence qu'avait le législateur pour adopter la loi d'habilitation<sup>201</sup>. Il décide alors de saisir la Cour constitutionnelle d'un renvoi préjudiciel sur cette question. Celle-ci a considéré le renvoi comme irrecevable, et en profite pour souligner que la question de la compatibilité du droit communautaire avec la Loi fondamentale si jamais elle devait se poser, ne pourrait intervenir que par le biais d'un contrôle de la loi d'approbation du Traité CEE. La Cour constitutionnelle donne par ailleurs dans un autre arrêt de la même année une interprétation stricte de l'expression "*lésé par puissance publique*", posée à l'art.93§1 n°4a comme condition aux recours constitutionnels individuels, ce qui a pour effet de restreindre le recours aux seuls actes des pouvoirs publics allemands<sup>202</sup>. Elle le confirme dans une décision de 1971 rendue sur recours constitutionnel individuel contre une décision de la Cour fédérale des finances<sup>203</sup>. Si Karlsruhe énonce dans cette même décision que les arrêts de la CJCE rendus dans le cadre du renvoi préjudiciel sont contraignants pour les juridictions allemandes, et donc en l'espèce pour la Cour fédérale des finances, elle précise toutefois qu'elle vise des arrêts rendus par la CJCE "*dans le*

---

of the University of Michigan Library, pp.7 et s. et pp.43 et s.

<sup>196</sup> FORSYTH (M.), *Unions of States...*(*op.cit.* note 24), pp.135-138.

<sup>197</sup> CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.204.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p.173.

<sup>199</sup> Voir par exemple en ce sens : BOOM (S.), *The European Union after the Maastricht decision : will Germany be the "Virginia of Europe" ?* (*op.cit.* note 6).

<sup>200</sup> BVerfGE 22, 134 (2<sup>e</sup> sénat 5 juillet 1967 *EWG-Recht*). Voir sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle avant l'arrêt Maastricht : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), pp.90 et s.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p.142, pts.136 et s. : présentation de la position du tribunal des finances.

<sup>202</sup> BVerfGE 22, 293 (1<sup>er</sup> sénat 5 juillet 1967 *EWG-Recht*).

<sup>203</sup> BVerfGE 31, 145 (2<sup>e</sup> sénat 9 juin 1971 *Milchpulver*). Elle le confirme également dans sa décision du 29 mai 1974 *Solange I* (BVerfGE 37, 271 2<sup>e</sup> sénat) (pt.53).



*cadre de ses compétences*"<sup>204</sup>. Comme le souligne Franz Mayer, il est possible de voir dans cette précision un indice que la Cour constitutionnelle a toujours posé la limite du non dépassement de leurs compétences par les institutions européennes au principe de primauté du droit communautaire et donc que la possibilité d'un contrôle du respect de cette limite était implicite<sup>205</sup>. S'il reconnaît une évolution de sa jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il estime ainsi que les "*seuils d'intervention ont simplement varié*"<sup>206</sup>. Un autre exemple allant dans ce sens est donné dans une décision *Kloppenburger* de 1987 dans laquelle la Cour constitutionnelle indique que la compétence préjudicielle de la CJCE n'est pas illimitée, mais qu'elle doit respecter les limites du droit constitutionnel allemand, et énonce qu'elle assure une garantie de ces limites<sup>207</sup>. Elle poursuit qu'il est important de savoir si la CJCE respecte les limites des compétences transférées ou si elle empiète par son interprétation du droit communautaire sur les compétences des Etats<sup>208</sup>. Il faut toutefois attendre sa décision de 1993 sur la constitutionnalité de la loi d'approbation du Traité de Maastricht pour une remise en cause expresse des restrictions concernant le contrôle des actes européens, par une interprétation plus souple de l'expression acte des pouvoirs publics allemands<sup>209</sup>. Karlsruhe soulève à cette occasion le problème du respect par les institutions européennes du cadre des compétences posé par les traités. Elle se reconnaît en effet, dans cette décision explicitement le pouvoir de vérifier si les actes des institutions européennes "*restent dans les limites des compétences transférées ou les dépassent*"<sup>210</sup>.

La jurisprudence concernant le cadre du contrôle *ultra vires* était difficile à interpréter, la Cour annonçant dans sa décision concernant la loi d'approbation du Traité de *Lisbonne* de 2009 un contrôle restreint tout en faisant une présentation conservatrice de l'Union européenne et en posant des limites extrêmement rigoureuses aux possibilités d'interprétation des traités, laissant peser une menace théorique importante sur le droit européen dérivé<sup>211</sup> (A). Avec sa décision *Honeywell* de juillet 2011<sup>212</sup>, elle fait preuve d'une grande souplesse pratique en précisant l'obligation de cordonner le contrôle *ultra vires* avec le principe de la "*compétence de la Cour de justice d'interpréter et d'appliquer les traités ainsi que de garantir l'unité et la cohérence du droit de l'Union*"<sup>213</sup>, même si d'autres arrêts montrent qu'elle veut conserver la main (B).

## **A. Une menace théorique : les jurisprudences *Maastricht* et *Lisbonne***

**493.** La menace de contrôle *ultra vires* est apparue dans un premier temps potentiellement importante tant dans son intensité, les conditions d'un tel contrôle apparaissant assez floues (1), que dans sa fréquence, la Cour ayant fortement assoupli son interprétation des conditions de recevabilité des recours constitutionnels individuels (2). Dans ce contexte, avait été évoquée une solution de compromis laissant aux juridictions constitutionnelles une compétence de déclaration d'inexistence d'actes européens de droit dérivé, permettant de satisfaire le souci de faire respecter des limites des compétences par les traités, tout en maintenant la compétence

<sup>204</sup> BVerfGE 31, 145 (p.174, pt.95) : "*La décision de la Cour de justice des Communautés [...] [rendue] dans le cadre de ses compétences en vertu de l'article 177 CEE est contraignante pour la Cour fédéral des finances*".

<sup>205</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.92.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p.98. Dans le même sens voir aussi SCHOLZ (R.), *Wie lange bis « Solange III » ?*, *NJW*, 1990, p.945.

<sup>207</sup> BVerfGE 75, 223 (2<sup>e</sup> sénat du 8 avril 1987 *Kloppenburger*) (p.240, pt.43).

<sup>208</sup> Elle conclut en l'espèce que la Cour se meut par sa jurisprudence dans les limites des formes d'action permises par le traité en reconnaissant l'effet direct potentiel des directives (*Ibid.*, p.242; pts. 58-59).

<sup>209</sup> BVerfGE 89, 155 (2<sup>e</sup> sénat 12 octobre 1993 *Maastricht*) (pt. 70).

<sup>210</sup> *Ibid.*, p.188, pt.106.

<sup>211</sup> Seul le principe de ce contrôle est ici présenté, on renvoie sur les exemples concrets de risques de dépassement de compétences par la CJUE à : *infra* partie II chap.I

<sup>212</sup> BVerfGE 126, 286 (2<sup>e</sup> sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*)

<sup>213</sup> *Ibid.*, pt. 55.



exclusive de principe de pouvoir d'invalidation des actes de droit dérivé par la Cour de justice (3).

### 1) Une intensité incertaine du contrôle

494. La Cour constitutionnelle a explicité le pouvoir de contrôle *ultra vires*, qu'elle avait indiquée pouvoir faire dans sa décision *Maastricht*, dans sa décision *Lisbonne*. Elle y confirme le principe d'une marge d'interprétation laissée aux institutions européennes afin de leur permettre un développement du droit de l'Union européenne<sup>214</sup>, ainsi que l'existence d'une limite constituée par l'interdiction de toute extension des compétences<sup>215</sup> sous peine de voir l'acte concerné déclaré inapplicable en Allemagne<sup>216</sup>. Elle justifie le recours à un "contrôle extérieur" au système institutionnel européen comme moyen de garantie ultime du respect par les institutions européennes des limites de compétences posées dans les traités<sup>217</sup>, non seulement pour ce qui concerne le principe d'attribution des compétences mais encore le principe de subsidiarité<sup>218</sup>. La Cour le présente certes par ailleurs comme un contrôle "restreint et compris comme exceptionnel"<sup>219</sup>, ouvert uniquement "si une protection juridique au niveau de l'UE ne peut être obtenue"<sup>220</sup>, et s'en réserve le monopole "afin de protéger la capacité d'action de l'UE"<sup>221</sup>. Mais l'interprétation statocentrée qu'elle faisait du cadre institutionnel européen avait pu faire craindre les conséquences pratiques d'un tel contrôle<sup>222</sup>. Anne Levade conclut aussi au sujet de la décision *Lisbonne* que "la rigidité dont la Cour de Karlsruhe fait preuve dans sa décision, fût-elle plus apparente que réelle, n'est pas de nature à faciliter la poursuite du dialogue"<sup>223</sup>. La jurisprudence de Karlsruhe semblait donc bien loin du premier jugement de la Cour constitutionnelle tchèque rendu sur recours en appréciation de constitutionnalité du Traité de Lisbonne en 2008. En, effet, si cette dernière y fait de nombreuses références à la jurisprudence de Karlsruhe et énonce également une possibilité de contrôle *ultra vires*, la Cour tchèque ajoute immédiatement qu'il "est plus de la nature d'un avertissement potentiel, et n'a pas besoin d'être jamais utilisé en pratique", qu'elle n'interviendrait "qu'ultimement" en cas de dépassement manifeste<sup>224</sup>.

Le pouvoir que s'est ainsi conféré la Cour constitutionnelle allemande a été critiqué par un certain nombre d'auteurs qui estimaient qu'il n'était ni prévu par les traités, ni même par la Loi fondamentale<sup>225</sup>, voire que la Loi fondamentale pouvait être lue comme l'interdisant sur le fondement du but d'intégration européenne posé à l'art.23§1 LF<sup>226</sup>. Mais l'argument le plus fréquemment invoqué est qu'un contrôle de validité du droit de l'Union européenne par les

<sup>214</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.237) Il faut selon elle accepter le but de conservation de l'acquis communautaire, l'effet utile, les compétences implicites car il est nécessaire de laisser une autonomie à l'intérieur du cadre posé par les auteurs des traités.

<sup>215</sup> *Ibid.*, pt.238.

<sup>216</sup> *Ibid.*, pt.241. Voir aussi : BVerfGE 89, 155 (p.188, pt.106).

<sup>217</sup> *Ibid.*, pt. 238.

<sup>218</sup> *Ibid.*, pt. 240.

<sup>219</sup> *Ibid.*, pt. 238.

<sup>220</sup> *Ibid.*, pt. 240.

<sup>221</sup> *Ibid.*, pt. 241.

<sup>222</sup> Cf. *infra* sect.II §2 B.

<sup>223</sup> LEVADE (A.), Analyse de la décision de la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande du 30 Juin 2009 relative au Traité de Lisbonne, in : FONDATION ROBERT SCHUMAN, KONRAD ADENAUER STIFTUNG, *Les conséquences du jugement de la cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne*, Kas Publikation, deutsch-französischer Dialog, Heft Nr.1, Paris 2009, p.48.

<sup>224</sup> Décision 26 nov. 2008, *Lisbonne I*, Pl ÚS 19/08, pt.139 : <http://www.concourt.cz/clanek/pl-19-08>.

<sup>225</sup> ZULEEG (M.), artikel 23 GG, in : WASSERMANN (R.) (hrsg.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, Bd.I: Art. 1-37 GG, August 2002, pt.33.

<sup>226</sup> HIRSCH (G.), *Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht : Kooperation oder Konfrontation?*, *NJW*, 1996, vol.49 n°38, p.2464.

juridictions nationales constitue une violation directe de la jurisprudence *Foto-Frost*<sup>227</sup>. Dans cet arrêt de 1987, la Cour de justice s'est reconnue un monopole pour constater l'invalidité des actes des institutions européennes. La jurisprudence de Karlsruhe sur le dépassement de compétence apparaît donc à cet égard comme une atteinte majeure à l'unité du droit de l'UE<sup>228</sup>. D'autres auteurs ont alors répondu que la Cour n'affirmait pas un large pouvoir de remise en cause des normes de l'UE, affirmation dont les auteurs reconnaissent qu'elle porterait atteinte à l'application uniforme du droit de l'UE, mais uniquement un pouvoir de contrôler que les institutions européennes ont bien compétence pour agir<sup>229</sup>. Selon eux cette réserve de compétence viserait simplement à assurer que le développement politique de l'UE reste entre les mains des Etats, et se justifierait au regard du principe de souveraineté<sup>230</sup>. Une dernière partie de la doctrine propose alors une solution intermédiaire, celle d'une possibilité de contrôle dans les seuls cas extrêmes<sup>231</sup>, une sorte de droit en cas d' "urgence" (Notrecht)<sup>232</sup>.

Franz Mayer soulignait par ailleurs dans sa thèse de doctorat que la menace d'un tel contrôle pouvait être vue comme le moyen de défendre des intérêts constitutionnels nationaux essentiels, une juridiction constitutionnelle bénéficiant, au contraire d'un organe politique, de sa garantie d'indépendance, de son objectif de défense de l'ordre constitutionnel<sup>233</sup>. L'argument de l'absence de risque de déclencher un recours en manquement sur cette base en raison de la position de la Commission européenne qui pouvait favoriser un tel calcul<sup>234</sup> n'est certes pas

---

<sup>227</sup> CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff.314/85, *Rec.*1987 p. 4199).

<sup>228</sup> Voir à ce sujet une résolution du PARLEMENT EUROPEEN rappelant l'importance à cet égard du respect de la primauté et de la jurisprudence *Foto-Frost* et qui se fondait sur un rapport de Siegbert ALBER qui soulignait que son but était notamment de prendre position dans le débat sur sujet du contrôle *ultra vires* posé par l'arrêt *Maastricht* (Résolution sur les relations entre le droit international public, le droit communautaire et le droit constitutionnel des États membres du 2 octobre 1997, A4-0278/97, PE 220.225/déf, p.9).

<sup>229</sup> Voir en ce sens : GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), *"Mangold" als ausbrechender Rechtsakt*, Munich, sellier european law publishers GmbH, 2009, p.57. Les auteurs poursuivent que la constatation d'empiètement sur la compétence des Etats aurait pour conséquence son inapplication dans toute l'UE, préservant ainsi l'unité du droit de l'UE, mais c'est supposer que le raisonnement serait suivi par les juridictions des autres Etats, ce qui est loin d'être garanti.

<sup>230</sup> En ce sens déjà : GRIMM (D.), *Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus verfassungsrechtlicher Sicht, Recht der Arbeit*, 1996, p.71.

<sup>231</sup> MICKER (L.), *Zur Europarechtskonformität von §17 EStG im Jahr 2001, Der Betrieb*, 2007, p.1498. Voir aussi : EVERLING (U.), *Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil*, in : RANDELZHOFFER (A.), SCHOLZ (R.), WILKE (D.) (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, München, Beck, 1995, p.71; ISENSEE (J.), *Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens*, in : BURMEISTER (J.) (hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern*, München, Beck, 1997, p.1255 ; CLASSEN (C.), *Europäische Integration und demokratische Legitimation, AöR*, 1994, n°119, pp.244 et s.

<sup>232</sup> En ce sens : PERNICE (I.), *Artikel 23*, in : DREIER (H.) (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar, Bd.II, 2. Auflage*, Siebeck, Mohr 2006, pp.447-448. Voir aussi ID., *Einheit und Kooperation : Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Recht-sprechung von EuGH und nationalen Gerichten*, in : *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, p.534. Dans le même sens Hans Peter FOLZ présente une telle possibilité restreinte dans le contexte d'une lecture parallèle des ordres juridiques de l'UE et des Etats membres (*Demokratie und Integration : Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen*, Berlin, Springer, 1999, p.26).

<sup>233</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...(op.cit. note 15)*, p.352. Il ne s'agissait pas selon lui d'une collusion entre gouvernement et cour constitutionnelle, mais simplement d'un lien indirect limité à l'intérêt commun de la défense de l'ordre constitutionnel (*Ibid.*, p.353), utilisable comme arme de menace lors des négociations au Conseil (*Ibid.*, p.357). Voir sur la question de la défense d'un domaine de compétences essentielles : *infra* sect.II §2 A.

<sup>234</sup> La Commission avait indiqué que la poursuite en manquement sur la base de la violation d'une obligation de renvoi préjudiciel n'était pas la voie appropriée eu égard à la coopération entre la Cour de justice et les



valable depuis l'arrêt *Köbler* de 2003<sup>235</sup>, dans lequel la Cour de justice a reconnu la possibilité d'engager la responsabilité d'un Etat du fait de la décision d'une de ses juridictions statuant en dernier ressort<sup>236</sup>. Mais c'est moins le rôle de contrepoids d'une telle arme certes salutaire mais limitée car la Cour et la Commission restent prudentes dans son utilisation, qu'une autolimitation de la part des juridictions constitutionnelles qui peut assurer un bon fonctionnement du système européen.

Or à cet égard, la crainte de la reconnaissance par la Cour constitutionnelle allemande d'un pouvoir de contrôle *ultra vires* était accentué par l'assouplissement parallèle des conditions posées à la recevabilité des recours constitutionnels individuels.

## ***2) L'impact de l'assouplissement des conditions de recevabilité des recours constitutionnels individuels***

**495.** La première condition, celle de l'absence de toute autre voie de recours, n'avait pas besoin d'être assouplie car elle n'était déjà en pratique que rarement une limitation du recours constitutionnel individuel. Dans le cas de l'Union européenne en particulier, il ne semblait pas difficile d'y répondre en raison des limites importantes posées aux saisines par des individus de la Cour de justice dans le cadre de recours en annulation<sup>237</sup>.

Il en était autrement de la seconde condition posée à l'art.93§1 n°4a LF, en vertu de laquelle le recours porte sur la violation d'un droit fondamental imputable à la puissance publique. Mais dans sa décision *Maastricht*, la Cour a étendu cette disposition aux actes des organisations supranationales à laquelle l'Allemagne appartient, estimant qu'ils pouvaient porter atteinte aux droits fondamentaux inclus dans la Loi fondamentale<sup>238</sup>.

La troisième condition, concernant la recevabilité *ratione materiae* a été également assouplie d'une façon très extensive dans cette même décision *Maastricht*, plus précisément quant aux possibilités de se fonder sur l'art.38§1 LF, énonçant que "*les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret*". Un recours constitutionnel individuel sur la base de l'art.93§1 n°4a LF n'est en principe recevable que s'il est démontré une atteinte "*directe, personnelle et actuelle*" aux droits fondamentaux du requérant ou à un certain nombre de droits garantis par d'autres dispositions auxquelles l'article renvoie. Si la Cour rappelle ce cadre dans sa décision *Maastricht*<sup>239</sup>, le but qui était le sien d'éviter un risque de dérive vers une action populaire est contrecarré par son interprétation extrêmement large de l'art.38§1 LF dans cette même décision. La Cour estime en effet qu'il fonde un droit de participation à la légitimation démocratique de la puissance publique<sup>240</sup>. Comme l'écrit Jörg Gerkrath, "*seule une interprétation généreuse de l'article 38 I de la Loi fondamentale, transformant le droit d'élire les députés au Bundestag en une garantie générale du principe démocratique, lui permet de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi*

---

juridictions nationales, et ne pourrait être envisagée qu'en cas de violation répétée (*JO C 268 du 6.10.1983, p. 25* : question écrite n°526/83 de M. Alan Tyrrell à la Commission: la doctrine de l'acte clair) (cité par MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.85).

<sup>235</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff.C-224/01, *Rec.* p. I-10239.

<sup>236</sup> Voir sur cette affaire *supra* chap.I sect.I §2 A 3) c).

<sup>237</sup> Les conditions de recours en annulation pour les personnes physiques et morales sont très strictes, conduisant à limiter très fortement leur accès à ce type de recours. L'art.263§4 TFUE issu du Traité de Lisbonne a toutefois permis de tenir compte des cas où aucun recours interne n'était possible faute de mesure d'exécution et qui jusqu'alors étaient critiqués par la doctrine comme conduisant à un déni de justice.

<sup>238</sup> BVerfGE 89, 155 (p.175, pt.70).

<sup>239</sup> *Ibid.*, pt. 59.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p.171 et s., pt.61.



d'approbation du *Traité de Maastricht*<sup>241</sup>. La Cour fait une lecture combinée des articles 38, 20, 79 et 23 LF. Elle interprète tout d'abord largement l'art.38, considérant qu'il inclut "*un droit subjectif à participer à la légitimation du pouvoir*". Puis elle énonce que dans le cadre de l'intégration européenne posé à l'art.23 LF, "*ce droit subjectif ne doit pas être vidé de sa substance*". Enfin, elle rappelle l'intangibilité du principe démocratique déduite de la lecture combinée des articles 79§3 et 20§1 LF<sup>242</sup>.

Dans le même sens que Jörg Gerkrath, Ingolf Pernice rappelle dans un article de 2009 rendu avant la décision *Lisbonne* que le recours constitutionnel individuel a pour objet de protéger des droits subjectifs et indique que poursuivre dans la voie ouverte par la décision *Maastricht* reviendrait pour la Cour à contourner les limites posées par la Constitution à ce droit de recours par le simple biais de l'interprétation, alors qu'une révision de la Constitution serait nécessaire pour atteindre un tel but<sup>243</sup>. En dépit de ces critiques<sup>244</sup>, la Cour confirme et étend même cette interprétation extensive dans sa décision *Lisbonne* et c'est sur ce même fondement que le recours dans l'affaire *Honeywell* ainsi que les recours contre le mécanismes européen de stabilité provisoire et permanent ont été initiés<sup>245</sup>.

### 3) La restriction à un contrôle d'inexistence, solution de compromis ?

496. Une solution de compromis a été proposée, celle d'une restriction à un contrôle d'inexistence. Franz Mayer propose en effet dans sa thèse de doctorat la possibilité d'un contrôle *ultra vires* limité au cas de l'inexistence d'un acte. Il estimait alors que la Cour de justice pourrait accepter de reconnaître aux juridictions constitutionnelles un tel pouvoir de constatation de l'inexistence d'un acte de droit dérivé leur permettant de laisser l'acte inappliqué en raison d'un vice particulièrement grave, comprenant notamment l'absence de base juridique<sup>246</sup>. Franz Mayer renvoyait à cet égard à un arrêt *Commission c/ BASF* 1994 dans laquelle la Cour de justice avait indiqué que "*les actes entachés d'une irrégularité dont la gravité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique communautaire doivent être réputés n'avoir produit aucun effet juridique, même provisoire, c'est-à-dire être regardés comme juridiquement inexistant*"<sup>247</sup>. Au soutien de cette proposition il relevait notamment que la CJCE reconnaissait aux juridictions nationales un pouvoir de suspendre les effets d'actes administratifs nationaux pris en exécution d'actes communautaires en cas de doute sérieux sur la validité de l'acte communautaire servant de base juridique<sup>248</sup>. Par ailleurs il soulignait que la reconnaissance d'une telle compétence serait un risque contrôlé, la Cour n'ayant en effet déclaré qu'une seule fois un acte inexistant sur recours en annulation dans le cadre du *Traité CECA*<sup>249</sup>.

<sup>241</sup> GERKRATH (J.), La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, in : DUPRAT (G.) (dir), *L'Union européenne. Droit, politique, démocratie*, PUF, 1996, p.214.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p.217. Voir sur le principe démocratique, élément de l'identité constitutionnelle allemande : *supra* sect.II §2 B 2).

<sup>243</sup> PERNICE (I.), *Plädoyer für Lissabon*. Nachbemerungen zur Mündlichen Verhandlung vom 10./11. Febr. 2009 im Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht, *whi-paper*, 05/09-04, p.7 : [http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0509\\_04.pdf](http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0509_04.pdf) (consulté en octobre 2009). Voir aussi dans ce sens : WENDEL (M.), La jurisprudence...(*op.cit.* note 8), p.99.

<sup>244</sup> Voir *a contrario* de ces critiques la position d'Helmut QUARITSCH qui parle d' "*astucieuse construction*" pour permettre d'accepter la recevabilité du recours constitutionnel individuel (La souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, mars-sept.2000, p.148).

<sup>245</sup> Voir *infra* partie II chap.I sect.I §3 C 2) b) pour des précisions sur ces mécanismes. Voir aussi pour une reprise de l'argumentation : BVerfGE 129, 124 (2<sup>e</sup> sénat 7 septembre 2011 *Eurorettungsschirm*) (pts.93-109) ; BVerfG, 2 BvR 1390 (2<sup>e</sup> sénat, 12 septembre 2012 *MES et traité sur la stabilité*) (pts.208 et s.)

<sup>246</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), pp.80 et s.

<sup>247</sup> CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF*, aff.C-137/92 P, *Rec.*1994 p.I-2555, pt.49.

<sup>248</sup> CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff.C-143/88 et C-92/89, *Rec.*1991 p.I-415, pt.23.

<sup>249</sup> Arrêt du 10 décembre 1957, *Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff.jointes 1-57 et 14-57,



Par la suite, les demandes en ce sens ont été en effet sans succès<sup>250</sup>. Il est plus particulièrement à noter que dans ce cadre le moyen de l'absence de base juridique a été utilisé mais n'a pas permis jusqu'alors une déclaration d'inexistence<sup>251</sup>. Jean-Paul Jacqué indique ainsi en 2009 que cette possibilité de déclaration d'inexistence demeure mais qu'il ne peut en être fait en pratique qu'un usage très limité en raison des graves conséquences qui en découlent puisqu'indépendamment de la considération de la période de déploiement des effets de l'acte ses effets sont anéantis rétroactivement<sup>252</sup>. La Cour l'exprime d'ailleurs clairement dans son arrêt *BASF* en indiquant que "*la gravité des conséquences qui se rattachent à la constatation de l'inexistence d'un acte des institutions de la Communauté postule que, pour des raisons de sécurité juridique, cette constatation soit réservée à des hypothèses tout à fait extrêmes*"<sup>253</sup>. Dans l'espèce, le TPI avait déclaré l'inexistence d'une décision de la Commission ayant constaté l'existence d'une entente contraire à l'art.85 CEE (81 CE ; 101 TFUE), considérant que les vices s'y attachant étaient "*particulièrement graves et évidents*"<sup>254</sup>. Saisie d'un pourvoi, la Cour de justice, considère au contraire que les conditions d'une déclaration d'inexistence ne sont pas réunies en dépit des éléments pourtant lourds avancés par le TPI.

Franz Mayer se demandait alors si la jurisprudence *CILFIT* ne pourrait pas servir de fondement à la reconnaissance du pouvoir de déclaration d'inexistence présenté, et plus précisément l'exception de renvoi tirée du caractère manifeste et de l'absence de doute raisonnable concernant la bonne application du droit de l'UE<sup>255</sup>. Il indiquait par ailleurs que les termes de l'arrêt *Foto-Frost* pouvaient être interprétés comme excluant le cas des actes inexistant<sup>256</sup>.

Même s'il reconnaissait qu'il était possible de douter de la volonté de la Cour de justice d'ouvrir une telle compétence aux juges nationaux, il estimait que les conditions strictes posées à ce pouvoir, ajoutées à l'effet limité de la simple inapplication et à la possibilité de son contrôle par la CJCE *a posteriori* permettraient de donner aux juges nationaux une marque de confiance importante à moindre frais<sup>257</sup>.

---

*Rec.*1957 p.201 : inexistence de l'avis de la Haute Autorité pour absence de motivation contrairement à l'exigence posée art.54§4 CECA.

<sup>250</sup> CJCE, 21 février 1974, *Kortner c/ Conseil*, aff.jointes 15/73, *Rec.*1974 p.177, pt.33 : rejet de la qualification d'acte inexistant de dispositions du statut des fonctionnaires jugées inapplicables par la Cour dans une affaire antérieure ; CJCE, 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, aff.15/85, *Rec.*1987 p.1005, notamment pts.9 à 11 : la Commission avait modifié une décision. Elle est attaquée par une société arguant d'erreurs de ses services entraînant le caractère inexistant de la décision antérieure. La Cour rejette l'argumentation estimant que les erreurs n'avaient rien de vices particulièrement évidents et ne pouvaient justifier de faire exception au principe de sécurité juridique.

<sup>251</sup> Ainsi la Grèce avait avancé l'absence de base juridique comme cause de l'inexistence de l'acte qu'il lui était reproché d'avoir violé dans le cadre d'un recours en manquement. La Cour de justice répond certes que l'excuse liée à l'illégalité de la mesure fondant le recours en manquement peut être admise dans le cas où l'illégalité est si grave et manifeste que l'acte est inexistant, et uniquement dans ce cas, mais elle rejette l'argument dans l'espèce : CJCE, 30 juin 1988, *Commission c/ Grèce*, aff.226/87, *Rec.*1988 p.3611, pts.15-16.

<sup>252</sup> JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, pp.659-660.

<sup>253</sup> Aff.C-137/92 P, *Commission c/ BASF*, pt.50.

<sup>254</sup> TPI 27 février 1992, *BASF c/ Commission*, aff.T-79/89, *Rec.*1992 p.II-315, pt. 96: "*un acte dont on ne peut ni fixer avec une certitude suffisante la date exacte à partir de laquelle il a été susceptible de produire des effets juridiques [...], ni, en raison des modifications dont il a été l'objet, appréhender avec assurance le contenu précis de la motivation qu'il doit contenir [...], ni définir et contrôler sans ambiguïté l'étendue des obligations qu'il impose à ses destinataires ou la désignation de ces derniers, ni identifier avec certitude quel a été l'auteur de sa version définitive, et pour lequel il est établi que la procédure d'authentification prévue par la réglementation communautaire a été totalement méconnue [...] Un tel acte est entaché de vices particulièrement graves et évidents, qui le rendent juridiquement inexistant*".

<sup>255</sup> MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(op.cit. note 15), pp.82-83.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p.83.

<sup>257</sup> *Ibid.*

Toutefois, plusieurs éléments posaient problèmes, comme le reconnaissait Franz Mayer lui-même. Tout d'abord, outre qu'il fait l'objet d'un strict encadrement le pouvoir accordé aux juridictions nationales de suspendre les effets d'actes de droit dérivé<sup>258</sup> se justifiaient dans l'arrêt *Zuckerfabrick* en raison de la "protection juridictionnelle" effective des justiciables<sup>259</sup> ce qui ne peut être avancé dans le cas d'actes inexistant, la sécurité juridique opposant même un argument à son encontre. En outre, la Cour interprète strictement sa jurisprudence *CILFIT* et la reconnaissance d'un pouvoir de constatation d'inexistence entraînant l'inapplication de l'acte en cause porterait atteinte à l'application uniforme du droit de l'UE, car l'acte resterait en vigueur et pourrait continuer à être appliqué dans d'autres Etats, seule une décision de la CJUE pouvant retirer l'acte de l'ordre juridique européen. Ainsi, seul un renvoi préjudiciel permettrait d'assurer le respect des droits des requérants devant les juridictions internes, tout en garantissant une application uniforme du droit de l'UE et l'on revient à la problématique du départ de la dépendance de la bonne volonté du juge interne. L'enjeu était, donc même dans ce cas, clair, celui du dialogue avec la Cour de justice.

## **B. Une souplesse en pratique : la jurisprudence Honeywell**

497. La question demeurait de savoir comment la Cour constitutionnelle allait concrètement traiter un cas de recours *ultra vires*. A cet égard, la décision *Honeywell* inscrit pleinement la Cour constitutionnelle dans une telle perspective de dialogue et de respect avec la CJUE.

En l'espèce, la Cour constitutionnelle avait été saisie par une entreprise d'un recours constitutionnel individuel à l'encontre d'un jugement du Tribunal fédéral du travail<sup>260</sup>. La requérante lui reprochait d'une part d'avoir écarté le droit national, conformément à une jurisprudence de la CJCE initiée par un arrêt *Mangold* de 2005<sup>261</sup> et à laquelle il estimait être lié, et d'autre part d'avoir rejeté la demande subsidiaire de renvoi préjudiciel estimant que la jurisprudence de la Cour de justice était suffisamment claire<sup>262</sup>. Le Tribunal estimait que la CJUE continuait à se mouvoir par cette jurisprudence dans la marge de "*développement du droit*" qui lui était laissée par la Cour constitutionnelle<sup>263</sup>. La requérante estimait au contraire que cet arrêt se fondait sur une interprétation dépassant le cadre des compétences conférées à l'Union européenne par les traités européens, et constituait ainsi un acte *ultra vires* qui devait, selon la jurisprudence de Karlsruhe, rester inappliqué en Allemagne.

La Cour constitutionnelle a précisé dans un arrêt *Honeywell* de juillet 2011 les conditions du contrôle *ultra vires*. Elle a notamment indiqué qu'il devait être donné à la Cour de justice la possibilité de donner son appréciation au préalable (1). Par ailleurs, elle a affirmé lui laisser une large marge de manœuvre dans cette appréciation (2). Dans le cadre de son recours, l'entreprise requérante arguait à titre subsidiaire une violation, par le Tribunal dont l'arrêt était contesté, de son obligation de renvoi préjudiciel à la CJUE<sup>264</sup>. Ce moyen est l'occasion pour Karlsruhe de rappeler sa jurisprudence à cet égard qui manifeste elle aussi un respect de la CJUE (3).

Malgré l'indéniable apport de cette jurisprudence, il ne faut pas non plus croire en un abandon complet de son pouvoir d'interprétation par Karlsruhe. En effet, en dehors du cas de constat de dépassement de compétence qu'elle se réserve dans un cas extrême, elle s'arrange dans différents autres arrêts pour se placer sur un autre champ de contrôle que l'*ultra vires*, à

<sup>258</sup> Aff.C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik*, pts.28 et s. (*Ibid.*, pt.24).

<sup>259</sup> *Ibid.*, pts.16-17.

<sup>260</sup> "*La Cour constitutionnelle fédérale statue sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux*".

<sup>261</sup> CJCE, 11 novembre 2005, *Mangold*, aff.C-144/04, *Rec.*2005 p. I-9981.

<sup>262</sup> BAGE 118, 76 (pp.84 et s.) rapporté par la Cour constitutionnelle BVerfGE 126, 286 (pt. 37). Voir pour une reproduction de la décision (*NZA*, 2006, pp.1162 et s.).

<sup>263</sup> Rapporté par la Cour constitutionnelle BVerfGE 126, 286 (pt 35). Voir sur le contenu de la jurisprudence *Mangold* et les débats concernant le fond partie II chap.I sect.I §3 B 2).

<sup>264</sup> BVerfGE 126, 286 (pt. 42).

savoir l'identité constitutionnelle, et plus précisément le principe de démocratie, et pour rester toujours en deçà d'une déclaration de contrariété d'un acte européen afin de conserver un large contrôle sur l'interprétation du droit en cause dans les litiges (4).

### 1) *L'affirmation du principe de coopération avec la Cour de justice<sup>265</sup> et ses implications*

498. La Cour constitutionnelle réaffirme toute d'abord que la primauté du droit de l'Union européenne est la garantie de son efficacité et que l'art.23§1 LF permet de la reconnaître<sup>266</sup>. Puis, elle rappelle que si la reconnaissance au profit des juges nationaux d'un pouvoir de juger de la validité d'un acte européen peut constituer un danger pour l'application uniforme du droit de l'UE, un renoncement complet à tout contrôle *ultra vires* signifierait le risque d'un exercice de compétence par les institutions européennes dépassant le cadre posé par les traités<sup>267</sup>. C'est dans la suite de l'arrêt que la différence avec sa décision *Lisbonne* est à chercher. Elle ajoute que "*les situations de tensions sont à concilier avec l'idée européenne d'intégration avec un esprit de coopération, et à désamorcer par un respect mutuel*"<sup>268</sup>, et souligne à cet égard que "*le contrôle ultra vires peut seulement être exercé dans un esprit de respect du droit de l'UE (europarechtsfreundlich)*" et de façon mesurée<sup>269</sup>. Restait donc à savoir ce qu'il en était de l'instrument privilégié de la collaboration entre juridictions nationales et CJUE, à savoir le renvoi préjudiciel qui permet, à défaut pour l'UE de disposer d'un pouvoir de contrainte, d'assurer une application uniforme de son droit.

Il est intéressant à cet égard de replacer dans une perspective comparée cette question du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Son principe est admis par de plus en plus de juridictions constitutionnelles d'Etats membres de l'UE. Ainsi, les Tribunaux constitutionnels espagnol et portugais saisissent la CJCE de leur première question préjudicielle respectivement en 1990 et 1993<sup>270</sup>. Puis, la Cour d'arbitrage belge, dénommée Cour constitutionnelle depuis 2007, effectue un renvoi en 1997<sup>271</sup>. Le Tribunal constitutionnel autrichien l'a suivi de près en rendant sa première ordonnance de renvoi en 1999<sup>272</sup>. La Cour constitutionnelle italienne, quant à elle, a, après avoir considéré qu'elle ne constituait pas une juridiction au sens de la jurisprudence de la Cour de justice, opéré un revirement de jurisprudence et saisi la Cour de justice de ses premières questions préjudicielles en 2008<sup>273</sup>. Elle y résume l'enjeu du renvoi par le juge constitutionnel en indiquant que "*dans le cadre des jugements de constitutionnalité par voie*

<sup>265</sup> Pour faciliter ce nécessaire dialogue se sont développés de nombreux réseaux notamment entre juridictions à l'instar du *Réseau judiciaire européen en matière pénale* créé en 1998 et du *Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale* créé en 2001 (Action commune du Conseil n°98/428 du 29 juin 1998, *JOCE*, n°L 191 du 7 juillet 1998 et Décision du Conseil n°2001/470 du 28 mai 2001, *JOCE*, n°L 174 du 7 juin 2001 (citées par KOMBILA (H.), Les principes constitutionnels face au droit communautaire, l'Union dans la diversité de l'identité constitutionnelle européenne, *VIIe Congrès de l'AFDC*, p.26 :

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/KombilaH1.pdf>). Voir aussi sur la question de la coopération entre juridictions constitutionnelles et CJUE : *infra* sect.II §2 D. 1).

<sup>266</sup> BVerfGE 126, 286 (pt. 53).

<sup>267</sup> *Ibid.*, pt. 56.

<sup>268</sup> *Ibid.*

<sup>269</sup> *Ibid.*, pt. 58.

<sup>270</sup> Décision n°163 du Tribunal constitutionnel portugais du 23 mai 1990, *Diario da Republica*, II, 18 octobre 1991, n° 240, pp. 10430 et suiv ; Décision 111/1993 du Tribunal constitutionnel espagnol, STC 25 mars 1993, *La ley*, 1993, p. 113 (citées par ROUDIER (K.), L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : le dialogue direct entre les juges finalement instauré, *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Paris, 25- 27 septembre 2008, p.2 note 6 :

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/RoudierTXT.pdf>).

<sup>271</sup> Réponse de la Cour : CJCE, 16 juillet 1998, aff.C-93/97, *Rec.*1998 p.I-4837.

<sup>272</sup> Réponse de la Cour : CJCE, 8 novembre 2001, aff.C-143/99, *Rec.*2001 p.I-8365.

<sup>273</sup> Réponse de la Cour : CJCE, 17 novembre 2009, aff.C-169/08, *Rec.*2009 p.I-10821.



*principale*", elle est "l'unique juge appelé à se prononcer sur l'objet du litige" et que "ne pas admettre dans le cadre de tels procès le renvoi préjudiciel de l'article 234 du traité CE impliquerait une atteinte inacceptable de l'intérêt général que représente l'application uniforme du droit communautaire, lequel est interprété par la Cour de justice"<sup>274</sup>.

En Allemagne, si la Cour constitutionnelle avait reconnu être soumise au respect des décisions préjudicielles de la CJCE<sup>275</sup>, elle n'avait pas clairement affirmé qu'elle opèrerait elle-même des renvois préjudiciels<sup>276</sup>. A la suite de sa décision *Lisbonne*, et face au nombre potentiellement important de recours *ultra vires*, un appel avait été lancé en août 2009 par un ensemble de personnalités allemandes du monde du droit pour l'introduction d'une obligation expresse de renvoi préjudiciel pour la Cour constitutionnelle dans le cas où une question d'interprétation des traités européens ou de validité du droit dérivé se poserait<sup>277</sup>. Il pouvait être avancé, come le souligne la CJCE dans une note explicative concernant le renvoi préjudiciel, qu'y recourir permet d' "*indiquer succinctement son point de vue sur la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel*"<sup>278</sup> et donne ainsi la possibilité de d'influer sur l'interprétation du droit européen qu'elle donne dans ses arrêts<sup>279</sup>. Cet esprit de collaboration était d'ailleurs également évoqué par une partie des auteurs qui défendaient le principe d'un contrôle *ultra vires* large. Ces derniers considéraient que même dans le cas où, comme ils l'estimaient, la jurisprudence *Mangold* la Cour constitutionnelle qualifierait d' "*acte juridique d'empiètement*", elle pourrait toujours saisir la Cour de justice afin de savoir si cette dernière maintenait sa jurisprudence<sup>280</sup>, et tenter un ultime rapprochement de leurs positions.

Karlsruhe répond à cette attente de coopération juridictionnelle par sa décision *Honeywell*. Elle y énonce qu'elle doit donner à la CJUE la possibilité de se prononcer sur l'interprétation du droit de l'UE et la validité des actes des institutions de l'UE avant de déclarer un acte *ultra vires*<sup>281</sup>, laissant au dialogue une chance afin d'éviter un conflit dangereux pour l'UE. Même si elle n'affirme pas explicitement se soumettre à l'obligation de renvoi préjudiciel, il est néanmoins possible de déduire de la nécessité de laisser au juge européen la possibilité de donner son interprétation dans le cas où un acte européen de droit dérivé contesté pour son caractère *ultra vires* n'aurait pas fait l'objet d'une appréciation par la CJUE.

**499.** La Cour limite toutefois les cas où elle devrait effectuer un tel renvoi préjudiciel en rappelant aux juridictions allemandes de dernier ressort le cadre de leur obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice ainsi que la possibilité de sanctionner la violation de cette obligation.

<sup>274</sup> Pt.8.2.8.3 de l'ordonnance n°102 du 15 avril 2008 (cité par ROUDIER (K.), *L'évolution...*(*op.cit.* note 270), pp.7-8).

<sup>275</sup> BVerfGE 52, 187 (2<sup>e</sup> sénat 25 juillet 1979 *Vielleicht*) (p.201, pt.31) et *Solange I* (p.282; pt.49).

<sup>276</sup> Dans sa décision *Vielleicht*, elle indiquait qu'il n'y avait pas d'obligation de poser une question préjudicielle étant donné que la jurisprudence applicable à l'affaire était suffisamment claire, laissant supposer qu'elle se voyait soumise à l'obligation de renvoi préjudiciel à la CJCE (BVerfGE 52, 187 (p.201, pt.32)). Mais elle ne l'avait pas indiqué expressément.

<sup>277</sup> PERNICE (I.), MAYER (F.), et al., Aufruf zur Einführung einer ausdrücklichen Vorlageverpflichtung des BverfG, août 2009 : [whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf](http://whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf) (consulté en septembre 2010)

<sup>278</sup> CJCE, Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales, *JOCE* 2005/C-143/01, pt. 23.

<sup>279</sup> Voir en ce sens au sujet de la Cour constitutionnelle italienne : ROUDIER (K.), *L'évolution...*(*op.cit.* note 270), p.14.

<sup>280</sup> GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), *Mangold...* (*op.cit.* note 229), p.65.

<sup>281</sup> BVerfGE 126, 286 (pt. 60).

## 2) La sanction de la violation de l'obligation de renvoi à la CJUE

**500.** La Cour constitutionnelle avait affirmé dès un arrêt *Milchpulver* de 1971 que les actes des institutions européennes, y compris les décisions de la CJCE étaient à respecter par les pouvoirs publics allemands<sup>282</sup>. Mais c'est dans sa jurisprudence ultérieure, rappelée dans sa décision *Honeywell*, qu'elle précise les conséquences d'une violation de l'obligation de renvoi préjudiciel. Dans un arrêt *Solange II* de 1986, Karlsruhe montre sa volonté de faire respecter le droit de l'UE en reconnaissant que la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel à la CJCE constitue une violation de l'art.101§1 al.2 LF en vertu duquel "*nul ne doit être soustrait à son juge légal*", la Cour de justice étant juge légal au sens de cette disposition<sup>283</sup>. Elle le réaffirme ensuite dans un arrêt *Absatzfonds* de 1990<sup>284</sup>. Enfin, dans une décision *Kloppenburger* de 1987<sup>285</sup>, elle délimite les contours de cette obligation et reconnaît pour la première fois sa violation sur la base de l'art.101§1 al.2 LF. En l'espèce, la Cour fédérale des finances avait refusé d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice sur les effets de la 6<sup>e</sup> directive TVA. La Cour constitutionnelle indique que la Cour fédérale des finances pouvait contester l'interprétation de la CJCE, mais que comme les dispositions de la directive étaient déterminantes pour la résolution du litige qu'elle devait résoudre, elle aurait dû saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en lui faisant part de ses doutes sur sa jurisprudence<sup>286</sup>. Partant de cette décision, la Cour rappelle dans son arrêt *Honeywell* les cas dans lesquels un refus de renvoi est sanctionnable sur la base de l'art.101§1al.2 LF<sup>287</sup> : dans l'hypothèse d'un refus de renvoi en dépit du doute dans l'esprit du juge sur l'interprétation d'une disposition du droit de l'UE ayant un effet prépondérant sur la décision, dans le cas d'une dérogation à la jurisprudence de la CJUE, et dans le cas où, en présence de plusieurs interprétations possibles des normes européennes applicables, la juridiction ne propose pas une solution raisonnable<sup>288</sup>. Pour apprécier ces hypothèses, le contrôle opéré par la Cour constitutionnelle se fait sur la base du dépassement arbitraire de sa marge d'appréciation par la juridiction à laquelle il est reproché de ne pas avoir effectué de renvoi préjudiciel<sup>289</sup>. En l'espèce, malgré l'existence de plusieurs interprétations dans la doctrine, la Cour conclut que la solution du tribunal était raisonnable<sup>290</sup>.

Le juge Landau estime au contraire dans son opinion dissidente que le Tribunal fédéral du travail aurait dû poser une question préjudicielle à la CJUE faisant état de ses scrupules sur la jurisprudence *Mangold*, et demander s'il était possible de limiter l'application de cette jurisprudence dans le temps<sup>291</sup>. Il poursuit certes qu'en cas de maintien de sa jurisprudence, qu'il estime *ultra vires*, le Tribunal fédéral du travail aurait alors dû poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle demandant d'étudier le caractère d'acte *ultra vires* de cette jurisprudence<sup>292</sup>. Mais même si le juge Landau diffère sur le fond de la solution rendue par la majorité, il partage tout de même l'exigence de coopération étroite avec la CJUE ainsi que le principe de la *priorité* d'interprétation laissée à la juridiction européenne.

## 3) Une large marge d'appréciation laissée à la Cour de justice

**501.** Les occurrences des termes relevant du champ sémantique du dialogue et du respect de la

<sup>282</sup> BVerfGE 31, 145 (2<sup>e</sup> sénat 9 juin 1971 *Milchpulver*) (pp.174-175, pt.95).

<sup>283</sup> BVerfGE 73, 339 (pt. 75) (cité dans BVerfGE 126, 286 (pt.88)).

<sup>284</sup> BVerfGE 82, 159 (2<sup>e</sup> sénat 31 mai 1990 *Absatzfonds*) (pt.131).

<sup>285</sup> BVerfGE 75, 223 (2<sup>e</sup> sénat 8 avril 1987 *Kloppenburger*).

<sup>286</sup> BVerfGE 75, 223 (pt. 62).

<sup>287</sup> BVerfGE 126, 286 (pt. 88).

<sup>288</sup> *Ibid.*, pt. 90.

<sup>289</sup> *Ibid.*, pt. 89.

<sup>290</sup> *Ibid.*, pt. 92.

<sup>291</sup> *Ibid.*, pt. 115.

<sup>292</sup> *Ibid.*, pt. 116.



CJUE sont, au-delà de la question du renvoi préjudiciel, également extrêmement nombreuses dans cette décision concernant l'autonomie laissée au juge européen quant à son interprétation du droit de l'UE.

**502.** Christian Callies proposait de distinguer entre le développement jurisprudentiel du droit (*richterliche Rechtsfortbildung*), admissible, et la pure création juridique, interdite<sup>293</sup>. Une partie de la doctrine soutenait même à partir de l'art.220 CE<sup>294</sup> non seulement que la Cour de justice avait la compétence de développement du droit de l'UE par le biais de son interprétation, mais encore que de potentielles erreurs d'interprétation devaient être acceptées<sup>295</sup>. Il était toutefois rétorqué par d'autres auteurs que, si dans le cas des droits fondamentaux une exigence de répétition de la violation pouvait être posée comme condition à un contrôle par la Cour constitutionnelle, car l'Union européenne agissait alors dans les limites de ses compétences, tel ne pouvait être le cas d'un dépassement desdites compétences<sup>296</sup>.

Dans l'arrêt *Honeywell*, il était reproché au tribunal fédéral du travail d'avoir conclu que la jurisprudence *Mangold* s'inscrivait dans la marge de "*développement du droit*" de la Cour de justice<sup>297</sup>. Les voix critiques reconnaissaient certes que la loi de ratification des traités européens interdisait aux juges allemands de conclure de façon trop légère que la CJCE avait dépassé ses compétences, elles estimaient que, dans l'espèce, les nombreuses incriminations à l'encontre de l'affaire *Mangold* aurait néanmoins dû pousser le Tribunal fédéral à poser la question de la compétence de la CJCE à la Cour constitutionnelle<sup>298</sup>.

Face au dilemme entre le risque d'une jurisprudence trop stricte portant atteinte à l'unité de l'ordre juridique européen, et la légitimité démocratique d'une sanction d'un acte dépassant les compétences attribuées à l'UE, Karlsruhe a finalement choisi la voie d'une large marge d'action de la CJUE, alors que ses décisions antérieures semblaient privilégier une lecture large du principe démocratique<sup>299</sup> en combinaison avec le principe de souveraineté. Après avoir fait référence à la légitimité des développements jurisprudentiels du droit, la Cour constitutionnelle en précise les limites<sup>300</sup>. Elle énonce tout d'abord la nécessité de respecter les méthodes d'interprétation propres de l'Union européenne qui tiennent compte du "*caractère particulier (Eigenart) des traités et de leurs buts*", puis, et c'est l'apport sur ce point de la décision *Honeywell*, elle ajoute que des erreurs de la part de la CJUE doivent être acceptées<sup>301</sup>. Karlsruhe rejoint ainsi sur ce second point l'interprétation susmentionnée de la partie de la doctrine allemande donnant la plus grande marge à la Cour de justice, et elle renvoie d'ailleurs à plusieurs références d'articles écrits par ces auteurs<sup>302</sup>. Selon cette perspective, la Cour

<sup>293</sup> CALLIÉS (C.), Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, *NJW*, 2005, pp.149 et s.

<sup>294</sup> Disposition non reprise par le Traité de Lisbonne qui affirmait que "*la Cour de justice et le Tribunal de première instance assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité*".

<sup>295</sup> En ce sens : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.356 ; FISCHER (M.), Grundfreiheiten, direkte Steuern und nationale Kompetenzgrenzen, *JZ*, 2007, p.1027 ; KOENIG (C.), HARATSCH (A.), *Europarecht*, 5. Auflage, Tübingen, 2006, pt.129. WEH (W.), *Vom Stufenbau zur Relativität. Das Europarecht in der nationalen Rechtsordnung*, Wien, 1997, p.138 ; HUBER (P.), *Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung*, *AöR*, 1991, n°116, p.219.

<sup>296</sup> GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), *Mangold...* (*op.cit.* note 229), p.64.

<sup>297</sup> Rapporté par la Cour constitutionnelle BVerfGE 126, 286 (pt. 35).

<sup>298</sup> GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), *Mangold...* (*op.cit.* note 229), p.61.

<sup>299</sup> Voir sur ce dilemme : FOLZ (H.), *Demokratie...*(*op.cit.* note 232), notamment p.396.

<sup>300</sup> BVerfGE 126, 286 (pt.s 62-63).

<sup>301</sup> *Ibid.*, pt. 66.

<sup>302</sup> *Ibid.*, pt.s 60-61. Elle rejoint également Gunter HIRSCH quand il indiquait que la CJCE avait la compétence pour déterminer en dernier ressort la compétence d'action de l'UE, sauf si elle faisait une interprétation du droit de l'UE dépassant le cadre de compétence des traités de manière manifeste et grave



constitutionnelle n'a pas à se prononcer sur l'interprétation donnée par la CJUE dans les cas où des décisions donneraient des résultats distincts, ni dans le cas d'interprétations erronées ponctuelles des traités qui n'entraîneraient pas de "*déplacement important dans la structure des compétences*" ni d'atteinte à des droits fondamentaux<sup>303</sup>. En résumé, le principe est le respect de l'interprétation du droit de l'UE donnée par la CJUE, l'exception de la constatation d'acte *ultra vires* dans le cas d'une interprétation "*manifestement contraire*" aux limites de compétence de l'UE posées dans les Traités européens. En l'espèce, elle considère que l'interprétation de la CJUE dans l'arrêt *Mangold* ne constitue pas une violation manifeste par la CJUE de sa marge de manœuvre, aucun des éléments de cette jurisprudence n'ayant entraîné de déplacement de compétence au détriment des Etats membres<sup>304</sup>.

Dans son opinion dissidente, le juge Landau relève tout d'abord que la possibilité de réviser les traités est, en réalité, purement théorique en raison des difficultés d'une prise de décision à 27, et qu'aucune procédure de révision simplifiée afin de modifier une jurisprudence de la Cour de justice n'est prévue<sup>305</sup>. Concernant le cadre général présenté par la Cour constitutionnelle, il estime qu'il restreint trop la portée du recours *ultra vires* en n'exigeant pas seulement une violation "*manifeste*", mais également un "*déplacement significatif dans la structure des compétences*"<sup>306</sup>. Il considère notamment qu'une accumulation de petites extensions conduit à un déplacement significatif et se réfère pour l'illustrer aux extensions ayant résulté de l'interprétation des bases juridiques destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur<sup>307</sup>.

La position de Karlsruhe se justifie pourtant. En effet, ses membres sont conscients des conséquences d'une décision concluant à l'atteinte au principe d'attribution des compétences, à savoir la nécessité d'une modification des traités dans le meilleur des cas, alors que la lourdeur de la procédure a déjà été mentionné, et dans le pire une nécessité d'adoption d'une nouvelle Constitution en Allemagne si le dépassement de compétence constitue en outre une violation du principe démocratique qui est en vertu de l'art.79§3 LF intangible<sup>308</sup>. De même qu'elle a toujours réussi à opérer une interprétation conforme des lois constitutionnelles au regard des dispositions intangibles de la Loi fondamentale<sup>309</sup>, le Cour constitutionnelle s'autolimité dans le contrôle opéré de la jurisprudence de la CJUE. Dans les deux cas, elle met en garde contre toute violation des principes posés mais fait preuve de la souplesse nécessaire au bon fonctionnement du système dans le cadre du contrôle concret. Tant que la Cour de justice saura tenir compte de ces mises en garde, il ne devrait pas y avoir de conflit.

#### 4) Une direction néanmoins conservée par Karlsruhe

**503.** Ouverture et dialogue ne signifient cependant pas soumission. Un certain nombre d'arrêts rendus par la Cour constitutionnelle permettent d'illustrer qu'elle entend conserver un large contrôle sur l'interprétation du cadre juridique lors de saisines portant pourtant largement sur des questions de dépassement de compétence.

**504.** Une illustration est donnée de ce comportement par un arrêt de 2010 concernant la loi de transposition de la directive 2006/24 sur la conservation de données par les fournisseurs de services de communications électroniques<sup>310</sup> dans lequel la Cour rejette une demande de renvoi

---

(Europaischer...(*op.cit.* note 226), p.2463 et p.2466).

<sup>303</sup> BVerfGE 126, 286 (pt. 66).

<sup>304</sup> *Ibid.*, pt. 68 et pt.71.

<sup>305</sup> Voir pour une proposition en ce sens : FOLZ (H.), *Demokratie...*(*op.cit.* note 232), pp.388 et s..

<sup>306</sup> BVerfGE 126, 286 (pt.s 102-103).

<sup>307</sup> Voir sur cette jurisprudence : *infra* partie II chap.I sect.I §2 B 1).

<sup>308</sup> Voir *infra* sur ce point : sect.II §2 A 2).

<sup>309</sup> Voir *infra* : sect.II §1 B 3).

<sup>310</sup> BVerfGE 125, 260 (1<sup>er</sup> sénat 2 mars 2010 *Vorratsdatenspeicherung*)



préjudiciel en appréciation de validité de la directive<sup>311</sup>. Elle affirme tout d'abord que l'obligation de conservation des données qu'elle pose n'est pas en soi contraire aux droits fondamentaux inclus dans la Loi fondamentale. Ensuite, elle indique devoir laisser une marge de manœuvre suffisante au législateur pour organiser ladite conservation. Si l'invalidité est écartée, un jugement indirect de la directive est néanmoins exercé<sup>312</sup>. La Cour constitutionnelle relève en effet de façon incidente que le délai de six mois pour la conservation des données posé par la loi de transposition correspond à la durée maximale pouvant être considérée comme conforme au principe de proportionnalité, considérant que c'est l'ultime limitation pouvant être imposée au regard de l'art.10 LF qui pose le principe de secret des télécommunications<sup>313</sup>, alors que la directive visait ce délai de six mois comme le bas de la fourchette au sein de laquelle elle imposait aux Etats de se situer. Elle énonce en outre des limites à la conservation des données qui doivent être respectées à peine de porter atteinte à l'identité constitutionnelle allemande, mettant en garde contre toute extension de la réglementation sur la conservation des données qui conduirait à lui faire perdre son caractère exceptionnel<sup>314</sup>. Si ces deux points pouvaient appeler une clarification par le biais d'un renvoi préjudiciel, elle préfère éviter ce qui pouvait aboutir à une confrontation avec la Cour de justice<sup>315</sup>.

Reconnaître la validité de la directive tout en mettant en garde les institutions européennes, permet à la Cour de conserver une influence là où une question préjudicielle la forçait soit à se soumettre à la réponse de la CJUE, soit à déclencher une crise avec cette dernière. Dans le cas de l'arrêt *Honeywell*, elle interprète une jurisprudence de la CJUE. Cette position en aval lui a permis de se prononcer librement et dans le cas où elle aurait considéré qu'un problème véritable existait, elle aurait toujours pu saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel pour tenter une ultime médiation. Au contraire, dans l'affaire de 2010, elle se prononce en amont. Ecarter la question *ultra vires* pouvait ici apparaître comme la solution laissant à la Cour le plus de liberté.

**505.** De même, la Cour constitutionnelle se place sur le terrain du contrôle d'identité dans le cas de l'arrêt de septembre 2011 *Eurorettungsschirm*, elle écarte très rapidement tous les moyens relatifs au caractère *ultra vires* de plusieurs lois qui visaient indirectement des textes européens, ainsi que des décisions d'achat de dettes publiques sur le marché secondaire par la BCE<sup>316</sup>. Puis, elle contrôle les lois en cause au regard du principe démocratique. Si elle aboutit à une conclusion qui ne l'oblige pas à saisir la CJUE, puisqu'elle ne met en cause aucun acte européen, elle impose un cadre strict d'exercice du contrôle démocratique par le Parlement<sup>317</sup>.

**506.** Il est toutefois à noter concernant son arrêt en référé de septembre 2012 sur le mécanisme

---

<sup>311</sup> *Ibid.*, pts.185-187.

<sup>312</sup> Souligné par : HANF (D.), Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt "rétention des données" et de la décision "Honeywell" du BVerfG, *CDE*, 2010, n° 3-4, pp.525-526. L'auteur indique que même si une marge de manœuvre des Etats était laissée en matière de sécurité des données par la directive qui indique dans son article 7 ne poser que des principes minimaux à respecter, la Cour impose des exigences si précises qu'elles peuvent apparaître contraires à l'objectif de la directive de réduction des entraves au marché intérieur des communications électroniques (*Ibid.*)

<sup>313</sup> BVerfGE 125, 260 (pt.215)

<sup>314</sup> *Ibid.*, pt.218.

<sup>315</sup> En ce sens : HANF (D.), Vers une précision... (*op.cit.* note 312), p.531.

<sup>316</sup> BVerfGE 129, 124 (2<sup>e</sup> sénat 7 septembre 2011 *Eurorettungsschirm*). Les lois concernées étaient des lois d'habilitation du gouvernement, d'une part à voter en faveur de l'établissement du mécanisme européen de stabilité financière, d'autre part à ratifier le traité créant le fonds européen de stabilité financière. Voir sur la problématique et la réponse de la Cour : DECHATRE (L.), La décision de Karlsruhe sur le mécanisme européen de stabilité financière : une validation sous condition et une mise en garde sibylline pour l'avenir, *CDE*, 2011, n°1, pp.323-335.

<sup>317</sup> Cf. *Infra* sect.II §2 B 2).



européen de stabilité permanent<sup>318</sup>, qu'elle a indiqué, à la différence de ce qui était le cas lors du recours jugé en 2011, qu'elle allait étudier le recours concernant différentes décisions de la BCE, dont celles de l'achat de dettes d'Etats sur le marché secondaire au regard du reproche de dépassement de compétence. Elle rappelle à cet égard dans l'arrêt que l'interdiction d'achats directs de dettes d'Etat par la BCE posée à l'art.123 TFUE est un élément essentiel de la communauté de stabilité dont elle souligne à nouveau qu'il est un élément indispensable au respect du principe démocratique<sup>319</sup>. On se trouve en effet dans un cas où le contrôle *ultra vires* recoupe le contrôle d'identité tout comme c'était le cas dans l'arrêt de 2011. La BCE prépare déjà ses arguments en commun avec la Bundesbank car la Cour a cité dans son arrêt le règlement CE n° 3603/93 qui précise dans son considérant n°7 que les "*achats effectués sur le marché secondaire ne doivent pas servir à contournement de l'objectif poursuivi par cet article [123 TFUE]*", ce qui a été immédiatement interprété par l'un des requérants comme une reconnaissance que les achats de la BCE ont violé le droit de l'UE<sup>320</sup>. A cet égard, la conclusion en faveur de la validité a déjà été argumentée, notamment dans le cadre du recours contre le mécanisme provisoire<sup>321</sup> au regard de la jurisprudence présentée, et il apparaîtrait étonnant que la Cour se risque à conclure à la illégalité de ces achats au vu des enjeux. Il semble plutôt envisageable qu'elle donne une interprétation conforme, posant des limites préventives à la BCE de ce que l'Allemagne pourrait accepter. Dans le cas où un risque de violation des traités existerait, le Président de la Cour constitutionnelle, Andreas Voßkuhle, a indiqué dans une interview que la CJUE serait saisie d'un renvoi préjudiciel<sup>322</sup>.

## **Section II : L'obligation de respect de "l'identité " des Etats membres**

**507.** En dehors du conflit portant sur l'interprétation des compétences fédérales, il existe des possibilités de tension avec les Etats membres si les autorités fédérales portent atteinte à leur "identité".

Nous n'étudierons pas ici le cas de la suisse car le système fédéral mis en place en 1848 et surtout la pratique du compromis ont permis d'éviter des conflits relatifs au respect de l'identité des cantons, et que la problématique antérieure a déjà été évoquée. Par contre le contexte américain sera approfondi relativement à la question de l'esclavage, institution considérée comme essentielle par les Etats du Sud. Quant à l'Allemagne, elle ne sera pas évoquée pour les questions internes de respect de l'identité des Etats membres qui n'a pas posé en tant que telle de problème<sup>323</sup>, mais en tant qu'Etat membre de l'Union européenne en raison de la jurisprudence importante de sa Cour constitutionnelle relative au respect de l'identité constitutionnelle trouvant une expression à l'art.79§3 LF.

Avant d'étudier cette question de l'identité comme objet potentiel de tension avec les autorités fédérales (§2), il convient de préciser un autre point particulier à l'Union européenne, la question de la reconnaissance de l'existence ou non de limites matérielles juridiquement protégées au pouvoir de révision de la constitution dans les Etats membres. En effet, la réponse

<sup>318</sup> BVerfG, 2 BvR 1390 (2<sup>e</sup> sénat, 12 septembre 2012 *MES et traité sur la stabilité*) Il s'agit d'un arrêt rendu dans une procédure de référé mais pour lequel la Cour tout de même souhaité faire un contrôle semi-approfondi comme cela est possible dans le cas où le texte à étudié est un traité qui doit être ratifié afin d'éviter de conclure un engagement sur lequel l'Allemagne ne pourrait revenir (*Ibid.*, pts.192 et s.)

<sup>319</sup> *Ibid.*, pt.202 et pt.278

<sup>320</sup> EZB prüft geplante Anleihenkäufe auf Rechtsbruch, *Spiegel online*, 25 septembre 2012 : <http://www.manager-magazin.de/politik/artikel/0,2828,857728,00.html>.

<sup>321</sup> cf. sur ce point : DECHATRE (L.), La décision de Karlsruhe...(*op.cit.* note 316), pp.323-326

<sup>322</sup> L'Europe à l'épreuve des tribunaux, *Le Monde*, 1<sup>er</sup> octobre 2012 :

[http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/10/01/l-europe-a-l-epreuve-des-tribunaux\\_1768278\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/10/01/l-europe-a-l-epreuve-des-tribunaux_1768278_3232.html)

<sup>323</sup> C'est la volonté de dominer l'union fédérale allemande qui a poussé la Prusse à se retirer de la Confédération germanique et non un quelconque problème relatif au respect de son "identité". Cf. *supra* : chap.I sect.I §2 B 1) a).

à cette question a une influence sur la marge d'action des institutions européennes (§1).

### **§1. La variabilité de la protection de juridique de l'identité constitutionnelle**

**508.** En 1985, parmi les 142 constitutions écrites existant alors dans le monde, Marie-Françoise Rigaux en comptait 38 contenant des limites matérielles au pouvoir de révision constitutionnelle<sup>324</sup>, et en 2006 sur les 184 constitutions étudiées, 69 comportaient selon Chawki Gaddes de telles limites<sup>325</sup>.

Dans le cadre de l'UE, il est à noter qu'en dehors de la Loi fondamentale allemande<sup>326</sup>, d'autres textes constitutionnels incluent des limites matérielles au pouvoir de révision de la Constitution. Ainsi l'art.288 de la Constitution portugaise est expressément décrit comme "*limites matérielles de la révision*" et il inclut une liste extrêmement longue de ce que "*les lois de révision constitutionnelle doivent respecter*". La constitution grecque énonce de même en son art.110§1 que "*les dispositions de la Constitution peuvent faire l'objet d'une révision, à l'exception de celles qui déterminent la base et la forme du régime politique en tant que République parlementaire*" et de principes et droits inclus dans différents articles de la Constitution. Il est également à souligner que l'art.9§2 de la constitution tchèque interdit la révision des "*exigences essentielles pour un Etat démocratique régi par l'Etat de droit*" et que l'art.9§3 précise que "*les normes juridiques ne peuvent être interprétées comme autorisant quiconque à supprimer ou à mettre en jeu les fondements démocratique de l'Etat*". Enfin, l'art.89§4 de la Constitution française interdit d'effectuer une révision portant sur la forme républicaine du gouvernement.

Toutefois, de telles dispositions n'ont de portée que si une autorité est chargée de les faire respecter. A cet égard, plusieurs juridictions constitutionnelles se sont reconnues compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles<sup>327</sup>. Ainsi, la Cour suprême chypriote a par une décision du 9 avril 1986 procédé à un tel contrôle et déclaré la loi constitutionnelle en cause d'inconstitutionnelle<sup>328</sup>. Dans une décision du 16 décembre 1992, elle

<sup>324</sup> RIGAUX (M.-F.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p.45.

<sup>325</sup> GADDES (C.), Pouvoir constituant et limites matérielles au pouvoir de révision de la constitution, in : *Le pouvoir constituant aujourd'hui*, Cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel, Tunis, 16-17 novembre 2006, p.5 : [http://www.atdc.org.tn/contributions/Gaddes\\_limites.pdf](http://www.atdc.org.tn/contributions/Gaddes_limites.pdf).

<sup>326</sup> Les rédacteurs de la Loi fondamentale ont puisé dans la doctrine de Smend et Heller (Voir : SIMARD (A.), L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la « démocratie militante » en R.F.A., *Jus Politicum*, n°1, juillet 2008, p.13 et 19 : <http://www.juspoliticum.com>), mais aussi repris le principe d'une limitation matérielle du pouvoir de révision de la doctrine de Schmitt (Voir en ce sens les mémoires de l'ancien membre de la Convention d'Herrenchiemsee et du Conseil parlementaire SPD Carlo SCHMID (*Erinnerungen*, Scherz Verlag, 1979, p. 335), même si l'influence de Schmitt n'est pas toujours reconnue en raison de son caractère controversé déjà indiqué (souligné par : KLEIN (C.), "the Eternal Constitution" – contrasting Hans Kelsen and Carl Schmitt, in : DINER (D.), STOLLEIS (M.) (éd.), *Hans Kelsen and Carl Schmit. A juxtaposition*, Blecher Verlag, Gerlingen, 1999, p.62 ; EVERS (H.-U.), artikel 79 GG, in : DOLZER (R.), WALDHOFF (C.), GRABHOF (K.) (Hrsg), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1982, p.31)). Par ailleurs l'existence de dispositions intangibles dans les constitutions des Länder, à l'exception du Wurtemberg-Hohenzollern (*Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision*, dissertation.de, Berlin, 2004, pp.121-124), a été avancé au soutien de l'introduction de telles dispositions dans la future Loi fondamentale lors de ses débats préparatoires.

<sup>327</sup> Voir pour une présentation ramassée des débats qui ont eu lieu au sein de la doctrine allemande et qui se poursuivent au sein de la doctrine française quant à l'existence de limites matérielles au pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois et à la nécessité pour la juridiction constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles à leur égard : DECHATRE (L.), L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France, in : LAGRANGE (E.), HAMMAN (A.), SOREL (J.-M.), *Si proche...*(*op.cit.* note 8), pp.59-63.

<sup>328</sup> Recours n°1/1986, 3 *Cyprus Law Reports*, p.1439 (cité par : PAPASAVVAS (S.), Révision de la Constitution



réaffirme solennellement qu' "*une loi qui modifie la Constitution est soumise au contrôle de constitutionnalité de la Cour tout comme une loi ordinaire*"<sup>329</sup>. La Cour constitutionnelle italienne s'est également déclarée "*compétente pour statuer sur la conformité des lois de révision constitutionnelle et des autres lois constitutionnelles aux principes suprêmes de l'ordre constitutionnel*" dans une décision du 29 décembre 1988<sup>330</sup>, affirmant que "*la Constitution italienne cont[enait quelques principes suprêmes qui ne p[ouvai]ent être renversés ou modifiés dans leur contenu essentiel même pas par une loi de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles*"<sup>331</sup>. Mais c'est sur le cas allemand que l'on s'arrêtera plus longuement, car c'est là que la Cour constitutionnelle est la plus exigeante et où il y a donc potentiellement plus de risques de tensions avec l'Union européenne (A).

A l'opposé de son homologue allemand, le juge constitutionnel français offre une protection juridictionnelle très limitée à l'identité constitutionnelle puisqu'il se déclare incompétent concernant le contrôle de la constitutionnalité aussi bien des lois référendaires, que des lois constitutionnelles (B).

Enfin, un certain nombre d'Etats membres connaissent un système intermédiaire dans lequel la juridiction constitutionnelle est chargée d'assurer que le respect de la distinction entre deux procédures de révision constitutionnelle réparties en fonction de l'importance des éléments qui sont à modifier (C).

## **A. Le cas allemand d'une forte protection juridique de l'identité constitutionnelle**

**509.** La Cour constitutionnelle contrôlant la constitutionnalité des lois constitutionnelles (1), une constatation de contrariété à l'art.79§3 LF traduisant l'identité constitutionnelle allemande entraînerait la nécessité de recourir au pouvoir constituant originaire pour surmonter sa décision (2). Karlsruhe s'autolimite toutefois classiquement dans son interprétation des cas pouvant constituer une atteinte aux éléments contenus dans cette disposition (3).

### ***1) L'existence d'un contrôle juridique des lois constitutionnelles***

**510.** Dès une décision de 1951, la Cour constitutionnelle affirme que le statut de disposition constitutionnelle ne suffit pas seul à exclure la possibilité de sa nullité. En effet, elle indique qu' "*il y a des principes constitutionnels, qui sont à ce point élémentaires et sont tellement l'expression d'un droit préexistant à la Constitution qu'ils lient le législateur constitutionnel lui-même et que les autres dispositions constitutionnelles auxquelles ce rang n'est pas attribué peuvent être nulles du fait de leur violation*"<sup>332</sup>. Mais c'est dans une décision de 1953 qu'elle se

---

et justice constitutionnelle, Rapport chypriote, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, p.35-54).

<sup>329</sup> PAPANAVVAS (S.), *Ibid.*, p.49. Voir aussi sur ces éléments : ID., *La justice constitutionnelle à Chypre*, Paris, Economica, PUAM, 1998, p. 155 et s.

<sup>330</sup> Décision n°1146 : *Giurisprudenza costituzionale*, Partie première, 6, Année XXXIII - 1988, Fascicule 10, pp.5565-5570 (cité et traduit par GÖZLER (K.), *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1997, p.496. L'auteur note qu'antérieurement, la Cour constitutionnelle avait déjà procédé à un tel contrôle de la constitutionnalité, relevant que notamment dans une décision du 22 janvier 1970 elle avait déclaré inconstitutionnels plusieurs articles du Statut ayant valeur constitutionnelle d'une des régions italiennes (*Giurisprudenza costituzionale*, p.5569 cité par GÖZLER (K.), *Ibid.*, p.496). Voir aussi : SPECCHIA (M.), Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées, *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, p.16 : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/CalamoTXT.pdf>.

<sup>331</sup> LUCIANI (M.), La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux, Rapport italien, Trad. de GENEVOIS (B.), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. VI, 1990, p.170. Voir aussi : SPECCHIA (M.), *Ibid.*, p.170.

<sup>332</sup> BVerfGE 1, 14 (2e sénat 23 octobre 1951 *Südweststaat*) (pt.77). Karlsruhe cite ici la position de la Cour



prononce expressément sur la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le cadre d'une saisine préjudicielle<sup>333</sup>. La Cour souligne la nécessité d'assurer l'effectivité des limites matérielles posées au pouvoir de révision de la Constitution à l'art.79§3 LF. Puis, elle constate une absence d'interdiction de principe<sup>334</sup>. Enfin, elle justifie son habilitation à l'effectuer en faisant une lecture systémique et téléologique de la Loi fondamentale<sup>335</sup>. Elle relève que l'art.79 se situe dans un VII intitulé "*la législation de la fédération*" et que le terme "*loi*" y est employé pour viser la modification de la Loi fondamentale. Puis elle le lit à l'aune du pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois qui lui est confié et qui ne précise pas le type de loi visé. Enfin, pour justifier son attribution d'un monopole dans l'invalidation de lois constitutionnelles, elle indique que si d'autres juridictions allemandes avaient un tel pouvoir, il y aurait une atteinte plus importante au pouvoir de révision constitutionnelle.

**511.** Quant à l'interprétation de l'art.79§3 LF, la Cour a précisé dans une décision *Abhörurteil* de 1970<sup>336</sup> qu'il posait une simple interdiction de l'abandon de ces principes dans leur fondement même, et qu'au-delà il était possible de les modifier pour tenir compte de situations particulières<sup>337</sup>. Elle énonce par ailleurs dans cet arrêt que l'art.79§3 LF doit ainsi être interprété "*comme une disposition d'exception qui ne doit pas conduire à ce que le législateur soit empêché de modifier par des lois constitutionnelles des éléments même essentiels des principes constitutionnels*"<sup>338</sup>. En effet, la Cour rappelle que "*l'article 79 III LF a pour but d'empêcher qu'une modification de la constitution légale au plan formel puisse supprimer les fondements de l'ordre juridique constitutionnel en vigueur, notamment qu'une évolution légale vers un régime totalitaire puisse avoir lieu*"<sup>339</sup>. Michael Sachs estime que les expressions employées dans cette décision, interdiction "*d'un abandon de principe* (prinzipielle Preisgabe)" et simple nécessité qu'*"il soit tenu compte en général"* de ces principes<sup>340</sup>, peuvent induire en erreur sur la portée de l'intangibilité des principes visés, et renvoie à des arrêts dans lesquels la Cour donne une interprétation plus large des interdictions d'atteinte à ces principes<sup>341</sup>, à l'instar de la décision *Bodenreform* de 1991<sup>342</sup>. Dans cette décision, la Cour indique que "*l'article 79 III LF exige seulement que les principes qui y sont inscrits ne soient pas touchés*" ("*nicht berührt werden*")<sup>343</sup>. Prenant une perspective globale de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, Michael Sachs considère que le verbe "*toucher*" (berühren) doit se comprendre ici comme synonyme de "*modification essentielle*", et renvoie au surplus au soutien de cette interprétation aux travaux préparatoires de la Loi Fondamentale qui employaient les expressions "*supprimer*", "*modifier de façon essentielle*",...<sup>344</sup>. En dehors de ces variations terminologiques, elle a

---

constitutionnelle de Bavière qu'elle fait sienne.

<sup>333</sup> BVerfGE 3, 225 (p.231) (1<sup>er</sup> Sénat 18 décembre 1953 *Gleichberechtigung*). Voir pour des compléments sur cette reconnaissance du pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles : DECHATRE (L.), *L'identité...* (op.cit. note 327), pp.63-70.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p.230 ; pt.17.

<sup>335</sup> *Ibid.*, pp. 230-231; pt.17.

<sup>336</sup> BVerfGE 30, 1 (2<sup>e</sup> Sénat 15 décembre 1970 *Abhörurteil*).

<sup>337</sup> *Ibid.*, p.24.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p.25.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p.24.

<sup>340</sup> *Ibid.*

<sup>341</sup> SACHS (M.), Artikel 79 GG, in : SACHS (M.), *Grundgesetz : Kommentar*, 5. Aufl., München, Beck, 2009, p.1586.

<sup>342</sup> BVerfGE 84, 90 (1<sup>er</sup> Sénat 23 Avril 1991 *Bodenreform*).

<sup>343</sup> *Ibid.*, p.121 ; pt.131.

<sup>344</sup> SACHS (M.), Artikel 79 GG (op.cit. note 341), p.1586. Voir aussi en ce sens : MÖLLER (H.), *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision*, Berlin, dissertation.de, 2004, p.153 et p.158 ; DÜRIG (G.), Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes (ein Plädoyer), in : BADURA (P.), LERCHE (P.), SPANNER (H.), ZACHER (H. F.), *Festgabe für Theodor Maunz zum*



toujours affirmé que l'art.79§3 LF en tant qu'exception au principe du pouvoir de révision de la Constitution devait faire l'objet d'une interprétation stricte. Ainsi dans sa décision *Bodenreform*, elle souligne que l'art.79§3 LF "*n'empêche pas le pouvoir de révision de la Constitution de modifier la marque jus positiviste (positivrechtliche Ausprägung) de ces principes pour des raisons appropriées*"<sup>345</sup>.

**512.** Si la Cour devait néanmoins constater une violation de l'art.79§3 LF, le recours au pouvoir constituant originaire serait nécessaire<sup>346</sup>.

## **2) Le recours nécessaire au pouvoir constituant originaire**

**513.** Dans ce contexte se pose la question de la traduction du pouvoir constituant originaire dans l'art.146 LF. Certains auteurs estiment qu'une interprétation en ce sens de la version initiale de l'art.146 LF, qui énonçait que la Loi fondamentale "*devien[drai]t caduque le jour de l'entrée en vigueur d'une constitution adoptée par le peuple allemand en pleine liberté de décision*", n'était possible que pour la réunification<sup>347</sup>. Par contre, ils considèrent que pour utiliser l'art.146 LF dans sa version révisée, qui énonce que "*l'unité et la liberté de l'Allemagne ayant été parachevées*" elle "*vaut pour le peuple allemand tout entier*", il faut désormais respecter l'art.79§3 LF, car ils estiment que le pouvoir de révision qui s'est exercé sur l'art.146 LF ne pouvait transmettre plus de droits qu'il n'en avait<sup>348</sup>. Mais en suivant cette perspective, la question se pose de l'intérêt du maintien d'un art.146 modifié. Il pourrait être avancé qu'il sert de fondement à une révision "totale" de la Constitution revenant à modifier tout un ensemble de dispositions de la Loi fondamentale et à la redécouper à l'instar de ce qui est prévu dans la Constitution Suisse<sup>349</sup>, sans remettre en cause les fondements de l'identité constitutionnelle. Mais dans ce cas, l'absence de prévision de la procédure apparaîtrait étrange, là où elle s'explique s'il ne s'agit que d'une traduction déclaratoire du pouvoir constituant originaire<sup>350</sup>.

---

70.*Geburtstag*, Beck, München, 1971, p.47 ; DREIER (H.), Artikel 79 GG, in : DREIER (H.) (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar, Bd. III*, Tübingen, Mohr, 2000, pt.13.

<sup>345</sup> BVerfGE 84, 90 (p.121; pt.131). Voir aussi : BVerfGE 94, 49 (2<sup>e</sup> sénat 14 mai 1996 *Sichere Drittstaaten* (Pt.209) où la Cour affirme par renvoi à sa décision *Bodenreform* que des modifications de ces principes sont possibles ; BVerfGE 109, 279 (1<sup>er</sup> sénat 3 mars 2004 *Großer Lauschangriff*) (p.310 ; pt.109-11) où la Cour répète aussi ce qu'elle dit dans *Bodenreform*, notamment que l'art.79 III comme disposition d'exception doit être interprétée strictement (pt.111).

<sup>346</sup> Voir en ce sens : BVerfGE 123, 267 (pt. 218).

<sup>347</sup> Voir : BARTLSPERGER (R.), *Verfassung und verfassunggebende Gewalt im vereinten Deutschland*, *DVBl*, 1990, p.1294 ; HUBA (H.), *Das Grundgesetz als dauerhafte gesamtdeutsche Verfassung*, *Der Staat*, n°30, 1991, p.373 ; ROELLECKE (G.), *Brauchen wir ein neues Grundgesetz ?*, *NJW*, 1991, p.2444 ; ISENSEE (J.), *Braucht Deutschland eine neue Verfassung? Braucht Deutschland eine neue Verfassung ? : Überlegungen zur neuen Schlußbestimmung des Grundgesetzes Art. 146*, Köln, Verlag O. Schmidt, 1992, pp.31 et s..

<sup>348</sup> Voir : FINK (U.), *Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?*, p.141 ; ISENSEE (J.), *Ibid.*, pp.52 et s. ; HERDEGEN (M.), *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Decker & Müller, Heidelberg, 1991, p.29 ; KNIES (W.), *Verfassunggebung oder Verfassungsänderung?*, in : KLEIN (E.), *Verfassungsentwicklung in Deutschland nach der Wiedervereinigung*, p.30. Hans-Uwe ERICHSEN doute même qu'il était dans les limites des capacités du pouvoir de révision de conserver ouverte cette possibilité par une révision de l'art.146 qu'il considère pour cette raison inconstitutionnelle (*Die Verfassungsänderung nach Art. 79 GG und der Verfassungsbeschluß nach Art. 146 GG*, *Jura* 1992, p.55).

<sup>349</sup> Dans le sens de la soumission à l'art.79 III LF pour une révision totale : ERICHSEN (H.-U.), *Ibid.*, p.52.

<sup>350</sup> L'inscription dans la constitution du pouvoir constituant originaire à l'instar de l'art.146 LF ne peut être que descriptive puisque ce dernier est l'expression même de l'absence d'encadrement, du pouvoir fondateur de la constitution. Voir à cet égard la jurisprudence contestable de la Cour constitutionnelle sur l'existence de limites *supraconstitutionnelles* s'imposant au pouvoir constituant originaire : DECHATRE (L.), *L'identité...*(*op.cit.* note 327), pp.65-68.



Nombreux demeurent toutefois les auteurs qui soutiennent que l'art.146 LF peut toujours servir de base à une nouvelle constitution<sup>351</sup>, retournant parfois l'argument de leurs adversaires, à savoir que le pouvoir de révision n'avait pas compétence pour limiter les pouvoirs du pouvoir constituant originaire en modifiant l'art.146 LF<sup>352</sup>. Hauke Möller souligne au soutien de cette interprétation que plusieurs indices écartent l'idée que l'ancien art.146 LF et l'ancien art.23 LF n'étaient qu'une simple alternative à choisir pour procéder à la réunification<sup>353</sup>. Elle relève tout d'abord que l'énoncé de l'ancien art.146 LF prévoyait seulement que la Loi fondamentale disparaîtrait quand le peuple se serait donné une nouvelle constitution par une décision libre, sans autre précision et que les deux dispositions n'étaient pas placées l'une à côté de l'autre. Considérant ensuite sa situation dans le titre sur les dispositions transitoires et finales, elle considère qu'il visait un critère de validité temporelle, là où l'ancien art.23 LF renvoyait à un critère de validité spatiale<sup>354</sup>. Face à une demande de ne pas intégrer le futur art.146 dans le projet de Loi fondamentale, un membre de la Convention d'Herrenchiemsee affirmait ainsi qu' "en l'absence d'une telle disposition les juristes p[ouvai]ent dire qu'une nouvelle constitution d[evrai]t respecter les règles de la Loi fondamentale"<sup>355</sup>. C'est non seulement une réponse à ceux qui le refusaient en estimant que toute constitution future devait être soumise aux conditions de l'art.79§3 LF<sup>356</sup>, mais aussi à l'argument de l'inutilité de l'intégration d'une disposition ne faisant que constater le droit, du pouvoir constituant originaire. Comme le souligne Hauke Möller, la disposition "s'adresse en premier lieu non pas au pouvoir constituant, mais avant tout au pouvoir constitué"<sup>357</sup>. Le même auteur constate en outre que le caractère temporaire de la Loi fondamentale ne devant s'effacer qu'avec l'adoption d'une nouvelle Constitution et aucune nouvelle Constitution n'ayant été finalement adoptée, la raison d'être de l'art.146 LF demeure<sup>358</sup>.

Des positions intermédiaires existent. Ainsi, si Hans Hofmann estime que le nouvel art.146 LF implique non seulement que la Loi fondamentale est désormais la constitution stable de l'Allemagne, mais encore que celle-ci peut, par une décision du peuple allemand être remplacée par une nouvelle constitution, il considère que cette décision doit être précédée d'un vote par les deux chambres selon la procédure de révision constitutionnelle, car celle-ci serait nécessaire pour abroger la Loi fondamentale<sup>359</sup>. Une telle position apparaît toutefois

---

<sup>351</sup> Voir : DREIER (H.), Art. 146 GG, in : DREIER (H.), *Grundgesetz, Kommentar, Bd. III*, 2000, pts. 21 et s. ; MOELLE (H.), *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*, Paderborn, Schöningh, 1996, pp.147 et s. ; STÜCKRATH (B.), *Art. 146 GG : Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp.182 et s. et pp.240 et s. ; MURSWIEK (D.), *Das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes und die Grenzen der Verfassungsänderung*, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln, 1999, p.63 ; ID., Maastricht und der Pouvoir Constituant, *Der Staat*, n°32, 1993, p.189 ; FROMONT (M.), La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 2007, n°1, p.96.

<sup>352</sup> Voir notamment en ce sens : DREIER (H.), *Ibid.*, pt.38 ; MURSWIEK (D.), *Ibid.*, p.63. Ulrich STOROST a même avancé par une lecture combinée de l'ancien préambule, qui visait le caractère temporaire de la Loi fondamentale jusqu'à la réunification, et de l'ancien art.146 LF une violation du pouvoir constituant originaire en ne procédant pas à l'adoption d'une nouvelle constitution avec la réunification (Das Ende der Übergangszeit, *Der Staat*, n°29, 1990, p.323).

<sup>353</sup> MÖLLER (H.), Die verfassungsgebende...(*op.cit.* note 344), pp.80-82.

<sup>354</sup> Hauke MÖLLER (*Ibid.*, p.89) cite à l'appui de cette interprétation un passage des discussions à la Convention d'Herrenchiemsee : BUNDESTAG (hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949 : Akten und Protokolle, Bd.2*, Deutschen Bundestag und vom Bundesarchiv, 1981, p. 507.

<sup>355</sup> BUNDESTAG (hrsg.), *Ibid.*, Bd.5/I, 1993, p.178 (cité par MÖLLER (H.), *Ibid.*, p.89. L'auteur présente ensuite les discussions sur l'intégration de l'article 146 LF dans la Loi fondamentale : *Ibid.*, pp.93-96).

<sup>356</sup> Voir en ce sens la position minoritaire au sein de la Convention d'Herrenchiemsee (BUNDESTAG (hrsg.), *Ibid.*, Bd.2, p. 577).

<sup>357</sup> MÖLLER (H.), Die verfassungsgebende...(*op.cit.* note 344), pp.105-107.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>359</sup> HOFMANN (H.), Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Ergebnisse des Verfassungskonvents. Zu einer



contradictoire puisque revenant à poser des conditions à l'exercice du pouvoir constituant originaire.

**514.** La Cour semble confirmer la traduction dans l'art.146 LF du pouvoir constituant originaire dans sa décision *Lisbonne* en énonçant que "*l'article 146 LF confirme le droit pré-constitutionnel de se donner une constitution qui met en place et lie le pouvoir constitué*"<sup>360</sup>. Elle affirme plus particulièrement concernant l'UE, que "*l'article 146 LF trace l'ultime limite jusqu'à laquelle la République fédérale d'Allemagne peut participer à l'intégration européenne*"<sup>361</sup>. Elle vise toutefois ici le seul cas de la transformation de l'Union européenne en Etat fédéral. Elle poursuit ainsi que "*seul le pouvoir constituant a le droit d'abandonner l'Etat créé par la Loi fondamentale*", "*le pouvoir constitué ne dispos[ant] pas de ce droit*"<sup>362</sup>.

**515.** Jusqu'à l'arrêt *Lisbonne*, le recours éventuel à l'art.146 LF était resté très théorique étant donné l'autolimitation classiquement affichée par la Cour constitutionnelle lors d'études de lois constitutionnelles au regard de l'art.79§3 LF.

### 3) Le principe d'interprétation stricte des limitations

**516.** Aucune loi constitutionnelle n'a été déclarée contraire à l'art.79§3 LF par un recours combiné à une interprétation stricte de l'art.79§3 LF et une interprétation conforme de la loi constitutionnelle en restreignant sa portée. La Cour constitutionnelle opère classiquement une interprétation stricte des dispositions intangibles et a jusqu'à présent toujours réussi à "sauver" les lois constitutionnelles d'une déclaration d'inconstitutionnalité en posant un cadre d'interprétation conforme strict à celles qui étaient plus problématiques. Il en est ainsi, comme le souligne Michel Fromont, de son arrêt *Abhörurteil* de 1970, et de son arrêt *Lauschangriff* de 2004<sup>363</sup>.

Dans l'affaire *Abhörurteil*, le gouvernement du Land de Hesse avait saisi la Cour d'un recours en appréciation de constitutionnalité d'une loi constitutionnelle, notamment ce qu'elle prévoyait une modification de l'art.10§2 al.2 LF concernant les exceptions au principe de secret de la correspondance et des télécommunications. La Cour répond que la modification ne faisait que concrétiser les exceptions qui étaient déjà prévues à cet article, et que l'absence d'information sur la mise sur écoute et la soumission à un contrôle autre que celui d'un tribunal était nécessaire pour atteindre le but d'effectivité de l'écoute ou de la lecture du courrier et n'était pas une limitation disproportionnée du droit fondamental en jeu. Elle poursuit en effet qu'une mesure ne tenant pas compte des intérêts d'une personne ne pouvait, de ce seul fait, constituer une atteinte à l'art.1 LF, le traitement devant "*mettre en question sa qualité même de sujet*", constituer "*une violation arbitraire de la dignité humaine*", ou être "*l'expression du mépris de la valeur qui revient à l'Homme en tant qu'être humain*"<sup>364</sup>. En l'espèce, l'exclusion de l'information était fondée sur la volonté de protéger l'ordre constitutionnel, et la Cour considère qu'il était donc seulement nécessaire qu'un contrôle équivalent soit assuré, écartant le risque d'arbitraire, ce qui est le cas<sup>365</sup>.

En raison des conséquences d'une décision d'inconstitutionnalité d'une loi constitutionnelle, cette autolimitation est nécessaire à la légitimité de son autorité<sup>366</sup>, et quand

---

möglichen Volksabstimmung nach art. 146 GG über die EU-Verfassung, ZG, 2003, p.58.

<sup>360</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.179).

<sup>361</sup> *Ibid.*, pt.178.

<sup>362</sup> *Ibid.*

<sup>363</sup> FROMONT (M.), La révision...(*op.cit.* note 351), pp.104-105.

<sup>364</sup> BVerfGE 30, 1 (p.26, pt.103).

<sup>365</sup> *Ibid.*, p.27, pts.103-104.

<sup>366</sup> Voir toutefois pour une position contraire : MÖLLER (H.), Die verfassungsgebende...(*op.cit.* note 344), p.153. L'auteur s'oppose à une interprétation stricte des éléments visés art.79§3 LF prenant la perspective de

elle s'en détache comme c'est le cas au regard du principe de démocratie dans le contexte de l'intégration européenne, elle est vivement critiquée<sup>367</sup>.

La Cour constitutionnelle manie toutefois jusqu'à présent, y compris sur ce point, l'alternance de menace de principe et de souplesse dans l'application concrète. Elle a ainsi menacé de contrôler le droit communautaire au regard des droits fondamentaux allemands, puis a évolué quelques années plus tard en affirmant qu'elle n'opèrerait pas de contrôle tant que le niveau de protection assuré par la Communauté européenne serait équivalent à celui procuré par la Loi fondamentale. Nous avons également vu qu'elle mettait en garde contre un dépassement de compétence, mais qu'elle faisait preuve de beaucoup de souplesse dans l'exercice du contrôle *ultra vires*. La question du cadre du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle reste certes ouverte. On ne sait notamment pas si, dans le cas d'un problème avec un des éléments contenus dans l'art.79§3 LF, la Cour constitutionnelle opèrerait un renvoi préjudiciel afin de permettre à la CJUE une possibilité d'annuler l'acte de droit dérivé en cause dans le cas où sa jurisprudence serait en cause afin qu'elle la rende compatible avec le respect de l'identité constitutionnelle allemande. Au soutien d'une transposition de la flexibilité interprétative, il peut être relevé qu'elle cherche, dans sa décision *Lisbonne*, à justifier l'exercice du contrôle d'identité au regard du principe de coopération loyale. La Cour constitutionnelle y précise que le "*contrôle d'identité*" ne vise qu'à assurer l'effectivité de l'art.4§2 TUE, disposition qui vise le respect de l'identité des Etats membres de l'Union européenne. Elle ajoute que "*les garanties en vertu du droit constitutionnel et du droit communautaire de l'identité constitutionnelle nationale dans la sphère juridique européenne vont main dans la main*", et qu'elle ne contrôlerait ainsi que dès lors que "*leur respect ne pourrait être assuré autrement*"<sup>368</sup>. Ensuite, Karlsruhe estime qu'une telle position a été prise par la CJCE dans l'arrêt *Kadi* en vertu duquel elle a reconnu que les actes communautaires devaient, même dans le cas d'une reprise d'engagement d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, respecter les principes juridiques fondamentaux de l'Union européenne. Elle considère en effet ces principes comme formant l'équivalent au niveau européen d'une identité juridique commune. En conclusion, sa vision serait celle d'une coexistence pacifique des systèmes où les "*ordres politiques en présence ne sont pas structurés selon une logique strictement hiérarchique*"<sup>369</sup>. Toutefois, son arrêt de 2010 concernant une directive sur la conservation des données personnelles illustre plutôt *a contrario*, comme nous l'avons vu, une réticence à recourir au renvoi préjudiciel ; les exigences importantes qu'elle déduit du principe démocratique font plutôt écrire à Matthias Wendel que "*la métaphore du « bras de fer » [...] serait plus adéquate*"<sup>370</sup>.

## **B. Le cas français d'une protection juridictionnelle limitée de l'identité constitutionnelle**

**517.** A la différence de Karlsruhe, le Conseil constitutionnel français ne propose qu'une protection restreinte de l'identité constitutionnelle française.

Ce concept est récent dans la jurisprudence française et doit beaucoup à la prévision dans le projet de Traité-constitutionnel d'un art.I-5§1, repris à l'art.4§2 TUE issu du Traité de Lisbonne, qui énonce que l'Union européenne respecte l'identité des Etats "*inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles*". C'est dans une décision de 2006<sup>371</sup> que le Conseil constitutionnel développe le concept de "*principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*", comme limite à l'obligation constitutionnelle de transposition

---

l'habilitation à la révision car elle estime qu'en tant qu'habilitation c'est la marge de manœuvre du pouvoir de révision qu'il faut interpréter de manière stricte pour respecter la volonté du pouvoir constituant originaire.

<sup>367</sup> Cf. *infra* §2. A.

<sup>368</sup> BVerfGE 123, 267 (pt. 248).

<sup>369</sup> *Ibid.*, pt. 340.

<sup>370</sup> WENDEL (M.), *La jurisprudence...*(*op.cit.* note 8), p.120.

<sup>371</sup> Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *JO* du 3 août 2006, p.11541.



des directives qu'il fait découler de l'art.88-1 de la Constitution française (CF). Si une violation d'un des éléments de cette identité<sup>372</sup> pourrait le conduire à déclarer non transposable une directive, il suffirait de procéder à une révision de la Constitution ou même d'organiser un référendum sur la base de l'art.11 CF puisque le Conseil constitutionnel ne se reconnaît compétent ni pour contrôler les lois référendaires (1), ni pour vérifier la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie parlementaire (2). Il est toutefois à noter que le pouvoir de révision de la Constitution s'est autolimité dans un certains nombre de cas qui mettaient en jeu un élément de l'identité constitutionnelle française (3).

### 1) *Le refus de contrôler les lois référendaires*

**518.** Dans sa décision de 1962 concernant la loi référendaire destinée à modifier la procédure de désignation du Président de la République<sup>373</sup>, contestée en raison de l'utilisation de l'art.11 CF alors que l'art.89 CF prévoit les procédures possibles de révision de la Constitution, le Conseil constitutionnel a affirmé son incompétence pour contrôler la constitutionnalité des lois référendaires. Il a confirmé cette position dans sa décision de 1992 *Maastricht III* sur la loi référendaire de ratification du Traité de Maastricht<sup>374</sup>. Nous rejoignons concernant cette jurisprudence la critique d'Olivier Beaud relative à la thèse "*ultra-démocratique*"<sup>375</sup> selon laquelle le peuple peut toujours tout, sans se préoccuper de l'objet de sa décision<sup>376</sup>. Si les lois référendaires étaient une expression directe de la souveraineté nationale comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel, la logique voudrait, comme le souligne le même auteur qu'elles ne puissent être abrogées ou modifiées que par une autre loi référendaire, ce qui n'est pas le cas en pratique<sup>377</sup>. Si un contrôle *a posteriori* peut poser un problème politique car un constat de violation d'une des limites matérielles au pouvoir de révision constitutionnel conduirait à devoir faire revoter les citoyens français, un contrôle préalable obligatoire serait un moyen d'assurer que ces derniers savent la portée du texte sur lequel ils ont à s'exprimer : simple loi, loi constitutionnelle, ou modification des éléments de l'identité constitutionnelle. Les propositions en ce sens n'ont toutefois pas abouti jusqu'à présent<sup>378</sup>.

<sup>372</sup> Voir pour une tentative de détermination de l'identité constitutionnelle française : L'identité...(*op.cit.* note 327), pp.80-85.

<sup>373</sup> Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *JO* du 7 novembre 1962, p.10778.

<sup>374</sup> Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *JO* du 25 septembre 1992, p.13337.

<sup>375</sup> Comme exemple de cette thèse, Olivier BEAUD rapporte qu'en 1852, étant donné les difficultés de la révision de la Constitution, Edouard LABOULAYE avait proposé de faire appel au peuple afin de ratifier une modification de la Constitution en justifiant la dérogation à la procédure prévue en arguant "*d'un droit antérieur et supérieur à la Constitution (...), en vertu de cette souveraineté qui domine toutes les lois politique et leur sen à toutes de base et d'appui*" (*État et souveraineté : Éléments pour une théorie de l'État, Thèse de doctorat d'État en droit public*, Paris II, 1989, p.413) (LABOULAYE (E.), *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p.201). Dans le même sens, Didier BLANC écrit que "*l'argument de l'absence de différenciation en fonction du type d'adoption est pertinent, celui de la nature de l'organe est artificiel*" car "*en tant que pouvoir institué, le contrôle du pouvoir de révision ne pose aucun problème théorique*" (La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la Ve République, in : *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, p.9 : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/BlancTXT.pdf>). Dans le même en sens également BURDEAU (G.), HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 23<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 1993, p.44 qui indiquent que "*l'intervention du peuple souverain invoque la théorie du pouvoir constituant originaire et lui donne « une saveur démocratique extrêmement séduisante »*", mais que "*si le peuple avait entendu s'en affranchir, il le pouvait certes, mais alors il aurait accompli une révolution*".

<sup>376</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p. 413. Dans le même sens, Didier BLANC écrit que "*l'argument de l'absence de différenciation en fonction du type d'adoption est pertinent, celui de la nature de l'organe est artificiel*" car "*en tant que pouvoir institué, le contrôle du pouvoir de révision ne pose aucun problème théorique*" (*Ibid.*, p.9.)

<sup>377</sup> BEAUD (O.), *Ibid.*, p.415

<sup>378</sup> Une proposition du rapport Vedel de 1993 visait à une soumission systématique du projet de texte à

A cet égard, contrairement au référendum de 1962 où les citoyens français s'étaient prononcés sans débat préalable au Parlement ni avis du Conseil constitutionnel, dans le cas du référendum de Maastricht, une révision constitutionnelle préalable avait eu lieu avec un débat parlementaire, et le Conseil constitutionnel s'était prononcé par deux fois sur la conformité du Traité à la Constitution française. Ainsi, les citoyens étaient informés, ou du moins pouvaient obtenir l'information concernant la portée de leur vote.

Toutefois, Olivier Beaud considérait en 1993 que la portée du Traité de Maastricht sur les Etats nécessitait un référendum traduisant le pouvoir constituant originaire, et pas un simple référendum législatif organisé de surcroît pour une raison circonstancielle, le rejet du Traité par référendum au Danemark<sup>379</sup>. Il le déduisait à partir de la conclusion, formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Maastricht I* de 1992<sup>380</sup>, qu'un certain nombre d'éléments du traité de Maastricht portaient atteinte aux "*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté*". Ce qu'il visait ici était la nécessité de recourir au pouvoir constituant originaire dans le cas de la conclusion d'un pacte fédératif qu'il considérait alors comme avoir été conclu avec le Traité de Maastricht<sup>381</sup>. A cet égard, outre que nous qualifions déjà le Traité de Rome ayant établi le Traité CEE de pacte fédératif et voyons ainsi dans le Traité de Maastricht une simple modification de ce pacte, nous ne considérons pas<sup>382</sup> que le recours au pouvoir constituant originaire s'impose juridiquement pour ratifier un pacte fédératif, même si au regard de la légitimité démocratique un tel recours peut apparaître souhaitable en raison ses conséquences sur l'Etat. Or dans le cas de l'arrêt *Maastricht I*, il est possible de penser que le Conseil constitutionnel n'aurait pas parlé d'atteinte à des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté si sa décision avait eu pour conséquence une limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, mais qu'à l'instar de Karlsruhe, un pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles l'aurait conduit à proposer une interprétation stricte des fonctions étatiques essentielles.

## 2) *Le refus de contrôler les lois constitutionnelles*

**519.** Si la jurisprudence en matière de loi référendaire était claire, il restait un doute sur la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie parlementaire, doute qui avait été renforcé par la décision *Maastricht II* de 1992<sup>383</sup> qui pouvait être interprétée comme un contrôle indirect de la loi constitutionnelle ayant procédé à la modification de la Constitution pour permettre la ratification du Traité de Maastricht car elle portait sur la conformité du Traité à la Constitution révisée<sup>384</sup>. Une décision de 2003<sup>385</sup> a

---

soumettre au référendum au Conseil constitutionnel pour vérifier sa conformité à la Constitution : VEDEL (G.), BECHTEL (M-F.), *Rapport du comité consultatif pour la révision de la Constitution*, JO, 16 février 1993, pp.2249-2250. De même des parlementaires ont en 1995 fait une proposition identique auquel le gouvernement a simplement rétorqué que cela "*reviendrait à modifier substantiellement l'équilibre des institutions et des pouvoirs*", en ce qu'elle conduirait "*à transférer au Conseil constitutionnel la compétence, reconnue au Président de la République et à lui seul, d'être le garant fondamental de la Constitution*" (JO, AN, 12 juillet 1995, p.917 (cité par : TROPER (M.) et HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, 31<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2009, p.595).

<sup>379</sup> BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, p.484 et pp.459-460.

<sup>380</sup> Décision n° 92-308 DC du 09 avril 1992, JO du 11 avril 1992, p.5354.

<sup>381</sup> Il n'a plus cette position comme le souligne un de ses articles de 2005 dans lequel il explique pourquoi selon lui l'Union européenne n'est pas une Fédération : BEAUD (O.), *Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel*, *Annuaire de droit européen*, 2003 (publié en 2005), Vol.1, pp.87-111.

<sup>382</sup> Cf. *infra* chap. préliminaire sect.I §1 B 2).

<sup>383</sup> Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, JO du 3 septembre 1992, p.12095.

<sup>384</sup> Souligné par : FAVOREU (L.), *L'injusticiabilité des lois constitutionnelles*, *RFDA*, 2003, n°4, p.793.

<sup>385</sup> Décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003, JO du 29 mars 2003, p.5570.



officiellement levé toute ambiguïté<sup>386</sup>. Le Conseil constitutionnel y énonce qu'il "*ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle*"<sup>387</sup>, et conclut pour cette raison au rejet du recours qui visait la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République. Il n'a ainsi pas suivi Karlsruhe dans son interprétation extensive de son pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois fondée sur une lecture littérale du terme loi. Jean-Éric Schoettl défend cette position en affirmant au regard de la précision apportée par la Constitution de 1958 par rapport à celle de la III<sup>e</sup> République qu' "*il est difficile de ne pas [...] déduire que, lorsque la Constitution parle de « loi » (sans autre précision), il ne peut s'agir de révisions constitutionnelles*"<sup>388</sup>. *A contrario*, Michel Fromont estime qu'une interprétation en faveur de la reconnaissance d'un tel pouvoir de contrôle était possible<sup>389</sup>. De même, Louis Favoreu, s'il concédait dans un article de 2003 que le résultat de la décision du Conseil constitutionnel de 2003 pouvait être justifié par rapport à la question d'espèce, critiquait la barrière mise à toute possibilité d'un tel contrôle dans le futur<sup>390</sup>. Il rappelait en effet que si "*la légitimité du Conseil constitutionnel, comme celle des autres cours constitutionnelles, t[enait] à ce qu'il n'a[vait] pas le dernier mot*", la possibilité d'un référendum surmontant sa décision répondait à cette exigence<sup>391</sup>.

### 3) Une simple autolimitation politique

**520.** Le concept d'identité constitutionnelle a été qualifié dans le cas français d' "*outil à la fois malléable et symbolique*"<sup>392</sup>, et même été considéré comme "*assez théorique*"<sup>393</sup> par un membre du Conseil constitutionnel, en raison notamment de l'absence de protection juridique des limites posées au pouvoir de révision constitutionnelle. Cela ne signifie pas que les éléments en faisant partie ne font pas l'objet d'une attention particulière de la part du législateur constitutionnel. Le principe d'indivisibilité de la République permet d'illustrer l'autolimitation politique caractérisée par l'absence de modification constitutionnelle pour lever la constatation d'atteinte à ce principe opérée par le Conseil constitutionnel dans deux cas de figure. Dans le cas du statut de la Corse tout d'abord, le Conseil déclare, dans une décision de 1991, contraire à l'indivisibilité de la République et à l'égalité devant la loi de tous les citoyens l'affirmation de l'existence d'un

<sup>386</sup> Les explications apportées par des membres du Conseil constitutionnel de l'époque, notamment Robert Badinter, avaient été considérées comme permettant de lever tout doute. En ce sens : FAVOREU (L.), L'injusticiabilité des lois constitutionnelles, *RFDA*, 2003, n°4, p.793 ; SCHOETTL (J.-É.), Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ?, *Petites affiches*, 08 avril 2003, n° 70, p.20. Il est à noter que Jean-Eric SCHOETTL était secrétaire général du Conseil constitutionnel au moment de la décision et qu'il traduit en quelque sorte l'opinion de cette institution dans le cadre de la décision sur la loi constitutionnelle décentralisation. Voir toutefois *a contrario* pour le maintien d'une possibilité de contrôle indirect des lois constitutionnelles : MAGNON (X.), Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence, *RFDC*, n° 59, 2004, p.617.

<sup>387</sup> Considérant 2 de la décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003.

<sup>388</sup> VEDEL (G.), Schengen et Maastricht, *RFDA*, n°2, 1992, p.173.

<sup>389</sup> En ce sens : FROMONT (M.), La révision...(*op.cit.* note 351), p.109 : il souligne que le Conseil a fait une "interprétation restrictive" de l'art.61 CF, que la "*loi constitutionnelle est aussi une loi*".

<sup>390</sup> FAVOREU (L.), L'injusticiabilité des lois constitutionnelles, p.794.

<sup>391</sup> *Le Figaro*, 27 août 1993, cité dans *Ibid.*

<sup>392</sup> BLACHER (P.), PROTIERE (G.), Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires, *RFDC*, 2007, n°70, p. 135 (cité par JOSSO (S.), Le Caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?, VII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel, 2008, p.4 : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/JossoTXT.pdf>).

<sup>393</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), Le contrôle de conventionnalité », intervention lors de la visite à la Cour constitutionnelle italienne le 9 mai 2008, p.4 : [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank\\_mm/discours\\_interventions/2008/o\\_dutheillett\\_rome\\_9mai2008.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2008/o_dutheillett_rome_9mai2008.pdf)). L'auteur était membre du Conseil constitutionnel de 2001 à 2010.



"peuple corse"<sup>394</sup>. Dans le cas de la Charte des langues régionales et minoritaires ensuite, il indique dans une décision de 1999 que porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français les dispositions conférant "*des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires*"<sup>395</sup>.

521. Un certain nombre d'autres Etats membres de l'Union européenne ont une position intermédiaire entre une simple autolimitation politique et une obligation juridique de recourir au pouvoir constituant originaire, celle d'une procédure de révision spécifique.

### **C. La protection par une procédure particulière de révision**

522. La Constitution autrichienne distingue deux procédures de révision constitutionnelle. Une procédure de révision partielle prévoit l'adoption au Conseil national, chambre représentant l'ensemble de la population, à la majorité des 2/3 des suffrages exprimés, un référendum n'étant organisé sur cette base que si un tiers des membres du Conseil national ou du Conseil fédéral, chambre représentant les Länder, le demandent. Une procédure de révision totale prévue reprend le vote à la majorité des 2/3 du Conseil national, mais y ajoute en outre un référendum obligatoire. Il ne peut ainsi y avoir modification des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel, à savoir la "*forme républicaine et démocratique du gouvernement, au fédéralisme, à l'État de droit, à la séparation des pouvoirs*"<sup>396</sup>, que par une révision totale. Cette procédure a été utilisée pour l'entrée de l'Autriche dans l'Union européenne<sup>397</sup>.

Les gouvernements de grande coalition disposant de la majorité des deux tiers permettant de procéder à une révision constitutionnelle s'en servaient fréquemment pour surmonter une décision d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle d'une loi ordinaire en adoptant une loi reprenant le contenu de celle ayant fait l'objet de celle déclarée contraire à la Constitution à laquelle ils conféraient le rang constitutionnel. La Cour constitutionnelle a alors précisé à différentes reprises qu'un enchaînement de plusieurs révisions partielles devait être considéré comme revenant à une révision totale en raison de leur large portée et de l'importance des modifications apportées<sup>398</sup>. En outre, afin de limiter les abus qui conduisait à réduire ses pouvoirs, elle a développé une jurisprudence en vertu de laquelle une loi constitutionnelle adoptée afin de "*répéter une loi déjà annulée ou pour réduire autrement les compétences de la Cour, peut être considérée comme lésion du « principe de l'État de droit », qui – comme toute « modification totale » de la Constitution – doit être soumise à un referendum de l'ensemble des citoyens*"<sup>399</sup>. Elle a par exemple sur le fondement de cette jurisprudence procédé en 2001 à l'annulation d'une loi constitutionnelle qui affirmait que toutes les lois des Länder, "*relatives à la protection juridique en droit sur la passation de marché public*" étaient "*conformes à la*

<sup>394</sup> Décision n°91-290 DC du 9 mai 1991, *JO* du 14 mai 1991, p.6350, cons.13-14.

<sup>395</sup> Décision n°99-412 DC du 15 juin 1999, *JO* du 18 juin 1999, p.8964, cons.10.

<sup>396</sup> SPECCHIA (M.), *Les limites à la révision...*, p.17. Voir aussi JAKAB (A.), *La neutralisation...* (*op.cit.* note 1), p.17.

<sup>397</sup> PERNICE (I.), MAYER (F.), *De la constitution composée de l'Europe*, *RTDE*, 2000, vol.36 n°4, p.636.

<sup>398</sup> PFERSMANN (O.), *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale : théorie, pratique, limites*, in : *La révision de la constitution*, Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, pp.27-28.

<sup>399</sup> KUCSKO-STADLMAYER (G.), *La mise en œuvre des décisions de la Cour constitutionnelle Autrichienne*, in : *I Colloqui de Justicia Constitucional del Principat d'Andorra "L'aplicació de les decisions de les juridiccions constitucionals"*, 2007, pp.5-6 : (consulté 06/2011)

[http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui\\_justicia/07-GABRIELLE%20KUCSKO.pdf](http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/07-GABRIELLE%20KUCSKO.pdf)

Décision de la Cour constitutionnelle du 7 décembre 1988 (VfSlg 11.756/1988) : elle l'a réaffirmé par la suite, VfSlg 11.829/1988, 11.916/1988, 17.156/2004.



*Constitution fédérale*<sup>400</sup>.

**523.** La Constitution espagnole connaît également deux procédures de révisions constitutionnelles en fonction de l'importance des questions à modifier. La procédure révision normale tout d'abord est prévue à l'art.167 qui énonce que la loi constitutionnelle doit être approuvée à la majorité des 3/5<sup>e</sup> des deux chambres et que dans le cas d'un rejet, la chambre des députés peut l'approuver à majorité des 2/3 si le Sénat a voté en sa faveur à la majorité absolue. Dans le cas de la révision normale, c'est seulement à la demande d'1/10<sup>e</sup> des membres d'une des deux chambres qu'elle sera soumise à référendum. Comme le précise l'art.168§1 de la Constitution, la procédure ordinaire ne peut être utilisée dans le cas d'une révision totale de la Constitution ou d'une modification de certaines parties de la Constitution qui sont visées dans cet article. Dans ces différents cas, en vertu de l'art.168§2 et 3, les chambres doivent être dissoutes, le texte de révision constitutionnel doit être approuvé à la majorité des deux tiers par les chambres renouvelées et un référendum doit être organisé pour valider la modification. Le Tribunal constitutionnel espagnol joue dans ce cadre, comme le souligne Xavier Magnon, un *"rôle d'aiguilleur en indiquant la voie normative utilisable pour mettre en place une réforme portant sur tel ou tel objet"*<sup>401</sup>, et assure le respect de ces exigences constitutionnelles.

Dans sa décision de 2004 sur la constitutionnalité du Traité instituant une Constitution pour l'Europe, le Tribunal constitutionnel précise que le transfert de compétences à l'Union européenne n'est possible que dans la mesure où *"le droit européen est compatible avec les principes fondamentaux de l'État social et démocratique de droit établi par la Constitution nationale"*<sup>402</sup>. Or, dans l'espèce, il se fonde sur l'art.I-5§1 du Traité pour relativiser la portée du principe de primauté reconnu art.I-6 du même Traité et éviter ainsi un recours à la procédure de révision constitutionnelle de l'art.168<sup>403</sup>. Il affirme en effet que *"les limites auxquelles se réfèrent les réserves de juridictions constitutionnelles apparaissent désormais proclamées de manière non équivoque par le traité lui-même soumis à [son] examen"*<sup>404</sup>. Il considère par ailleurs le cas d'une confrontation nécessitant le recours ultime au droit de retrait comme une *"hypothèse difficilement concevable"* et affiche une volonté de dialogue constructif avec le juge européen. Comme le résume Laurence Burgorgue-Larsen, *"cette décision s'inscrit assurément dans l'entrelacs européen des décisions constitutionnelles qui tentent de concilier et d'harmoniser l'articulation entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique communautaire"*, qu'elle *"est la marque d'un « pluralisme constitutionnel » vivant et constructif"*<sup>405</sup>.

**524.** Même dans les cas où aucune sanction n'existe et que juridiquement rien n'empêche de porter atteinte aux éléments de cette identité<sup>406</sup>, cela ne signifie pas que politiquement, il n'est pas dangereux de les remettre en cause, comme l'illustre le cas américain de l'esclavage. Même si elle n'est pas explicitée dans sa constitution ne fait pas l'objet de protection juridique spécifique, l'identité constitutionnelle d'un Etat membre doit être respectée par les autorités

---

<sup>400</sup> VfSlg 16.327/2001 (citée et traduite par KUCSKO-STADLMAYER (G.), *Ibid.*). Voir aussi : JAKAB (A.), Two opposing paradigms of continental European constitutional thinking : Austria and Germany, *International & Comparative Law Quarterly*, 2009, vol.58 n°4, pp.947-948.

<sup>401</sup> MAGNON (X.), Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence, *RFDC*, n° 59, 2004, p.608.

<sup>402</sup> Cité et traduit par : BURGORGUE-LARSEN (L.), La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : "Un Solange II à l'espagnole", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, nov.2004-mars 2005, n°18, p.207.

<sup>403</sup> *Ibid.*, p.208.

<sup>404</sup> Cité par : *Ibid.*

<sup>405</sup> *Ibid.*, pp.209-210.

<sup>406</sup> En ce sens, Otto PFERSMANN écrit au sujet d'un pouvoir de révision constitutionnel encadré qu'*"accorder une telle habilitation non-sanctionnée, c'est donner par-là même l'habilitation de la transgresser"* (La révision...*(op.cit.* note 398, p.17).

fédérales afin d'éviter des tensions avec les autorités de cet Etat.

## ***§2. L'identité constitutionnelle, objet potentiel de tension avec le niveau fédéral***

**525.** Plusieurs juridictions constitutionnelles ont mis en garde les autorités européennes en général et la Cour justice en particulier contre une atteinte à leur identité constitutionnelle. Ainsi la Cour constitutionnelle italienne indique dès une décision du 13 avril 1989, *Société FRAGD*, qu'elle exercera un contrôle s'il y a violation de l'un des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel national ou d'un droit fondamental<sup>407</sup>. Plus récemment, dans une affaire de 2006 dit *quotas de sucre*<sup>408</sup>, la Cour constitutionnelle tchèque a énoncé que "*si le standard de protection assurée dans l'Union européenne était insuffisant, les organes de la République Tchèque auraient à prendre le relai concernant les pouvoirs transférés afin d'assurer que celle-ci [la protection] soit respectée*"<sup>409</sup>.

Relativement à l'interprétation des éléments de l'identité constitutionnelle des Etats membres, Marie-Claire Ponthoreau estime que "*les difficultés réelles viendront plutôt des éléments objectifs de l'identité nationale tels que la langue et la religion*", que "*l'interprétation culturelle risque d'être plus importante et plus problématique que l'interprétation politico-institutionnelle*"<sup>410</sup>. Mais il est également difficile de justifier une dérogation sur la base d'un principe qui est partagé avec d'autres Etats européens, comme c'est le cas du principe démocratique notamment. Toutefois, c'est surtout le contenu des compétences étatiques essentielles, expression désormais aussi visée à l'art.4§3 TUE, qui apparaît difficile à déterminer (A). Une certaine souplesse est en effet, là encore, condition du bon fonctionnement de la Fédération, d'où les critiques formulées à l'encontre d'une certaine rigidité de la Cour constitutionnelle allemande dans les exigences formulées concernant certains éléments de l'identité constitutionnelle allemande (B). Toutefois des compromis ne peuvent pas être faits concernant tous les éléments de l'identité constitutionnelle comme l'illustre le cas de l'esclavage au sein des Etats-Unis pour lequel les Etats américains se sont combattus d'abord par voie de tribunaux puis par les armes (C). Aussi c'est globalement vers un respect mutuel que doivent tendre les Etats membres et la Fédération, à l'instar de la décision dite "*marché des bananes*" de 2000 qui confirmait l'absence de contrôle en cas de protection équivalente des droits fondamentaux au niveau européen pour la Cour constitutionnelle allemande et l'arrêt *Omega* pour la Cour de justice<sup>411</sup>, si l'on veut permettre d'éviter que des tensions ne conduisent à un conflit. L'autolimitation du juge étatique n'est envisageable que si elle a pour contrepartie une prise en compte réelle par le juge européen de l'identité des Etats membres (D).

### **A. La question de la détermination de compétences étatiques essentielles**

**526.** Quelques éléments de réflexion en la matière peuvent être trouvés dans la jurisprudence

<sup>407</sup> Décision n° 232 du 13 avril 1989, *Société FRAGD* (citée aussi par : DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Le contrôle de conventionnalité », p. 4.

<sup>408</sup> Décision du 8 mars 2006 dit *quotas de sucre*, Pl. ÚS 66/04 : <http://www.concourt.cz/view/pl-66-04>.

<sup>409</sup> Voir aussi : KRÄMER (R.), Looking through Different Glasses at the Lisbon Treaty : The German Constitutional Court and the Czech Constitutional Court, in : FISCHER-LESCANO (A.), JOERGES (C.) WONKA (A.), (hrsg.), *The German Constitutional Court's Lisbon Ruling : Legal and Political Science Perspectives*, Zentrum für europäische Rechtspolitik- Diskussionspapier, 2010, n°1, pp.11-19 : <http://www.mpifg.de/people/mh/paper/ZERP%20Discussion%20Paper%201.2010.pdf>.

<sup>410</sup> PONTTHOREAU (M.-C.), Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales, in : *VII<sup>e</sup> Congrès mondial de l'AIDC*, Athènes 11-15 juin 2007, p.8 :

<http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Prof.%20Marie-Claire%20Ponthoreau.pdf>. Elle vise le cas de la langue française reliée par le Conseil constitutionnel au principe d'indivisibilité de la République.

<sup>411</sup> GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), *Mangold...* (op.cit. note 229), p.58.



de la Cour constitutionnelle et dans quelques arrêts de la Cour suprême des années 1970, même s'ils se révèlent insuffisants pour comprendre les compétences au sein d'une Fédération, car même si comme dans le cas américain les Etats disposent encore de compétences importantes, les relations entre les niveaux fédéral et fédéré ne sont plus marquées par l'équilibre (1). L'argument selon lequel l'atteinte aux compétences étatiques essentielles constituerait une violation de l'art.79§3 LF a été reçu dans le cadre du recours constitutionnel individuel à l'encontre de la loi d'approbation du Traité de Maastricht et confirmé depuis, mais la question de la possibilité et de l'opportunité de déterminer un cœur de compétences demeure l'objet de débats (2).

### **1) Eléments de réflexions concernant les Länder et les Etats américains**

**527.** La jurisprudence concernant le cœur de compétence des Länder allemands permet tout d'abord d'approcher "négativement" la question de la détermination des compétences nécessaires pour conserver la qualification d'Etat membre d'une Fédération, par une caractérisation *a contrario* de ce qui ne saurait suffire pour être qualifié d'Etat membre d'une Fédération (a). La jurisprudence américaine permet ensuite de montrer toute la difficulté de déterminer "positivement" ce que doivent inclure les compétences étatiques essentielles (b).

#### **a) La caractérisation *a contrario* : l'exemple des Länder allemands**

**528.** Christoph Neumeyer rappelle qu' "*une étaticité des Länder qui se réduirait à une simple participation à la formation de volonté du Bund et pour le reste à l'exécution des lois fédérales, serait une enveloppe sans contenu et plus une étaticité au sens propre*"<sup>412</sup>. La Cour constitutionnelle va apporter des précisions sur les limites du caractère étatique d'un Land, l'organisation fédérale de l'Etat allemand, et plus largement sur la portée de l'exigence de respect du fédéralisme posée à l'art.79§3 LF, dans le cadre d'une décision de 1951 rendue sur recours du gouvernement du Land de Bade contre deux lois sur le redécoupage des Länder Bade, Bade Wurtemberg, et Wurtemberg Hohenzollern<sup>413</sup>. Elle y affirme que les "*Länder sont, en tant que membres du Bund, des Etats disposant d'une puissance étatique (staatlicher Hoheitsmacht) simplement reconnue par le Bund et non dérivée de ce dernier*", et que "*dans leur domaine il leur appartient la formation de leur ordre constitutionnel*"<sup>414</sup>. Ainsi, le législateur fédéral n'a "*pas le pouvoir de porter atteinte à l'ordre constitutionnel des Länder tant qu'ils existent*"<sup>415</sup>. La Cour souligne dans le cas de la seconde loi que celle-ci "*prévoit, comme c'est la règle pour la naissance démocratique d'un Etat, la convocation d'une assemblée constituante du Land*", rappelant son statut de supériorité par rapport à "*une représentation populaire élue sur la base d'une constitution déjà adoptée*" par sa possession du "*pouvoir constituant*"<sup>416</sup>. Elle relève ensuite que le législateur fédéral ne peut, selon cette loi, étendre la mission de l'assemblée constituante, et que celle-ci décidera donc seule si elle demeure ensuite Landtag après avoir adopté la constitution, même si la Cour constitutionnelle concède qu'il serait plus conforme aux principes démocratiques que le peuple élise le Landtag après l'entrée en vigueur de la Constitution<sup>417</sup>. Par contre, si elle reconnaît qu'il est opportun de prévoir un droit d'accès du gouvernement intérimaire à ses séances, ses commissions, et le droit pour celui-ci de prendre la parole à tout moment, elle affirme que c'est "*à la seule assemblée constituante*

<sup>412</sup> NEUMEYER (C.), *Der Weg zur neuen Erforderlichkeitsklausel für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Abs. 2 GG)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p.124.

<sup>413</sup> BVerfGE 1, 14 (2<sup>e</sup> sénat 23 octobre 1951 *Südweststaat*).

<sup>414</sup> *Ibid.*, pt.83.

<sup>415</sup> *Ibid.*, pt.84.

<sup>416</sup> *Ibid.*, pt.151.

<sup>417</sup> *Ibid.*, pt.154.



*libre et indépendance de le décider*"<sup>418</sup> et conclut que la disposition de la loi fédérale incluant de tels droits est donc nulle.

Ce qui présenté comme un "*pouvoir constituant originaire*" n'en est toutefois pas un. En effet, en dehors des limites prévues par l'art.28§1 LF, qui traduisent simplement les conditions d'homogénéité que l'on peut retrouver au sein d'une Fédération, l'assemblée constituante n'a pas de pouvoir sur les limites de son territoire et sur son existence même. En effet, la Cour constitutionnelle souligne que la Loi fondamentale prévoit des possibilités de redécouper des Länder en ses articles 29 et 118 LF pour autant que le découpage général de l'Allemagne en Länder soit garanti, si bien qu'un Land peut être supprimé contre la volonté de sa population dans certains cas<sup>419</sup>.

Le Land de Bade invoquait le principe de droit international selon lequel un Etat ne peut obliger un autre Etat contre la volonté de son peuple à fusionner avec lui ou avec un tiers. La Cour répond que ce principe n'est valable qu'entre deux Etats ayant des ordres juridiques séparés, alors qu'ici l'ordre juridique du Land de Bade était soumis à l'ordre juridique fédéral<sup>420</sup>. Elle concède ensuite que l'absence de peuple de Bade n'implique pas que ce Land ne peut arguer du principe démocratique en vertu duquel un peuple décide lui-même de son ordre juridique étatique ainsi que du maintien de son existence en tant qu'Etat<sup>421</sup>. Toutefois, elle poursuit qu'en tant qu'Etat membre d'un Etat fédéral, le Bade n'est pas indépendant<sup>422</sup>, et que le principe démocratique et le principe fédéral s'opposant, il est nécessaire à leur coexistence de limiter chacun des deux. La Cour ajoute alors que le cas d'un redécoupage du territoire fédéral en est une illustration car il impose, au nom de l'intérêt général allemand, une limitation du droit "*d'autodétermination*"<sup>423</sup>. Dans l'espèce elle considère ainsi que le fait qu'en cas de réponse négative à la création d'un nouveau Land du sud ouest, il n'y ait pas simplement un retour au statu quo, mais adoption par défaut d'un retour aux Länder d'avant guerre, se justifie par ce contexte.

La Cour reconnaît pas ailleurs que l'art.118 LF exige que le redécoupage soit opéré par le législateur fédéral en coopération avec la population du territoire concerné, et que donc sa consultation soit prévue. Elle souligne ainsi qu'"*il est conforme au principe démocratique que la formation de tout Etat repose sur l'expression de la volonté du peuple*", et estime que la consultation du peuple doit avoir un effet contraignant pour le législateur fédéral, ce qui est le cas en l'espèce<sup>424</sup>. Mais elle poursuit que la codécision du peuple sur le redécoupage prévue à l'art.118 LF n'impose pas qu'il soit invité à se prononcer séparément sur chaque alternative. Elle relève que dans l'espèce beaucoup de discussions publiques et de négociations entre les organes des trois Länder concernés avaient été organisées, desquelles il était ressorti que la solution la plus consensuelle après la création d'un Etat du sud-ouest était la reformation des Länder d'avant guerre<sup>425</sup>. L'art.29§4 LF dans sa version originelle prévoyait par ailleurs certes qu'une suppression de Land ou un redécoupage ne pouvait avoir lieu que s'il y avait accord des populations des Länder concernés, et qu'en cas de rejet par une des populations concernées, une nouvelle décision du Bundestag et un référendum de l'ensemble de la population fédérale étaient nécessaires pour passer outre. Mais l'art.118 LF prévoyait lui-même une dérogation à cette disposition de laquelle la Cour déduit qu'il devait simplement être vérifié qu'il y avait une majorité de la population sur l'ensemble des territoires concernés en faveur d'un redécoupage et

---

<sup>418</sup> *Ibid.*, pts.157-158.

<sup>419</sup> *Ibid.*, pt.126.

<sup>420</sup> *Ibid.*, pt.133.

<sup>421</sup> *Ibid.*, pt.130.

<sup>422</sup> *Ibid.*

<sup>423</sup> *Ibid.*

<sup>424</sup> *Ibid.*, p.106.

<sup>425</sup> *Ibid.*, pt.119.



non au sein de chacun des trois Länder<sup>426</sup>.

**529.** La Cour constitutionnelle apporte d'autres éléments de précisions sur le caractère étatique des Länder dans une décision *Besoldungsvereinheitlichung* de 1972<sup>427</sup>. En l'espèce, une loi de la Hesse était attaquée par le gouvernement fédéral pour contrariété à une loi fédérale sur l'unification de la réglementation en matière de rémunération des fonctionnaires au niveau fédéral et des Länder, à l'art.74a LF et au principe de fidélité fédérale. La Cour rappelle que la qualité d'Etat des Länder est essentielle pour la structure fédérale allemande et ajoute que la distinction entre Etat et simple collectivité ne peut se caractériser simplement formellement par l'existence d'une constitution et de compétences propres ne dérivant pas de l'Etat global, car sinon leur qualité d'Etat pourrait s'éroder progressivement par des modifications constitutionnelles<sup>428</sup>. Elle affirme que "*les Länder dans un Etat fédéral sont seulement des Etats s'il leur reste un cœur de compétences comme « bien de famille » qui ne peut leur être retiré*"<sup>429</sup>. La Cour ne précise pas de contenu mais indique que doivent dans tous les cas en faire partie la libre détermination de son organisation et la garantie de l'attribution d'une partie appropriée de l'ensemble des recettes des impôts dans l'Etat fédéral. En l'espèce, la révision constitutionnelle de l'art.74a LF avait conduit à transférer dans le domaine des compétences concurrentes le droit de la rémunération et de la couverture sociale des fonctionnaires des Länder. La Cour reconnaît qu'"il est ainsi ôté au Land la décision concernant une partie essentielle de droit qui vaut pour le fondement et le contenu des rapports exclusifs existant entre le Land et ses fonctionnaires des services de droit public"<sup>430</sup>. Toutefois, elle conclut à sa compatibilité avec l'art.79§3 LF "*parce que l'exercice de cette compétence est encadrée par l'obligation constitutionnelle de comportement conforme à la fidélité fédérale*"<sup>431</sup>. Elle indique ainsi qu'il découle de la fidélité fédérale que la réglementation fédérale doit laisser aux Länder la possibilité de "*créer en responsabilité propre des fonctions avec un contenu nouveau dans le cadre de réformes ou modifications structurelles de leur organisation*", elle précise que le respect de cette limite à l'exercice est sujet à son contrôle plein et entier<sup>432</sup>.

**530.** Malgré l'affirmation d'un cœur de compétence, la Cour se contente ainsi du maintien d'une simple autonomie des Länder dans le cadre posé par le droit fédéral dans un domaine qu'elle considère pourtant faire partie de compétences essentielles pour les Länder, permettant uniquement de fournir des informations *a contrario* sur le cœur de compétences que doivent conserver les Etats membres d'une Fédération.

## **b) La difficulté d'une définition positive à l'aune de l'exemple de la jurisprudence de la Cour suprême**

**531.** Le principe de respect d'un cœur de compétences essentielles des Etats s'imposant au Congrès quand il adopte une réglementation en matière de commerce entre Etats par déduction du 10<sup>e</sup> amendement est défendu par le juge Rehnquist qui rédige la position de la Cour suprême dans l'arrêt *National League of Cities v. Usery* de 1976<sup>433</sup>. Il affirme que cet Amendement limite le pouvoir fédéral quand l'indépendance des Etats est touchée, quand leur capacité d'action risque d'être altérée. En l'espèce, une loi fédérale de 1974 étendait des règles sur les salaires

<sup>426</sup> *Ibid.*, pt.128.

<sup>427</sup> BVerfGE 34, 9 (2<sup>e</sup> sénat 26 juillet 1972 *Besoldungsvereinheitlichung*).

<sup>428</sup> *Ibid.*, pp.19 et s ; pt.66.

<sup>429</sup> *Ibid.*, pp.19 et s; pt.66.

<sup>430</sup> BVerfGE 34, 9 (pt.67).

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> *Ibid.*

<sup>433</sup> 426 U.S. 833 (1976), pp.845 et s. Voir : LENAERTS (K.), *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, 1988, p.136.



minima et les durées maximales de travail pour des employés d'entreprises de transport de l'Etat. Le juge Rehnquist relève à cet égard que "*l'exploitation en régie d'un système de transports en commun était une fonction gouvernementale traditionnelle*" et conclut que l'extension effectuée par la loi fédérale de 1974 était donc inconstitutionnelle. Dans un arrêt *Hodel v. Virginia Surface Mining* de 1981, la Cour maintient cette position et donne les conditions d'application de cette réserve<sup>434</sup>. Ces conditions sont au nombre de quatre : la loi fédérale en cause doit "*viser à réglementer « les Etats en tant qu'Etats »*" ; elle doit "*concerner des matières qui sont tenues, au-delà de toute contestation possible, pour des « [attributs] de la souveraineté des Etats »*" ; la soumission à cette loi "*doit porter directement atteinte à la pleine capacité des Etats d'organiser (librement) les secteurs d'activités qui correspondent à des « fonctions gouvernementales traditionnelles »*" ; enfin, "*le rapport entre les intérêts de l'Etat et ceux de la Fédération ne doit pas être d'une nature telle que « l'intérêt fédéral [...] justifie la soumission de l'Etat (à la législation fédérale)»*".

Les juges minoritaires dans l'arrêt *National League of Cities*, rejoints par la doctrine<sup>435</sup>, avaient déjà souligné la difficulté de déterminer les fonctions essentielles qui étaient à protéger. Koenraad Lenaerts souligne le problème de l'imprévisibilité, de cette compétence essentielle que renvoie à "*la sphère de compétence irréductible des Etats, jugée essentielle pour le maintien de leurs droits de souverains résiduels*"<sup>436</sup>. La Cour revient finalement sur cette conception en reprenant ces critiques dans l'arrêt *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* de 1985<sup>437</sup>. Elle estime que "*l'arrêt National League of Cities a bien donné quelques exemples de « fonctions gouvernementales traditionnelles » mais [qu']il n'a pas expliqué comment une fonction « traditionnelle » doit se distinguer d'une fonction qui ne l'est pas*"<sup>438</sup>. Toujours dans son arrêt *Garcia*, la Cour précise qu'"à de rares exceptions, comme, par exemple, l'article IV, §3, qui garantit l'intégrité territoriale des Etats, la Constitution ne découpe pas expressément des blocs de souveraineté étatique que le Congrès serait impuissant à déplacer dans l'exercice de ses pouvoirs délégués"<sup>439</sup>.

## **2) La décision Lisbonne de Karlsruhe : réponse au cœur de compétence étatique incompressible ?**

**532.** Le doute suscité par l'étude du cas américain quant à la possibilité de détermination de domaines de compétence étatiques essentiels, pourrait sembler écarté par Karlsruhe dans sa décision *Lisbonne* qui en énumère une liste. L'examen des cas visés permet toutefois de relativiser cette conclusion.

**533.** Dans sa décision *Maastricht*, la Cour constitutionnelle visait déjà l'existence de cette limite des compétences substantielles aux Etats<sup>440</sup>, mais, elle ne donnait pas de liste. A la suite de cette décision, certains auteurs s'étaient essayés à une présentation d'éléments qui relèveraient des compétences essentielles de l'Etat allemand. Ils évoquaient par exemple l'extension du droit de vote des citoyens de l'Union européenne au Bundestag et pour les Landtag, ainsi que le renoncement au droit de retrait<sup>441</sup>.

<sup>434</sup> *Hodel v. Virginia Surface Mining*, 452 U.S. 264 (1981) pp.287-288. Citation reprise dans l'arrêt *Garcia v. San Antonio*, 469 U.S. 528, (1985) reproduit dans ZOLLER (E.), *Grands arrêts...*(*op.cit.* note 82), p.1044.

<sup>435</sup> Voir en ce sens : LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 433), p.138. Voir aussi la présentation de l'affaire *Garcia v. San Antonio* par Elisabeth ZOLLER (*Grands arrêts...*(*op.cit.* note 82), p.1041).

<sup>436</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 433), pp.138-139.

<sup>437</sup> 469 U.S. 528, (1985).

<sup>438</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts...*(*op.cit.* note 82), p.1043.

<sup>439</sup> *Ibid.*, p.1050.

<sup>440</sup> BVerfGE 89, 155 (pt.101-102).

<sup>441</sup> Voir : HUBER (P. M.), *Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung*, p.250 ; ID., *Die Anforderungen der Europäischen Union an die*



La Cour donne finalement elle-même une liste dans sa décision *Lisbonne*, considérés comme des "*domaines essentiels de l'organisation démocratique*"<sup>442</sup>.

Elle semble certes tout d'abord écarter une telle liste de compétences essentielles quand elle affirme qu'il n'y a pas "*de prime abord une certaine somme ou sorte de compétences qui doivent rester aux mains des Etats*", et que l'art.23 LF permet une participation de l'Allemagne jusque dans le traditionnel cœur des compétences étatiques<sup>443</sup>. Mais elle poursuit que "*l'unification européenne [...] ne peut être réalisée d'une façon telle qu'il ne reste dans les Etats membres aucun espace suffisant pour l'organisation (Gestaltung) politique des conditions de vie (Lebensverhältnisse) économiques, culturelles, et sociales*"<sup>444</sup>. Après les avoir classés en catégories, elle précise les limites au transfert de compétences dans ces domaines et leur condition d'exercice<sup>445</sup>. Un transfert en matière pénale au-delà de la coopération intergouvernementale ne peut ainsi être opéré que pour des questions précises et sous des conditions strictes. Elle ajoute que les Etats doivent conserver des domaines d'action substantiels où ils sont libres<sup>446</sup>. Le stationnement de soldats allemands ne peut être par ailleurs soumis à une décision supranationale, mais il est possible de prévoir une intégration technique par le biais d'un état major commun, ainsi qu'une coordination de l'achat d'armes,...<sup>447</sup>. En matière budgétaire toute obligation européenne n'est pas interdite, mais il faut que le Bundestag puisse déterminer avec une marge de manœuvre suffisante les recettes et les dépenses<sup>448</sup>. En matière sociale, l'encadrement est beaucoup plus lâche puisqu'elle impose seulement de "*créer des conditions minimales pour l'existence digne de ses citoyens*"<sup>449</sup>. Enfin, elle précise que l'autonomie démocratique s'étend à des domaines dépendants de la sphère culturelle, école, langue, droit de la famille, statut des Eglises, et éducation qui ont "*un lien très fort avec les racines culturelles et le système de représentation des valeurs d'un Etat*"<sup>450</sup>.

**534.** La question de la validité d'une telle énumération se pose. Il est notamment noté que si la Cour avait procédé de la sorte avant sa décision *Maastricht*, la compétence monétaire aurait pu être incluse dans la liste. Ainsi, Helmut Quaritsch rappelait dans un article de 2000 que pour Bodin la compétence monétaire était aussi importante que la compétence législative<sup>451</sup>. Il n'est

---

Reform des Grundgesetzes, *Thüringer Verwaltungsblätter*, 1994, pp.1 et s. ; WIEDERIN (E.), Die Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland, *AöR*, 1992, n°117, p.411 ; BALDUS (M.), Eine vom deutschen Volk in freier Entscheidung beschlossene Verfassung – Zum Schicksal des Art. 146 GG nach Vorlage des Abschlußberichts der Gemeinsamen Verfassungskommission, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993, n°76, pp.429 et s.; KIRN (M.), Art.146GG, in : MÜNCH (I. von), KUNIG (P.) (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd.3, 4. Aufl., München 2003, p12.

<sup>442</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.249) : Elle indique que "*cela vaut particulièrement pour les domaines qui touchent la façon de vivre (Lebensumstände) des citoyens, surtout la sphère de vie privée relevant de leur propre responsabilité (Eigenverantwortung) protégée par les droits fondamentaux et la sécurité sociale et personnelle, aussi bien que pour des décisions politiques, qui dépendent plus particulièrement de l'arrière plan (vorverständnisse) culturel, historique et linguistique*".

<sup>443</sup> BVerfGE 123, 267 (p.248).

<sup>444</sup> *Ibid.*, p.249.

<sup>445</sup> *Ibid.*, pts.252-260.

<sup>446</sup> *Ibid.*, pt.253.

<sup>447</sup> *Ibid.*, pt.255.

<sup>448</sup> *Ibid.*, pt.256. Voir pour une critique sur ce point estimant que la Cour oublie ici le pacte de stabilité : BECKER (P.), MAURER (A.), Deutsche Integrationsbremsen. Folgen und Gefahren des Karlsruher Urteils für Deutschland und die EU, *SWP-Aktuell*, 41 Juli 2009, p.4 ; BARRIERE (A.-L.), ROUSSEL (B.), Le Traité de Lisbonne, étape ultime de l'intégration européenne ? Le jugement du 30 juin 2009 de la Cour constitutionnelle allemande, *Note du Cerfa*, septembre 2009, n°66, p.13. Voir pour des précisions sur l'encadrement dans la jurisprudence ultérieure en matière budgétaire : *infra* B.

<sup>449</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.257).

<sup>450</sup> *Ibid.*, pt.260.

<sup>451</sup> QUARITSCH (H.), La souveraineté...(*op.cit.* note 244), p.151.



dès lors pas étonnant que le reproche d'une rigidification inutile des limites à l'intégration européenne ait été fait à la Cour constitutionnelle. Anne Levaade estime ainsi qu'"en identifiant, par anticipation et au-delà des termes de la Loi fondamentale, ce qui relève de l'identité constitutionnelle allemande, la Cour met en évidence les termes d'un conflit"<sup>452</sup>. Or, poursuit-elle, cette identité "n'a vocation à être substantialisée - et son contenu identifié - que dans l'hypothèse peu probable où le dépassement des limites serait avéré". Cette décision a par ailleurs été critiquée comme posant une barrière à la poursuite de l'intégration européenne<sup>453</sup>, voire comme une expression du gouvernement des juges remplaçant la décision démocratique du Parlement<sup>454</sup>. Anne-Lise Barrière et Benoit Roussel écrivent ainsi qu'"au vu des compétences actuelles de l'Union et du ton du jugement, la Cour semble nous dire en filigrane que l'UE est arrivée à la limite des compétences autorisées pour un Staatenverbund"<sup>455</sup> européen"<sup>456</sup>. Et Joschka Fischer critique le statocentrisme de la Cour, estimant inadmissible la restriction à une alternative entre un blocage de l'intégration et le pas vers un Etat fédéral qu'elle impose<sup>457</sup>. Il ajoute qu'avec cette décision "la politique d'intégration européenne ne sera plus décidée à Berlin par des organes légitimés démocratiquement, le gouvernement fédéral, le Bundestag, le Bundesrat, mais par une cour à Karlsruhe". En outre, Matthias Wendel relève que la Cour constitutionnelle tchèque a dans sa seconde décision Lisbonne refusé de donner un tel catalogue de domaines essentiels qui lui était demandé par le requérant et renvoyé au pouvoir des autorités politiques pour déterminer une telle liste en soulignant qu'il s'agissait d'une question politique qu'elle n'avait pas à trancher<sup>458</sup>.

La Cour prend ici le contrepied de ce que louait la juge Lübbe-Wolff dans l'arrêt de 2005 sur la loi de mise en œuvre de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. La juge y énonçait que "l'article 79 III LF comme limite juridique constitutionnelle à l'intégration européenne a[vait] été appliqué très justement avec prudence dans ce jugement, car le sens de cette disposition [étan]t d'exclure le retour de notre pays dans la dictature et la barbarie, [...] rien ne ser[vai]t ce but avec une plus grande vraisemblance que l'intégration de l'Allemagne dans l'Union européenne"<sup>459</sup>. Que la juge Lübbe-Wolff ait souscrit à l'énoncé de la décision Lisbonne suggère que cette dernière est un compromis susceptible de plusieurs lectures<sup>460</sup>.

**535.** L'énumération des domaines considérés par la Cour comme essentiels au respect du principe démocratique, s'inscrit dans un cadre d'exigence plus large découlant de l'art.79§3 LF qui précise l'identité constitutionnelle allemande.

## **B. Une protection rigoureuse de l'identité constitutionnelle allemande**

**536.** L'art.79§3 LF lu en combinaison avec l'art.20 LF interdit de remettre en cause des principes de démocratie, République, structure fédérale<sup>461</sup>, d'Etat social, et d'Etat de droit<sup>462</sup>. Lu

<sup>452</sup> LEVADE (A.), Analyse...(*op.cit.* note 223), p.49.

<sup>453</sup> En ce sens voir : BECKER (P.), MAURER (A.), Deutsche...(*op.cit.* note 448), 8 p.

<sup>454</sup> En ce sens : SCHÖNBERGER (C.), Lisbon in Karlsruhe : Maastricht's Epigones at sea, *German Law Journal*, vol.10, 2009, p.1208. CALLIES (C.), Unter Karlsruher Total-aufsicht, *FAZ*, 27 août 2009.

<sup>455</sup> Staatenverbund est l'expression utilisée par la Cour constitutionnelle pour qualifier l'UE à partir de sa décision *Maastricht*.

<sup>456</sup> BARRIERE (A.-L.), ROUSSEL (B.), Le Traité...(*op.cit.* note 448), p.15. Voir aussi dans ce sens la critique d'un ancien avocat général auprès de la CJCE : LENZ (C.-O.), Ausbrechender Rechtsakt, *FAZ*, 8 août 2009.

<sup>457</sup> FISCHER (J.), Ein nationaler Riegel, *Die Zeit*, 9 juillet 2009.

<sup>458</sup> WENDEL (M.), La jurisprudence...(*op.cit.* note 8), p.115.

<sup>459</sup> BVerfGE 113, 273 (2<sup>e</sup> Sénat 18 Juillet 2005 *Europäischer Haftbefehl*) (pt. 178). Si elle loue cet aspect, elle ne partage pas par contre la conclusion sur la nullité de l'ensemble de la loi, expliquant que son point de vue soit présenté dans une opinion dissidente.

<sup>460</sup> Cf. sur cet aspect : *infra* B 2) b).

<sup>461</sup> L'article 79 III LF précise qu'il ne peut être porté atteinte à "l'organisation de la Fédération en Länder"



en combinaison avec l'art.1 LF, il interdit par ailleurs de porter atteinte au principe de dignité, et au respect global des droits fondamentaux<sup>463</sup>.

A l'égard du principe républicain, François Luchaire remarquait en 1992 que "*personne en France ne s'est plaint de ce que sur les douze Etats membres de la Communauté, six sont des monarchies*"<sup>464</sup>.

Par contre, d'autres aspects de l'identité constitutionnelle allemande ont pu être propices à des tensions ou le sont encore, c'est le cas de la protection globale des droits fondamentaux (1) et du respect du principe démocratique (2).

### **1) Le compromis concernant la protection des droits fondamentaux**

**537.** Il faut tout d'abord préciser qu'il n'y a pas de caractère intangible de chacun des droits fondamentaux énumérés aux articles 2 à 19 LF, mais de la protection globale des droits fondamentaux, protection dont la décision *Bodenreform* de 1991<sup>465</sup> de la Cour constitutionnelle permet d'illustrer la portée. La Cour fait une lecture combinée du principe de dignité de l'art.1§1, et de l'art.1§2 en vertu duquel "*le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde*", pour déduire que les droits fondamentaux ne peuvent faire l'objet de limitations que dans la mesure où elles ne constituent pas des atteintes aux§2 et 3 de l'art.1<sup>466</sup>. En l'espèce, la question de droit portait sur l'atteinte au principe d'égalité par une loi qui imposait le renoncement à la récupération des biens ayant fait l'objet d'une expropriation en RDA. La Cour répond que "*les éléments fondamentaux du principe d'égalité qui sont intangibles en vertu de l'article 79 III LF ne sont pas violés*"<sup>467</sup>. Elle considère en effet qu'un tel renoncement était une condition essentielle de la réunification, la RDA ayant mis notamment en avant le risque pour la paix sociale sur son territoire dans le cas contraire. La Cour précise par ailleurs dans une décision de 2004 *Großer Lauschangriff* que le pouvoir de révision constitutionnel peut modifier des droits existants, même en supprimer dès lors que le principe de dignité de la personne humaine est respecté. Ainsi, il ne s'agit pas d'une protection de la "*substance d'un droit fondamental*" à l'instar de ce qu'impose l'art.19§2 LF, qui n'est opposable qu'au législateur ordinaire, mais d'une interdiction de remise en cause d'un droit fondamental telle qu'il y aurait violation de la dignité de la personne humaine<sup>468</sup>. Dans l'espèce, l'art.13 LF, qui pose le principe d'inviolabilité du domicile, avait été modifié afin de permettre l'audiosurveillance des habitations en cas d'infraction pénale. La Cour indique qu'une surveillance ne constitue pas automatiquement une atteinte à la dignité de la personne, mais que c'est uniquement le cas quand une sphère de vie privée inviolable n'est pas assurée<sup>469</sup>. En dehors des limites posées par la loi constitutionnelle, la Cour ajoute que le principe de proportionnalité devra être respecté quand il sera fait application de cette audiosurveillance afin de pouvoir conclure à sa compatibilité avec l'art.1§1 LF<sup>470</sup>, même si les juges minoritaires contestaient dans

---

ainsi qu'"*au principe du concours des Länder à la législation*", éléments qui relèvent en pratique du respect de la nature fédérale de l'Etat allemand visé à l'article 20 I LF.

<sup>462</sup> On simplifie ici la présentation car la Cour a précisé que l'art. 20 vise à la fois plus et moins que le respect de l'Etat de droit puisqu'il ne vise que certains des principes spécifiques qui y sont rattachables, et en vise également d'autres qui ne le sont pas : BVerfGE 30, 1 (2<sup>e</sup> Sénat, 15 décembre 1970, *Abhörurteil*) (p. 24).

<sup>463</sup> Il n'y a en effet pas de caractère intangible de chacun des droits fondamentaux énumérés aux articles 2 à 19 LF, mais de la protection globale des droits fondamentaux.

<sup>464</sup> LUCHAIRE (F.), L'Union européenne et la Constitution, *RDP*, 1992, p.1591, note 9.

<sup>465</sup> BVerfGE 84, 90 (1<sup>er</sup> Sénat 23 Avril 1991 *Bodenreform*).

<sup>466</sup> *Ibid.*, p.121.

<sup>467</sup> *Ibid.*, p.127.

<sup>468</sup> BVerfGE 109, 279 (1<sup>er</sup> sénat 3 mars 2004 *Großer Lauschangriff*) (p.310, pts.111-112).

<sup>469</sup> *Ibid.*, pt.117.

<sup>470</sup> *Ibid.*, p.311, pt.124.

une opinion dissidente la possibilité de valider la loi par le biais d'une telle interprétation conforme<sup>471</sup>.

La protection globale des droits fondamentaux au niveau européen a donné lieu à une tension avec la CJCE initiée par la décision de la Cour constitutionnelle *Solange I* de 1974<sup>472</sup>. Dans cet arrêt, elle énonce qu'après un renvoi préjudiciel devant la CJCE, une procédure de contrôle préjudiciel par le biais de l'art.100§1 LF est possible pour contrariété aux droits fondamentaux allemands<sup>473</sup>, pour déterminer non pas la validité, mais l'applicabilité du droit communautaire<sup>474</sup>. Elle souligne en effet que la primauté du droit communautaire par rapport aux normes internes allemandes n'existe que dans la mesure où la Loi fondamentale permet le transfert de compétences, et qu'il faut donc qu'il respecte les mêmes "*principes fondamentaux et absolus*" dont font partie les droits fondamentaux<sup>475</sup>. Or, la CJCE avait indiqué quelques années auparavant, dans un arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970<sup>476</sup>, que les dispositions y compris constitutionnelles issues d'un ordre interne, mais elle avait ajouté que le droit communautaire protégeait les droits fondamentaux par le biais de principes généraux du droit qui s'inspiraient des traditions constitutionnelles des Etats membres ; ce passage par le filtre communautaire permettait de garantir l'autonomie du droit européen.

La tension avec la CJCE concernant la protection des droits fondamentaux sera finalement désamorcée par une décision *Solange II* de 1986, rendue suite au constat de la réalité du développement de principes généraux du droit par la Cour de justice. La Cour constitutionnelle y affirme renoncer à tout contrôle tant que le niveau de protection assuré par l'UE serait équivalent à celui procuré par la Loi fondamentale<sup>477</sup>. Dans sa décision "*marché des bananes*" du 7 juin 2000, la Cour confirme qu'elle n'a pas modifié sa jurisprudence *Solange II* au regard des droits fondamentaux par sa décision *Maastricht* et précise qu'une protection identique des droits fondamentaux à celui du niveau national n'est pas exigé, qu'il suffit que la protection soit efficace et globalement équivalente à celle apportée par la Loi fondamentale<sup>478</sup>. L'ancien juge constitutionnel Steiner déduisait en 2008 de cette jurisprudence que Karlsruhe était une "*réserviste de luxe*" qui avait "*peu de chance d'être mobilisée*"<sup>479</sup> pour la protection des droits fondamentaux<sup>480</sup>.

Cette jurisprudence permet de considérer que, même si l'expression n'était pas employée par la Cour constitutionnelle avant l'arrêt *Lisbonne*, le principe du contrôle était déjà sous-jacent. Dans sa décision *Solange I*, la Cour indiquait ainsi que toute modification des traités européens, par l'intermédiaire desquels l'identité de la Constitution serait supprimée par une intrusion dans ses principes constitutifs, ne serait pas couvert par l'art.24§1<sup>481</sup>. De même dans

<sup>471</sup> *Ibid.*, p.386, pt.364.

<sup>472</sup> BVerfGE 37, 271 (2<sup>e</sup> sénat 29 mai 1974 *Solange I*).

<sup>473</sup> BVerfGE 37, 271 (p.275, pt.31). Elle n'accepte que le principe d'un contrôle via la procédure de renvoi préjudiciel dans cette décision, et confirme *a contrario* comme on l'a vu l'irrecevabilité des recours constitutionnels individuels visant à contrôler les actes communautaires.

<sup>474</sup> *Ibid.*, (pp.281-282, pt.49).

<sup>475</sup> BVerfGE 37, 271 (p.296, pt.81).

<sup>476</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff.11/70, *Rec.*1970, p.1125.

<sup>477</sup> BVerfGE 73, 339 (2<sup>e</sup> sénat 22 octobre 1986 *Solange II*) (p.387, pt.132) La Cour constitutionnelle affirme que tant qu'une protection équivalente à celle de la Loi fondamentale sera assurée au niveau européen, elle ne procédera pas à un contrôle des actes européens de droit dérivé.

<sup>478</sup> BVerfGE 102, 147 (2<sup>e</sup> sénat 7 juin 2000 *Marché des bananes*) (p.163). Voir sur cette affaire : GREWE (C.), Le traité de paix avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane, *RTDE*, 2001, pp. 1-17.

<sup>479</sup> STEINER (U.), Deutschland in Europa nach dem Reformvertrag von Lissabon, *Betriebs-Berater*, 2008, n°4 Special, pp.2 et 4.

<sup>480</sup> Cité par : GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), *Mangold...* (*op.cit.* note 229), p.50.

<sup>481</sup> BVerfGE 37, 271 (pp.279 et s., pt.43).



sa décision *Solange II* elle énonçait que le transfert de compétences à une organisation internationale ne peut conduire à porter atteinte à "l'identité de l'ordre constitutionnel en vigueur"<sup>482</sup>.

**538.** Toujours sans évoquer explicitement un contrôle d'identité constitutionnelle, la Cour donne dans son arrêt *Maastricht* une interprétation stricte des conditions à respecter pour que le droit de l'Union européenne soit conforme au principe démocratique, conditions qui ont été confirmées et renforcées par sa décision Lisbonne de 2009 ainsi que ses décisions ultérieures. Nous avons seulement évoqué les domaines de la compétence que la Cour dégageait comme essentiels pour que ce principe soit respecté, il s'agit maintenant de voir les conditions concrètes qu'elle pose à l'intervention européenne au regard du cas particulier de la fonction budgétaire exercée par le Parlement allemand, ainsi qu'au fonctionnement institutionnel européen.

## **2) Un principe démocratique strictement défendu par Karlsruhe**

### **a) Une jurisprudence *Maastricht*...**

**539.** Dans son arrêt *Maastricht*, la Cour constitutionnelle énonce que les transferts de compétences au niveau européen doivent, pour respecter le principe démocratique, être déterminés de façon suffisamment précise par le traité pour que leur exercice reste prévisible, même si elle concède que les dispositions des traités ne peuvent pas être aussi précises que ne le sont des lois d'habilitation au gouvernement au niveau interne<sup>483</sup>. La Cour souligne la nécessité d'adapter le principe démocratique au contexte supranational de l'Union européenne, mais quand elle passe à l'étude pratique, elle se contente de plaquer le schéma national. Comme le souligne Jörg Gerkrath, la Cour "adopte une démarche qui a pour résultat de vérifier la légitimation démocratique de l'Union européenne à l'aide de critères développés dans un cadre étatique", au point qu'il se demande s'il ne s'agit pas d'un retour à la "thèse de la congruence structurelle"<sup>484</sup> qui avait été soutenue lors du débat sur la CED ou, dans une version atténuée, de celle de l'homogénéité des valeurs"<sup>485</sup>. Le même auteur voit en outre dans cette interprétation étriquée une violation par la Cour de l'obligation de participation à l'Union européenne posée dans la Loi fondamentale<sup>486</sup>.

La Cour affirme par ailleurs que les parlements nationaux fournissent la principale légitimité à l'UE, même si elle laisse la voie ouverte à une évolution en indiquant qu'au fur et à mesure de la poursuite de l'intégration européenne, la part complémentaire de légitimation du Parlement européen doit augmenter<sup>487</sup>.

Elle précise ensuite que la démocratie n'est "pas un simple principe formel", mais présuppose l'existence de débats politiques et que dans ce but les partis politiques, les associations, les médias doivent aider au développement d'une opinion publique européenne<sup>488</sup>. Mais comme le souligne Jörg Gerkrath, il apparaît difficile de demander à l'UE de voir se développer une opinion publique européenne en si peu de temps là où ce processus a duré des siècles au sein de nos Etats<sup>489</sup>.

Dans le même sens, dans une résolution de 1997, le Parlement européen *s'inquiète de l'évolution qui se dessine dans certains milieux judiciaires nationaux, consistant à envisager, en*

<sup>482</sup> BVerfGE 73, 339 (pp.375 et s., pt.104).

<sup>483</sup> BVerfGE 89, 155 (pts.105-106).

<sup>484</sup> KRUSE (H.), Strukturelle Kongruenz und Homogenität, *Festschrift für H. Kraus*, Göttingen 1954, p.154.

<sup>485</sup> GERKRATH (J.), La critique... (*op.cit.* note 241), pp.218-219.

<sup>486</sup> *Ibid.*, p.219.

<sup>487</sup> BVerfGE 89, 155 (pts.96-97).

<sup>488</sup> *Ibid.*, pt.98.

<sup>489</sup> GERKRATH (J.), La critique... (*op.cit.* note 241), p.236.



*violation du droit communautaire, l'examen du droit communautaire dérivé*"<sup>490</sup>. Et dans le rapport lui ayant servi de fondement, le député européen Siegbert Alber reproche à la Cour de proposer un "*tableau volontairement manichéen (d'un côté, l'État « République fédérale d'Allemagne » modèle de légitimité démocratique, de l'autre, la Communauté européenne, Union comprise, anti-démocratique, illégitime)*"<sup>491</sup>. Il souligne d'ailleurs clairement que la raison de la rédaction de ce rapport était "*une résistance accrue, qui est le fait notamment de la jurisprudence, résolument stato-nationale*".

Une lecture beaucoup plus optimiste était toutefois proposée par certains auteurs. Karl Doehring pensait que la Cour voulait simplement signifier que le principe de démocratie visé à l'art.79§3 LF imposait que le principe de légitimation du pouvoir provienne du peuple sur lequel il s'exerce<sup>492</sup>.

**540.** Un arrêt du 31 mai 1995 confirme la position de la Cour concernant la légitimation démocratique de l'UE. Dans le cadre d'un recours constitutionnel contre la loi d'approbation de 1994 du traité d'adhésion de l'Autriche, la Finlande, et la Suède aux Communautés européennes et à l'Union européenne, le requérant estimait que la composition du Parlement européen qui découlait de ce traité violait le principe constitutionnel d'égalité électorale posé à l'art.38§1 LF, car l'Allemagne n'y avait que 16% des sièges alors qu'elle représentait 22% de la population de l'UE. La Cour lui répond en réaffirmant que le Parlement européen ne jouait qu'un rôle complémentaire en termes de légitimation démocratique au niveau de l'UE et que dans cette mesure, il n'y avait donc pas de violation du principe d'égalité électorale<sup>493</sup>.

Elle va par contre plus loin dans son arrêt *Lisbonne*, dans laquelle elle propose une lecture encore plus statocentrée, et plus restrictive de la légitimation démocratique de l'Union européenne.

### **b) ... durcie par la décision *Lisbonne***

**541.** Franz Mayer et Matthias Wendel soulignent que plusieurs lectures de la décision *Lisbonne* sont possibles car elle est la tentative de synthèse des différents points de vue des juges ayant participé à la formation de jugement afin d'avoir une décision unanime<sup>494</sup>. Afin d'éviter les opinions dissidentes qui en auraient diminué la portée, la Cour a pris le risque de certaines incohérences. A cet égard, le concept de "Staatenverbund" (littéralement association ou union d'Etats) que la Cour avait dégagé dans son arrêt *Maastricht* est parfait car présentée comme entre deux entre une Confédération (Staatenbund) et un Etat fédéral (Bundestaat), l'expression de Staatenverbund est empreinte d'une grande ambiguïté<sup>495</sup>.

<sup>490</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur les relations entre le droit international public, le droit communautaire et le droit constitutionnel des États membres du 2 octobre 1997, n°C 325 du 27.10.1997, p.26, pt.9.

<sup>491</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport du 24 septembre 1997 (rapporteur : ALBER S.), (A4-0278/97, PE 220.225/déf), p.8.

<sup>492</sup> DOEHRING (K.), Die Wiedervereinigung Deutschlands und die europäische Integration als Inhalte der Präambel des Grundgesetzes, *DVBl*, n°17-18, 1979, p.638. Dans le même, en se fondant sur le passage de la décision *Maastricht* dans laquelle Karlsruhe indique l'augmentation de l'importance du rôle de légitimation démocratique par le biais du Parlement européen (BVerfGE 89, 155 (pp.184-185) : FINK (U.), Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland ?, *DÖV*, Heft 4, février 1998, p.137.

<sup>493</sup> 2 BvR 635/95 (2<sup>e</sup> Sénat 31 mai 1995) : *NJW*, 1995, fascicule 34, p.2216 ; *EuGRZ*, 1995, pp.566 et s.

<sup>494</sup> MAYER (F.), *Rashomon à Karlsruhe*, *RTDE*, 2010, pp.77-92. Reprenant l'idée d'un film japonais éponyme dans lequel un meurtre est raconté selon la perspective des différents témoins, Franz MAYER propose les différents points de vue concernant le jugement *Lisbonne* qui renvoient aussi aux différentes sensibilités des juges constitutionnels. WENDEL (M.), *La jurisprudence... (op.cit. note 8)*, p.91.

<sup>495</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.229) : "*une association étroite et permanente d'Etats demeurant souverains, laquelle exerce des prérogatives de puissance publique sur le fondement de traités*", sachant que "*les règles fondamentales de cette association sont à la disposition exclusive des Etats membres et les peuples, c'est-à-*

Certains passages de l'arrêt Lisbonne vont dans le sens de la nécessité d'une adaptation des concepts utilisés en droit interne, y compris des éléments faisant partie de l'identité constitutionnelle, au contexte européen. Ainsi, la Cour affirme que *"tant que l'ordre juridique européen consistera dans le principe d'attribution des compétences en coopération avec une procédure de décision sous la garantie de la responsabilité étatique concernant l'intégration et tant qu'une balance équilibrée des compétences de l'UE et des compétences étatiques est maintenue, la démocratie de l'UE ne peut et ne doit pas être organisée de façon analogue à celle d'un Etat"*<sup>496</sup>. Pris en dehors de l'ensemble de la décision, on pourrait penser que la Cour applique un raisonnement analogue à celui que nous proposons concernant l'équilibre des compétences nécessaires pour conserver à l'Union européenne sa nature de Fédération et ne pas devenir ainsi un Etat fédéral. Un autre passage de l'arrêt semble étayer cette interprétation. Elle y indique que l'art.23§1al.1 LF n'impose pas de *"congruence structurelle"*<sup>497</sup>, que Jörg Gerkrath lui reprochait d'exiger dans sa décision *Maastricht*<sup>498</sup>, et précise en particulier qu'il n'est pas exigé de transposer la démocratie telle qu'elle est pensée au niveau national, mais que le contexte de l'Union européenne, notamment le principe d'égalité entre Etats membres, appelle une adaptation<sup>499</sup>.

**542.** Mais l'arrêt peut être aussi lu dans d'autres passages comme le dernier stade d'intégration auquel la Cour peut donner son approbation. Elle rappelle que le niveau de légitimation démocratique doit évoluer en fonction du niveau d'intégration, et qu'à défaut, l'Allemagne devra se retirer de l'UE<sup>500</sup>. Mais alors qu'elle jugeait encore que le Parlement européen pouvait présenter une légitimation démocratique complémentaire par rapport aux parlements nationaux dans sa décision *Maastricht*, elle ferme ici cette porte. Elle estime en effet que le système européen actuel comprend deux faiblesses ne lui permettant pas de répondre aux canons de la démocratie qu'imposerait une intégration plus poussée.

Elle considère tout d'abord que le Parlement européen ne respecte pas le principe de l'égal droit de vote de tous les citoyens européens. Elle estime ainsi qu'une décision au Parlement européen prise à la majorité ne traduit pas forcément la volonté de la majorité des citoyens en raison de la répartition des sièges. De plus, elle considère pour la même raison qu'un gouvernement au niveau européen qui aurait la confiance de la majorité de ses membres n'aurait pas une légitimité démocratique<sup>501</sup>. La Cour met ainsi le principe démocratique au-dessus du principe fédéral, ce qui peut être admissible dans un Etat fédéral. S'il reconnaît que la taille des Etats membres de l'UE peut justifier une absence de parfaite égalité entre les citoyens européen *"d'un point de vue politique"*, Rupert Scholz soutient néanmoins la position de la Cour en affirmant que le constat politique ne change rien à la règle selon laquelle *"la démocratie suppose l'égalité du droit de vote"*<sup>502</sup>.

La Cour exprime le plus nettement sa vision statocentrée sur ce point quand elle affirme que *"la règle démocratique fondamentale de l'égalité des chances des votes vaut seulement au sein d'un peuple et non dans un organe de représentation supranational qui reste une représentation de peuples réunis par traité, même si la citoyenneté de l'Union est*

---

*dire les citoyens, des Etats membres demeurent les sujets conférant la légitimité démocratique"*.

<sup>496</sup> BVerfGE 123, 267 (pt 272). Voir aussi *Ibid.*, pt.265.

<sup>497</sup> *Ibid.*, pt.266. La Cour vise à cet égard pour l'écartier : KRUSE (H.), *Strukturelle...*(*op.cit.* note 484), p.123.

<sup>498</sup> Précité : *supra* sect.I §2 A.

<sup>499</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.227).

<sup>500</sup> *Ibid.*, pt.264.

<sup>501</sup> *Ibid.*, pt.281.

<sup>502</sup> SCHOLZ (R.), Analyse de la décision de la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande du 30 Juin 2009 relative au Traité de Lisbonne, in : FONDATION ROBERT SCHUMAN, KONRAD ADENAUER STIFTUNG, *Les conséquences...*(*op.cit.* note 223), p.34.



*particulièrement affirmée*<sup>503</sup>. Rupert Scholz fait également sur ce point la même lecture combinée que la Cour de l'absence de proportionnalité stricte de la représentation au Parlement européen et de l'absence de peuple européen pour conclure que la base de légitimation reste principalement les parlements nationaux.

Pourtant, comme le note Ingolf Pernice, *"la composition du Parlement européen n'est pas contraire au principe d'égalité, mais correspond aux structures fédérales particulières de l'Union supranationale"*<sup>504</sup>. Il rappelle en outre que le transfert de concepts étatiques au plan européen, largement effectué par la Cour, n'est possible que dans une mesure limitée car l'Union européenne n'est pas un Etat. Par ailleurs, il souligne qu'une application stricte de la proportionnalité ne pourrait fonctionner. En effet, une première solution consistant à n'accorder au plus petits Etats qu'un représentant, et encore pas à chaque législature, ne permettrait pas de traduire la diversité d'opinion au sein d'un Etat qui n'est possible qu'à partir d'un nombre minimum de membres<sup>505</sup>. Et la seconde solution d'augmenter fortement le nombre de ses membres conduirait à paralyser le travail en son sein. En outre, la Cour ne tient pas compte du fait que les députés des grands pays ont en pratique une influence déterminante au-delà du simple rapport de proportionnalité à l'instar de l'Allemagne dont les députés sont très présents au sein des commissions<sup>506</sup>, et ont dirigé ou dirigent encore le Parlement européen ainsi que plusieurs fractions ou partis<sup>507</sup>.

Dans le même sens Anne Levade considère que la Cour donne une interprétation *"inutilement stricte"* du principe de démocratie<sup>508</sup>. Elle indique que reprocher à l'UE de ne pas respecter le principe de l'égalité démocratique revient à dénier *"durablement, voire définitivement, aux institutions européennes toute aptitude démocratique, sauf à plaider en faveur d'une surreprésentation des Etats membres les plus peuplés tandis que les moins peuplés seraient peu ou pas représentés"*. Elle rejoint par ailleurs la critique de congruence formulée par Jörg Gerkrath, en ce que le principe démocratique n'est pas un élément propre de l'identité allemande, mais se trouve également au fondement de l'UE. Anne Levade ajoute pour cette raison qu'il n'apparaît pas envisageable d'invoquer ce principe comme exception à l'application du droit de l'UE au nom du respect de son identité nationale car cela reviendrait à considérer que le système allemand *"puisse être « plus » ou « mieux » démocratique que les autres Etats membres"*<sup>509</sup>.

Enfin, il peut être renvoyé à la seconde décision *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle tchèque dans laquelle celle-ci affirme qu'en raison de la diversité des expressions de la légitimité démocratique au niveau européen, il ne peut être exigé que la répartition des membres au Parlement européen se fonde sur une application stricte du principe de proportionnalité<sup>510</sup>.

Le second problème provient de ce que l'UE ne connaît pas un système majoritaire. Or,

---

<sup>503</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.279).

<sup>504</sup> PERNICE (I.), *Plädoyer...* (*op.cit.* note 243), p.23.

<sup>505</sup> Voir aussi en ce sens : BARRIERE (A.-L.), ROUSSEL (B.), *Le Traité...* (*op.cit.* note 448), p.11 : Ils notent que le système de la proportionnalité dégressive existant tient compte de la structure fédérale de l'UE pour adapter le principe d'égalité démocratique, *"assurer la représentation des différents courants politiques des petits Etats membres"*, ce dont ne tient pas compte la Cour constitutionnelle.

<sup>506</sup> *Ibid.*, pp.24-25.

<sup>507</sup> Pour des exemples récents : Hans-Gert Poettering a été président du Parlement européen de 2007 à 2009, et Martin Schulz l'est depuis janvier 2012. Pour ce qui est de la présidence de groupes : Lothar Bisky (gauche unitaire européenne / alliance verte nordique depuis 2009), Hans-Gert Poettering (PPE 1999-2007), Martin Schulz (PSE 2004-2011), Daniel Cohn-Bendit (Les verts / Alliance libre européenne depuis 2002) et Rebecca Harms pour le même groupe (depuis 2010).

<sup>508</sup> LEVADE (A.), *Analyse...* (*op.cit.* note 223), p.49. Voir toutefois pour une position *a contrario* : HAENEL (H.), Une salutaire leçon de démocratie, *La Croix*, 13 août 2009.

<sup>509</sup> *Ibid.*

<sup>510</sup> PI ÚS 29/09, pt.140 (souligné par : WENDEL (M.), *La jurisprudence...* (*op.cit.* note 8), p.106).



selon la Cour la démocratie implique un tel système. Elle affirme sur cette base que "*la décision de la direction de la majorité des électeurs doit se retrouver au Parlement et dans le gouvernement*", qu'une direction politique doit être donnée par les élections et qu'il doit exister une alternative<sup>511</sup>. Elle rappelle sa décision sur l'interdiction du parti communiste d'Allemagne de 1956 dans laquelle elle avait énoncé que la démocratie était "*un combat pour le pouvoir politique réglé par une procédure juridique*", et exigeait "*que la majorité puisse toujours changer, qu'existe un système multipartisan et le droit à une opposition politique organisée*"<sup>512</sup>. Elle transpose ainsi le modèle démocratique du régime parlementaire allemand, connaissant une majorité et une opposition clairement identifiables. Or, la Cour relève qu'au niveau européen il n'y a pas de compétition entre une majorité gouvernementale et une opposition parlementaire<sup>513</sup>, que "*la décision de la direction de la majorité des électeurs*" ne se retrouve pas, comme cela devrait être le cas, au sein de la Commission, qu'il n'existe pas d'alternative partisane<sup>514</sup>. Elle fait ainsi fi de l'existence de régimes consociatifs comme la Suisse dans lesquels la participation des principaux partis au gouvernement n'empêche pas l'existence d'une opposition en fonction des textes discutés<sup>515</sup>. Ingolf Pernice souligne ainsi que la réalisation du modèle de concordance démocratique ne fait pas de l'UE un système moins démocratique que l'Allemagne qui connaît un système parlementaire caractérisé par une majorité et une opposition stable<sup>516</sup>.

Un dernier obstacle est avancé par la Cour. Selon elle, même si une opinion publique européenne se développe, "*la perception publique des questions et le personnel politique dirigeant reste dans une très large mesure lié à des modèles d'identification nationaux, linguistiques, historiques, et culturels*"<sup>517</sup>. Et si elle reconnaît par ailleurs que "*la fédéralisation interne et la supranationalisation externe peuvent ouvrir de nouvelles possibilités de participations citoyennes*", elle ajoute que celles-ci "*rendent plus difficile la formation d'une volonté majoritaire capable de s'imposer, qui remonte directement du peuple*"<sup>518</sup>. Là encore, la forme de démocratie consociative permet de trouver des solutions, même si cette forme apparaissant moins lisible pour les citoyens elle appelle des compléments<sup>519</sup>.

La Cour n'envisage pas un véritable système supranational démocratique reposant sur plusieurs légitimités, pour elle l'Union européenne n'a de légitimité que celle des peuples des Etats car les Etats sont à l'origine des traités. Au-delà, elle n'envisage qu'une légitimation par un peuple européen, elle ne propose qu'une perspective statocentrée, tout en estimant que l'Union européenne est loin de remplir les critères démocratiques pour devenir un Etat démocratique<sup>520</sup>. La Cour constitutionnelle relève que l'UE n'a pas, même avec le Traité de Lisbonne, une "*organisation qui corresponde au niveau de légitimation d'une démocratie constitutionnelle étatique*"<sup>521</sup>, alors que le but n'est pas de faire un Etat, mais de trouver une solution qui satisfasse comme l'indique Joschka Fischer à la fois le principe de démocratie et celui de

<sup>511</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.215).

<sup>512</sup> BVerfGE 5, 85 (pp.198 et s.) (cité par BVerfGE 123, 267 (pt.270)).

<sup>513</sup> BVerfGE 123, 267 (pts. 213 et 268).

<sup>514</sup> *Ibid.*, pt.215. Elle le répète pt.280 : "*Il manque un système d'organisation politique dans lequel une volonté issue de la majorité européenne porte la formation du gouvernement de telle façon qu'elle remonte aux décisions électorales libres et égales et que puisse naître une compétition entre le gouvernement et l'opposition qui soit transparente pour les citoyens*".

<sup>515</sup> Voir sur le modèle consociatif suisse : *infra* partie II chap.II sect.II §3 B 2).

<sup>516</sup> PERNICE (I.), Plädoyer... (*op.cit.* note 243), p.27.

<sup>517</sup> BVerfGE 123, 267 (p.251).

<sup>518</sup> *Ibid.*, pt.247.

<sup>519</sup> Cf. sur cette problématique *infra* partie II chap.II sect.II §3.

<sup>520</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.276).

<sup>521</sup> *Ibid.* La Cour considère que le renforcement de leur rôle en matière de subsidiarité ou dans des cas de modifications de la procédure décisionnelle au sein de l'UE n'est pas suffisant pour entraîner une amélioration de la démocratie au sein de l'UE. Elle aboutit à la même conclusion concernant l'initiative citoyenne (*Ibid.*, pt.293).



souveraineté des Etats et ainsi la défense de l'intérêt étatique<sup>522</sup>. Les juges ayant participé à la formation de jugement n'ont pas suivi la sage réponse faite en 2007 à la question du déficit démocratique au sein de l'UE par Hans-Jürgen Papier, membre de la Cour constitutionnelle de 1998 à 2010 et Président de cette institution de 2002 à 2010, selon laquelle "*l'Union n'est pas un Etat et n'a pas vocation à la devenir*"<sup>523</sup>. La Cour juge que l'UE se trouve, au regard du principe démocratique, dans une "*situation de fédéralisation excessive*", cependant là encore le jugement prend, comme elle le précise, comme référence l'Etat fédéral<sup>524</sup>.

La Cour ne tient pas compte de l'extension des compétences du Parlement européen. Elle ne propose comme alternative qu'une Union européenne reposant sur la légitimité des parlements nationaux et dont la poursuite de l'intégration ne peut être que limitée, et un Etat fédéral européen. C'est là encore une différence importante avec la Cour constitutionnelle tchèque qui dans sa seconde décision *Lisbonne*, souligne que "*le processus démocratique aux niveaux de l'Union et interne se soutiennent mutuellement et sont dépendants l'un de l'autre*" en citant des conclusions de l'avocat général Maduro qui visaient les différentes formes d'expression de la démocratie au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission<sup>525</sup>.

**543.** La Cour ne se contente pas ensuite dans son arrêt *Lisbonne* de rappeler son refus d'une "*habilitation en blanc*"<sup>526</sup> posée dans l'arrêt *Maastricht*, elle impose que le vote positif du représentant allemand au Conseil dans le cas de l'utilisation de la clause de modification du mode de prise de décision par l'UE dépende de l'adoption préalable d'une loi<sup>527</sup>.

Enfin, la Cour constitutionnelle a exigé que la loi d'accompagnement soit modifiée afin que le Parlement puisse exercer "*sa responsabilité d'intégration*"<sup>528</sup>. La CSU, parti bavarois allié au parti conservateur allemand CDU, demandait même un protocole annexé au Traité dans lequel l'Allemagne indiquerait que celui-ci ne s'impose à elle que "*dans le sens des lignes directrices formulées par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe*"<sup>529</sup>. La CDU avait accepté de demander une déclaration, mais le SPD ayant refusé, cette idée a été finalement abandonnée<sup>530</sup>. Une telle déclaration n'aurait pu être acceptée par les partenaires européens. En effet, que la possibilité d'un contrôle soit agité comme garde fou est une chose, mais le mettre dans une déclaration annexée au traité, même si la valeur juridique de telles déclarations est discutée, en est une autre car c'est introduire officiellement une exception au principe de l'autorité de la CJUE. La soumission à un vote obligatoire de la ou des chambres, selon que le Bundesrat a ou non dans la matière un pouvoir d'accord, a été pourtant souvent présenté comme un frein à la construction européenne, même si des Etats connaissent déjà un rôle renforcé du Parlement qui contrôle son gouvernement, donne des instructions à respecter au conseil, allant beaucoup plus loin que ce qu'exige la Cour. Rupert Scholz donne à cet égard comme exemple le Danemark, mais ne recommande pas de le suivre car selon lui il faut "*laisser au gouvernement fédéral un*

<sup>522</sup> FISCHER (J.), Ein nationaler Riegel, *Die Zeit*, 9 juillet 2009.

<sup>523</sup> Interview mit Verfassungsrichter Papier : Die Union ist kein Staat ist und soll es auch nicht werden, *FAZ*, 24. July 2007. Le juge Papier n'a pas participé à la formation de jugement du Traité de Lisbonne.

<sup>524</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.288).

<sup>525</sup> PI ÚS 29/09, pts.1138-39 renvoyant aux conclusions de l'avocat général Maduro dans l'aff.C-411/06, *Commission c/ Parlement et Conseil* (souligné par : WENDEL (M.), *La jurisprudence... (op.cit. note 8)*, p.106). Voir sur cette question *infra* partie II chap.II sect.II §3 A.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p.236.

<sup>527</sup> *Ibid.*, pts.414-415, repris par le §4 de la loi sur la garantie de la responsabilité d'intégration du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'UE (*BGBl*, 2009 I, p.3022).

<sup>528</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.107).

<sup>529</sup> BARRIERE (A.-L.), ROUSSEL (B.), *Le Traité... (op.cit. note 448)*, p.8 note 18.

<sup>530</sup> CDU, CSU und SPD streiten über EU-Vertrag, *Spiegel Online*, 2 septembre 2009 :

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundestag-cdu-csu-und-spd-streiten-ueber-eu-vertrag-a-646595.html>.



*certain degré de flexibilité*" pour ces questions à l'instar de l'Autriche où le gouvernement ne peut s'abstenir d'un recours à une participation importante du Parlement que pour des "*raisons impérieuses liées à l'intégration européenne ou à la politique étrangère*"<sup>531</sup>. Il note que la Cour constitutionnelle n'exige d'ailleurs pas d'aller aussi loin et que le principe d'*Europafreundlichkeit* justifie une marge de manœuvre du gouvernement avec pour limite l'obligation d'accord du Parlement pour toute augmentation des compétences de l'UE<sup>532</sup>. Malgré cette lecture positive de l'arrêt il demeure, comme le souligne Matthias Wendel, que ce ne sont pas les autorités politiques qui ont pris la décision de prévoir des procédures de vote mais la Cour constitutionnelle, là où dans le cas autrichien, danois ou tchèque, ce sont les autorités politiques qui l'ont décidé<sup>533</sup>.

La Cour fait enfin ici une interprétation du principe de démocratie en contradiction avec sa propre jurisprudence sur les principes intangibles. En effet, sa jurisprudence *Lisbonne* conduit à entendre largement la possibilité de violation du principe démocratique alors qu'elle souligne dans sa jurisprudence classique déjà évoquée que les limites posées au pouvoir de la Constitution sont d'interprétation stricte<sup>534</sup>. Si un contrôle de constitutionnalité, y compris de potentielles lois constitutionnelles est bon, une interprétation trop stricte des limites au pouvoir de révision peut apparaître problématique. Christian Callies écrit ainsi que sous couvert de renforcement de la "*responsabilité d'intégration du Parlement*" qui peut en soi se justifier, la décision peut être lue comme un verrouillage de la Cour constitutionnelle lui permettant d'avoir le dernier mot<sup>535</sup>.

### c) La confirmation d'une lecture stricte dans les arrêts ultérieurs

**544.** Il est tout d'abord à noter que la Cour a confirmé la différence entre un Parlement correspondant aux canons démocratiques qu'elle a définis et le parlement européen dans un arrêt de 2011 dans lequel elle a conclu que la clause des 5% destinée à éviter un éparpillement des partis politiques était, à la différence du contexte interne, inconstitutionnelle dans celui des élections européennes. Elle n'était selon elle ni nécessaire au travail au sein du Parlement européen car il n'y a pas de problème pour trouver une majorité pour adopter un texte, ni indispensable à la stabilité d'un gouvernement puisque la Commission ne repose pas sur une majorité partisane au sein du Parlement européen<sup>536</sup>.

**545.** Dans la lignée de l'exigence posé dans son arrêt *Lisbonne* au regard de la responsabilité d'intégration du Bundestag, la Cour a par ailleurs, dans un arrêt de février 2012, déclaré inconstitutionnel le comité de 9 membres qui avait été mis en place au sein de la commission budgétaire du Bundestag afin d'agir en cas d'urgence dans le cadre de l'UEM et dont le nombre restreint avait été décidé pour des raisons de confidentialité<sup>537</sup>. Elle considère en effet que ce comité privait les membres de la commission de leur droit de parole et ne permettait pas une représentativité des tendances politiques au Bundestag. Elle rend ainsi plus difficile une action rapide du Bundestag en cas de nécessité.

Concernant les pouvoirs budgétaires du Bundestag, la Cour a rappelé dans son arrêt de 2011 sur le mécanisme européen de stabilité provisoire que le Bundestag abandonnerait sa responsabilité s'il renonçait à donner son accord aux éléments essentiels constituant les

<sup>531</sup> SCHOLZ (R.), Analyse de la décision...(*op.cit.* note 502), p.35.

<sup>532</sup> *Ibid.*, p.36.

<sup>533</sup> WENDEL (M.), La jurisprudence...(*op.cit.* note 8), p.110.

<sup>534</sup> Cf. *supra* §1 B 3).

<sup>535</sup> CALLIES (C.), Unter Karlsruher Total-aufsicht, *FAZ*, 27 août 2009.

<sup>536</sup> BVerfGE 129, 300 (2e sénat 9 novembre 2011 *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG*) (pts.118 et s.)

<sup>537</sup> BVerfG, 2 BvE 8/1128 (2e sénat 28 février 2012)



dépenses ou recettes<sup>538</sup>. Toutefois, elle conclut dans l'espèce que les montants de la participation au mécanisme ajouté à l'aide à la Grèce sont supportables même dans l'hypothèse où l'ensemble devrait être mis en jeu<sup>539</sup>. Elle estime en effet que la participation à l'intégration européenne implique pour l'Allemagne de vastes contraintes juridiques et obligations encadrant sa politique financière, mais que malgré leur importance le pouvoir budgétaire ne subit pas une limitation telle qu'elle porterait atteinte aux pouvoirs du Bundestag<sup>540</sup>. La Cour exige par contre que le Bundestag donne son accord de façon individuelle aux aides accordées et qu'il ait une influence suffisante sur la façon dont les aides sont utilisées, rendant là encore plus lente une prise de décision au niveau européen<sup>541</sup>.

Dans sa décision de septembre 2012 rendue en référé sur le mécanisme européen de stabilité permanent (MES), la Cour indique certes que le principe selon lequel la zone euro doit être une communauté de stabilité ne signifie pas qu'il ne peut y avoir de modification dans l'organisation de l'UEM, et que des modifications sont au contraire acceptables dans la mesure où elles visent à préserver structurellement la stabilité<sup>542</sup>, un des éléments qui lui permet d'accepter la modification de l'art.136 TFUE pour permettre la mise en place d'un mécanisme permanent de stabilité<sup>543</sup>. Mais elle réaffirme un cadre très strict de contrôle de la part du Bundestag concernant l'utilisation de ce mécanisme, rappelant que plus le niveau de garanties financières à apporter est important, plus les pouvoirs de contrôle du Bundestag doivent être importants et que ce niveau ne doit pas rester indéterminé<sup>544</sup>. Ainsi, elle impose notamment une interprétation conforme dans la loi de ratification concernant la détermination du niveau du MES<sup>545</sup> afin que le Parlement conserve le pouvoir en la matière.

**546.** Enfin, on citera pour illustrer la rigueur de la Cour, cette fois-ci à l'égard du devoir d'information du Bundestag un arrêt de juin 2012 qui conclut à la violation par le gouvernement fédéral de ce devoir dans le cadre du mécanisme européen de stabilité et du pacte euro-plus pour l'avoir informé trop tardivement de l'état d'avancement de ces deux textes<sup>546</sup>.

**547.** Angela Merkel a qualifié les membres de la Cour constitutionnelle de scorpions, et même si l'anecdote se voulait être une plaisanterie, elle démontre l'agacement des politiciens allemands<sup>547</sup>. Si pour l'instant la Cour a validé les renforcements d'intégration de l'Union

---

<sup>538</sup> BverfGE 129, 124, pt.125

<sup>539</sup> *Ibid.*, pt.135

<sup>540</sup> *Ibid.*, pt.124

<sup>541</sup> Voir sur la problématique du déficit démocratique dans le cadre de l'UEM et la nécessité d'une solution passant par le Parlement européen : *infra* partie II chap.II sect.II §3 A 1).

<sup>542</sup> BVerfG, 2 BvR 1390 (2<sup>e</sup> sénat, 12 septembre 2012 *MES et traité sur la stabilité*) (pts.221-222).

<sup>543</sup> *Ibid.*, pt.232. Elle valide le traité sur la stabilité, ce qui était attendu puisque la Loi fondamentale avait révisée quelques années auparavant pour inscrire des règles de rigueur budgétaire, ce que la Cour rappelle.

<sup>544</sup> *Ibid.*, pt.212.

<sup>545</sup> *Ibid.*, pt.251. Les autres Etats membres de la zone euro ont fait une déclaration écrite garantissant à l'Allemagne le niveau de garantie de 190 milliards d'euros pour répondre à cette exigence : voir : Euro-Länder garantieren Deutschland Zahlungslimit, *Spiegel online* : <http://www.spiegel.de/politik/ausland/euro-zone-gibt-deutschland-esm-garantien-a-858305.html>.

<sup>546</sup> BverfG, 2 BvE 4/11 (2<sup>e</sup> sénat du 19 juin 2012 *MES et pacte euro-plus*).

<sup>547</sup> "Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis, pour ainsi dire la soeur américaine de notre Cour constitutionnelle, ont un jour été décrits comme neuf scorpions dans une bouteille. En tant que personne extérieure, je ne peux en fait pas juger si cette appréciation est fondée. Mais pour rester dans l'image, la piqure des scorpions atteint parfois aussi les autres organes constitutionnels" (citation d'un extrait de discours d'Angela Merkel fait en septembre 2011 à la Cour constitutionnelle : Angela Merkel et les "scorpions" de la Cour, *Le Monde*, 10.09, 2012 : [http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/09/10/angela-merkel-et-les-scorpions-de-la-cour\\_1758033\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/09/10/angela-merkel-et-les-scorpions-de-la-cour_1758033_3232.html)). La version originale du discours se trouve sur le site du gouvernement fédéral : <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Bulletin/2011/09/98-1-bk-bundesverfassungsgericht.html>.



européenne, ces limites pèsent toujours comme une menace à chaque décision portant sur une extension des compétences des institutions européennes, au point que le ministre des finances Wolfgang Schäuble a évoqué la possibilité d'organiser un référendum afin de surmonter les blocages éventuels de la Cour concernant un renforcement de l'intégration européenne au regard du principe de démocratie. Toutefois, à la différence du dépassement de compétence, la question de l'identité constitutionnelle ne pose réellement problème qu'au regard de la poursuite de l'intégration européenne. Par contre, il n'existe pas de tension réelle entre l'Union européenne et ses Etats membres, aucun élément identitaire d'un Etat ne semble devoir ébranler la Fédération comme cela a été le cas de l'esclavage dans le cadre de la Fédération américaine.

### **C. L'esclavage : élément d'identité constituant un vice originel de l'Union américaine**

**548.** Le statut de l'esclavage est intrinsèquement objet de tension au sein de la Fédération américaine. D'un côté, il est possible de parler de vice originel de la Fédération américaine. Le choix pour ou contre l'esclavage aurait dû faire partie des éléments d'homogénéités requis, à l'instar du système républicain. Au-delà, l'institution de l'esclavage apparaissait contraire aux valeurs fondatrices de l'Union américaine, aux valeurs fondamentales de la Constitution fédérale, Mark Brandon soulignant la contrariété aux principes mêmes du constitutionnalisme<sup>548</sup>, si bien qu'il ne pouvait être qu'une tolérance<sup>549</sup>. Mais d'un autre côté, l'esclavage était considéré par les Etats du Sud comme une institution essentielle, dont la protection avait été une condition posée pour leur acceptation de la Constitution de 1787. Le choix qui a été fait en 1787 était celui d'une simple tolérance par la Fédération de cette institution, mais le fragile équilibre a été rediscuté à chaque entrée d'un nouvel Etat membre dans la Fédération (1). Au-delà, l'application de ce compromis a fait l'objet de résistances de la part des autorités étatiques (2). Une affaire tranchée par la Cour suprême va venir porter un coup à ces recherches de compromis en donnant raison à l'interprétation faite par les Etats du Sud, celle de l'esclavage comme relevant du droit fondamental de propriété et de l'obligation pour le gouvernement fédéral de le respecter, remettant en cause la simple tolérance constitutionnelle qu'il avait et précipitant ainsi la marche vers la guerre de Sécession (3).

#### ***1) Un équilibre instable***

**549.** Un certain nombre de concessions ont été faites aux Etats du Sud afin que ces derniers ratifient la Constitution<sup>550</sup> (a). Mais l'absence d'homogénéité concernant l'esclavage au sein de l'Union américaine a conduit à la relance du débat sur la détermination de son autorisation dans les nouveaux Etats membres à chaque élargissement de la Fédération (b).

#### **a) Le cadre d'origine posé en 1787**

**550.** Les Etats du Sud étaient moins peuplés que les Etats du Nord, ce qui les défavorisait à la Chambre des représentants, et ils étaient moins nombreux que les Etats du Nord, ces derniers comprenant beaucoup de petits Etats, ce qui leur donnait également un désavantage au Sénat en vertu du principe d'égalité de représentation entre Etats<sup>551</sup>. Il est en conséquence accordé aux

<sup>548</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.275.

<sup>549</sup> Voir en ce sens notamment Elisabeth ZOLLER qui estime dans le même temps que "le statut constitutionnel de l'esclavage" était "plutôt celui d'une tolérance que d'un droit" (*Grands arrêts...*(*op.cit.* note 82), p.209 : présentation du contexte de l'affaire *Dred Scott*, p.208).

<sup>550</sup> Voir la présentation du contexte de l'affaire *Dred Scott* par Elisabeth ZOLLER (*Ibid.*, p.209).

<sup>551</sup> Des Etats du Nord étaient encore officiellement esclavagistes, mais en pratique l'institution n'avait pas un grand poids. Ainsi ils l'auront pour la plupart abolis au début du XIX<sup>e</sup> siècle et dans les rares Etats l'ayant conservé il n'aura qu'un poids marginal. Dans le Maryland, il diminue très fortement entre 1787 et le début du



Etats du Sud la clause dite des 3/5<sup>e</sup> qui fait partie de qui est appelé le "*Grand Compromis*" (Great Compromise) consistant dans la création de deux chambres fédérales. La clause des 3/5<sup>e</sup> consiste à compter chaque esclave, visé par l'expression "*toute autre personne*" à l'art.I sect.2 cl.3<sup>552</sup>, pour 3/5<sup>e</sup> d'une personne pour le calcul de la population des Etats servant de base à la détermination du nombre d'élus d'un Etat à la Chambre des représentants. Cette disposition sera écartée par le 14<sup>e</sup> Amendement sect.2<sup>553</sup>.

D'autres concessions ont été faites aux Etats du Sud relativement aux garanties de l'esclavage. Un délégué de Caroline du Sud avait en effet avancé la crainte d'une Constitution donnant le pouvoir aux Etats ne connaissant pas l'esclavage d'amender la Constitution pour l'interdire<sup>554</sup>. Si la Constitution de 1787 n'emploie pas expressément le terme d'esclave, lui préférant l'expression de "*personne [...] tenue à un service ou travail*", ce délégué a obtenu l'inclusion de plusieurs dispositions protégeant l'institution. L'art.V prévoyant la procédure d'amendement constitutionnel contient ainsi une disposition transitoire interdisant tout amendement avant 1808 susceptible d'affecter "*d'une quelconque manière*" les dispositions de la Constitution relatives à l'esclavage. De plus, l'art.I sect.9 cl.1 interdit au Congrès de légiférer sur la prohibition de l' "*importation*" de personnes avant 1808. L'abolition de la traite des esclaves sera ainsi uniquement votée à la fin de ce délai<sup>555</sup>. L'art.IV sect.3 de la Constitution pose par ailleurs le principe de l'interdiction pour un Etat d'affranchir un esclave provenant d'un autre Etat, et l'obligation de le remettre à son propriétaire sur sa demande<sup>556</sup>. Le Fugitive Slave Act de 1793 met en place le mécanisme juridique permettant de mettre en œuvre cette disposition constitutionnelle<sup>557</sup>.

Par ailleurs une ordonnance est en outre adoptée par le Congrès de la Confédération en 1787 qui prévoit dans le cas du Territoire du Nord ouest, qui dépend de l'Union américaine et dont les Territoires le composant ont vocation à devenir des Etats membres de la Fédération, le principe de l'interdiction de l'esclavage au nord de la rivière de l'Ohio<sup>558</sup>.

## **b) Une relance de la question de l'esclavage à l'entrée d'un nouveau membre**

**551.** Pour les extensions ultérieures, des conflits éclatent. Un premier règlement est trouvé avec

---

XIX<sup>e</sup> siècle et ne demeure en pratique que dans une partie du territoire. On constate dans le même phénomène dans le cas du Delaware et même un soutien de ses représentants au Congrès à l'opposition à l'extension de l'esclavagisme dans les nouveaux Etats membres. C'était en effet les Etats du Sud qui avaient un intérêt économique important à son maintien. Voir pour des précisions : SANTORO (N.), *Atlas of Slavery and Civil Rights : An Annotated Chronicle of the Passage from Slavery and Segregation to Civil Rights and Equality Under the Law*, iUniverse, 2006, pp.13-20 et p.31. Voir aussi pour une présentation ramassée : la présentation du contexte de l'affaire *Dred Scott* par Elisabeth ZOLLER (*Ibid.*, p.209).

<sup>552</sup> Art.I sect.2 cl.3 : "*Les représentants et les impôts directs seront répartis entre les différents Etats qui pourront faire partie de cette Union, proportionnellement au nombre de leurs habitants, qui sera déterminé en ajoutant au nombre total des personnes libres [...] trois cinquièmes de toutes les autres personnes.*"

<sup>553</sup> 14<sup>e</sup> Amendement sect.2 : "*Les représentants seront répartis entre les divers Etats proportionnellement à leur population respective, calculée en comptant tous les habitants de chaque Etat, à l'exclusion des Indiens, non imposés.*"

<sup>554</sup> LINDER (D.), What in the Constitution cannot be amended ?, *Arizona Law Review*, 1981, n°23, p.721.

<sup>555</sup> SANTORO (N.), *Atlas...*(*op.cit.* note 551), p.32-33.

<sup>556</sup> Art.IV Sect.3 : "*Une personne qui, tenue à un service ou travail dans un Etat en vertu des lois y existant, s'échapperait dans un autre, ne sera libérée de ce service ou travail en vertu d'aucune loi ou réglementation de cet autre Etat, mais sera livrée sur la revendication de la partie à laquelle le service ou travail pourra être dû.*"

<sup>557</sup> Proceedings and debates of the House of representatives of the United States at the second session of the second Congress, begun at the city of Philadelphia, November 5, 1792, *Annals of Congress*, 2<sup>nd</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session (November 5, 1792 to March 2, 1793), pp.1414-1415.

<sup>558</sup> SANTORO (N.), *Atlas...*(*op.cit.* note 551), p.24.



la loi dite "*compromis du Missouri*" de 1820<sup>559</sup>. Par cette loi, le Congrès accepte l'entrée de l'Etat du Missouri dans l'Union en tant qu'Etat esclavagiste mais pose le principe que les Etats qui rentreraient ou seraient créés dans l'Union américaine pourraient uniquement décider d'être esclavagistes s'ils étaient au sud de la latitude 36°30'. Dans une lettre écrite peu de temps après son adoption, Thomas Jefferson écrit que le Congrès en légiférant sur cette question sonnait le "*glas de l'Union*", mettant en garde contre "*une ligne géographique, coïncidant avec un principe marqué, moralement et politiquement*" qui ferait surgir les passions les plus destructives des hommes<sup>560</sup>.

Une proposition d'interdire l'esclavage dans le territoire acquis suite à la victoire de l'Union dans la guerre contre le Mexique, dite "*clause Wilmot*" du nom de son auteur, est adoptée à la Chambre des représentants par deux fois en 1846 et 1847, mais elle est dans les deux cas repoussée au Sénat où les Etats du Sud ont une majorité.

En 1850, éclate un conflit réglé par un nouveau compromis. Le Kansas-Nebraska Act est finalement adopté en 1854<sup>561</sup>. La Californie devient un nouveau membre de l'Union comme Etat non esclavagiste, en contrepartie de quoi le Nouveau Mexique et l'Utah peuvent décider s'ils autoriseront ou non l'esclavage et une nouvelle loi sur les esclaves en fuite (Fugitive Slave Act) est adoptée qui durcit le mécanisme posé en 1793. En autorisant que ces deux nouveaux Etats de l'Union aient un droit de décider d'autoriser l'esclavage, le Congrès revient sur le principe posé dans le Compromis du Missouri, sans l'abroger officiellement. L'idée de base du compromis était qu'une tolérance heurtait les valeurs des Etats non esclavagistes, mais qu'ils restaient libres de les affirmer au sein de leur territoire. Seulement, les dispositions de la nouvelle loi sur les esclaves en fuite restreignent fortement l'autonomie des Etats non esclavagistes dans un domaine fondamental. Les Etats du Sud invoquaient certes au soutien de cette loi leur droit à protéger l'institution essentielle qu'était pour eux l'esclavage, mais les Etats du Nord rétorquaient que cette loi était une intervention massive du gouvernement fédéral dans l'autonomie des Etats. S'affrontaient donc deux arguments liés à la protection de l'intégrité de l'Etat.

Dans ce contexte, Daniel Webster déclare, lors d'un débat au Sénat avec Robert Hayne en juillet 1850, que "*si une maison est divisée contre elle-même, elle tombera et écrasera tous ses occupants sous ses débris*"<sup>562</sup>, soulignant encore une fois le danger constitué par cette question de l'esclavage pour l'Union américaine. De même, dans son discours prononcé à Peoria en 1854, Lincoln fait un plaidoyer contre l'esclavage et critique tout particulièrement cette loi sur l'organisation du Kansas et du Nebraska en ce qu'elle permet d'étendre l'esclavage à ces territoires<sup>563</sup>.

**552.** Cette division n'a pas seulement des conséquences récurrentes lors de l'entrée de nouveaux membres, les actes de résistances des Etats du Nord comme du Sud à l'application des compromis alimentent continuellement les tensions.

---

<sup>559</sup> Voir pour des précisions sur le Compromis : *Ibid.*, p.37.

<sup>560</sup> Il écrit au sujet de la question du Missouri que "*cette question capitale, comme une cloche d'incendie dans la nuit, m'a réveillé et rempli d'effroi. Je l'ai tout de suite considéré comme le glas de l'Union. On se tait en effet pour le moment. Mais ce n'est qu'un sursis, et non un jugement définitif*" (Extrait d'une lettre de Thomas Jefferson à John Holmes du 22 avril 1820 : JEFFERSON (T.) (éd.), *Memoirs, Correspondence, and Private Papers of Thomas Jefferson*, vol.4, éd. Colburn, London, 1829, pp.323-333).

<sup>561</sup> 10 Stat.77.

<sup>562</sup> Cité par : FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.865.

<sup>563</sup> BASLER (R.) (éd.), *The collected works of Abraham Lincoln, vol.2*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1953, p.247-283.

## 2) La résistance au compromis posé par le droit fédéral

**553.** La résistance provient aussi bien des Etats du Sud considérant le droit fédéral insuffisamment protecteur de l'institution de l'esclavage (a), que des Etats du Nord dénonçant ledit esclavage et la limitation de leur autonomie par la loi sur les esclaves en fuite (b).

### a) La résistance des Etats du Sud

**554.** Un premier exemple de la résistance des autorités de Caroline du Sud est donné par l'opposition au sujet des "*marins noirs*"<sup>564</sup>. Le corps législatif adopte en 1822 une loi prévoyant que les marins noirs des bateaux se trouvant dans le port de Charleston seraient emprisonnés le temps que les bateaux sont à quai afin d'empêcher des échanges avec les esclaves. Cette loi viole un traité entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne donnant libre accès aux ports des deux parties à leurs habitants respectifs. Un des emprisonnés demande une ordonnance d'Habeas Corpus à un juge de la Cour suprême des Etats-Unis<sup>565</sup>, William Johnson, en invoquant que la violation de ce traité constituait également une violation de l'art.VI cl.2 de la Constitution fédérale posant la primauté des traités conclus par les EU sur le droit des Etats. L'Etat de Caroline du Sud rétorque devant la Cour que ce traité est inconstitutionnel car il viole selon lui le principe d'énumération des compétences fédérales, les Etats devant conserver toute compétence permettant d'assurer la sécurité à l'intérieur de leur territoire. Le recours est rejeté pour une question de forme, mais le juge Johnson ajoute, dans un *obiter dictum*, rejeter l'argumentation de la Caroline du Sud, soulignant que celle-ci reviendrait à remettre en cause le principe de primauté du droit fédéral. Malgré cet *obiter dictum* et la protestation du ministre fédéral de la justice dénonçant la contrariété au traité ainsi qu'à la compétence fédérale en matière de réglementation de commerce entre Etats, les chambres du corps législatif carolinien réaffirment le droit de l'Etat à assurer sa sécurité intérieure. Les autorités fédérales en restent là. Ainsi, comme le souligne Jean-Philippe Feldman, "*le résultat fut une indéniable victoire pour les caroliniens, puisqu'un tel exemple ne pouvait que miner l'autorité de la loi fédérale et son indispensable respect par les autorités des Etats*"<sup>566</sup>.

### b) La résistance des Etats du Nord

**555.** Un premier exemple de résistance d'un Etat du Nord permet également de montrer que les Etats interdisant l'esclavage n'étaient pas des défenseurs inconditionnels des pouvoirs fédéraux, et les Etats esclavagistes leurs opposants acharnés puisqu'en l'espèce le conflit entre la cour suprême du Wisconsin et la Cour suprême voit les Etats du Sud soutenir la position du juge fédéral et les Etats du Nord s'y opposer<sup>567</sup>. La cour suprême du Wisconsin déclare la loi fédérale sur les esclaves en fuite de 1850 *ultra vires* dans une décision *Booth* de 1854<sup>568</sup>. En l'espèce, M. Booth avait été arrêté par un agent de la police fédérale dans l'Etat du Wisconsin pour avoir aidé un esclave en fuite, mais libéré par une juridiction de cet Etat. Un tribunal fédéral ordonne alors de procéder à nouveau l'arrestation, mais la cour suprême du Wisconsin ordonne sa mise en liberté en arguant que le droit reconnu par cette loi aux propriétaires d'esclaves ne relève pas du

<sup>564</sup> Sur cette affaire voir : FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), pp.20-21.

<sup>565</sup> Cette procédure à un examen des causes d'un emprisonnement.

<sup>566</sup> FELDMAN (J.-P.), *La bataille...*(*op.cit.* note 12), p.21.

<sup>567</sup> Voir : BOOM (S.), *The European Union...*(*op.cit.* note 6), p.193 ; SANDERS (P.) (dir.), *Interposition...* (*op.cit.* note 119), p.495.

<sup>568</sup> *Booth*, 3 Wisc. 1 (1854). Voir MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 15), p.296. Voir aussi MCMANUS (M.), *Political abolitionism in Wisconsin, 1840-1861*, Kent, The Kentucky University Press, 1998, pp.133-149. Voir sur la question du dépassement de compétence constatée par la cour du Wisconsin : *supra* sect.I §1 B 1).



domaine de compétence fédérale. La Cour suprême rend une décision *U.S. v. Booth* en 1856<sup>569</sup> qui réaffirme la position du tribunal fédéral, mais elle n'est pas appliquée par la cour suprême du Wisconsin, tout comme sa décision *U.S. v. Booth* en 1859<sup>570</sup>. La cour suprême du Wisconsin refuse à nouveau de se plier dans une décision *Booth* de 1859<sup>571</sup> et est soutenue dans cette affaire par les autres Etats du Nord opposés à l'esclavage. Outre la question du dépassement de compétence, elle estime que les garanties apportées par la Constitution sont mises à mal par la législation fédérale en matière d'esclavage<sup>572</sup>. Franz Mayer voit dans ce refus de plier de la part de la cour suprême du Wisconsin une des raisons de la décision *Dred Scott* de 1857<sup>573</sup>.

**556.** Au-delà, des mouvements sécessionnistes voient le jour dans les Etats du Nord. Ainsi, l'aile garrisonienne des abolitionnistes, du nom du fondateur de William Lloyd Garrison de l' "*Anti-Slavery Society*", a été en pointe des discussions sur la sécession pour le Nord. Dès 1837, un de ses représentants estime que l'esclavage est un clivage ne permettant pas la coexistence dans une même Union<sup>574</sup>. En 1843, l'Anti-Slavery Society du Massachusetts adopte une résolution défendue par Garrison affirmant que "*le pacte qui existe entre le Nord et le Sud est un contrat avec la mort, et un accord avec l'enfer*", puis en 1844, une résolution affirmant que le seul moyen pour le Nord d'éviter une telle compromission est la sécession en le résumant par la formule "*pas d'union avec des esclavagistes*"<sup>575</sup>. De même, certains groupes dans le Massachusetts réfléchissent à une possible sécession<sup>576</sup>.

### **3) La fatale remise en cause du fragile équilibre**

**557.** La situation pour les Etats du Nord devient inacceptable avec la remise en cause du compromis du Missouri par l'arrêt *Dred Scott* (a) et les tensions avec les Etats du Sud en sortent encore renforcées (b).

#### **a) La remise en cause du compromis par la Cour suprême : l'arrêt *Dred Scott***

**558.** Dans l'espèce, un esclave, Dred Scott, et son maître s'étaient rendus du Missouri, Etat esclavagiste, dans l'Illinois, Etat non esclavagiste en vertu de l'Ordonnance du Nord-ouest et du compromis du Missouri<sup>577</sup>. A la mort de celui-ci, Dred Scott est ramené dans le Missouri. Il fait un recours devant le juge étatique contre la veuve de son maître invoquant qu'il avait été affranchi en conséquence d'un séjour dans des territoires interdisant l'esclavage, mais il est finalement débouté par la Cour suprême du Missouri qui souligne que son retour l'avait fait redevenir esclave. Il décide alors d'agir devant le juge fédéral contre le frère de la veuve qui avait aidé cette dernière lors des précédents procès. Il argue en effet que ce dernier est citoyen de l'Etat de New York, et se présente lui-même comme citoyen du Missouri. La juridiction fédérale de première instance rejette la fin de non recevoir du défendeur qui se fondait sur l'absence de qualité de citoyen de Dred Scott, mais elle déboute ce dernier au fond en arguant que la loi applicable était celle de l'Etat du Missouri. La Cour suprême jugeant l'affaire en appel juge au contraire que cette fin de non recevoir est valable. Elle affirme que même si des Etats

<sup>569</sup> *U.S. v. Booth*, 18 How. 476 (1856).

<sup>570</sup> *U.S. v. Booth*, 21 How. 506 (1859).

<sup>571</sup> *Booth*, 11 Wisc. 498 (1859).

<sup>572</sup> *Ibid.*, pp.505 et s.).

<sup>573</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

<sup>574</sup> WENDELL (P.), "The right of petition", speech at quarterly meeting of the Massachusetts Anti-Slavery Society (March 28, 1837), in : *Speeches, lectures and letters*, Lothrop, Lee and Shepard, Boston, 1891, pp.4-5.

<sup>575</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.288.

<sup>576</sup> CATA BACKER (L.), *The extra-national State...*(*op.cit.* note 14), p.182 note 45.

<sup>577</sup> Voir pour une présentation de l'affaire *Dred Scott* (ZOLLER (E.), *Grands arrêts...*(*op.cit.* note 82), p.210).



accordent aux Noirs des droits de citoyenneté, cela ne signifie pas qu'ils ont la qualité de citoyen de l'Union américaine, leurs droits n'ayant d'effet que dans les limites des territoires desdits Etats. Elle ajoute que la nationalité américaine ne pouvant être conférée que par le Congrès, un Etat ne peut attendre du gouvernement fédéral qu'il garantisse le respect des droits de citoyenneté qu'il accorde à une personne si le droit fédéral ne permet pas sa naturalisation<sup>578</sup>. La Cour poursuit que les rédacteurs de la Constitution fédérale n'ont pas voulu considérer que les Noirs étaient citoyens américains, même lorsqu'ils étaient affranchis<sup>579</sup>, et que la Constitution doit être interprétée en fonction du sens qu'on a voulu lui donner au moment de sa rédaction en l'absence d'amendement sur ce point<sup>580</sup>. Elle concède que plusieurs Etats avaient aboli l'esclavage au moment de l'adoption de la Constitution, mais affirme que leur décision était induite non pas par la considération que les Noirs devaient être considérés comme faisant partie de leur peuple, mais par l'absence de possibilité de tirer profit de l'esclavage pour le type d'activités qui y étaient menées<sup>581</sup>. La Cour en déduit que Dred Scott ne peut être considéré comme citoyen du Missouri et ne peut donc exercer de recours juridictionnel. Mais elle ne s'arrête pas à sa constatation d'incompétence, elle étudie, dans un *obiter dictum*, la constitutionnalité de la loi fédérale dite Compromis du Missouri qui était invoquée par le requérant pour affirmer son affranchissement. La Cour estime qu'une telle loi limite le droit de propriété d'une manière qui n'est pas conforme au droit à un procès équitable inclus dans le 5<sup>e</sup> Amendement, puisqu'elle prive une personne de la propriété de son esclave du seul fait qu'il se déplace avec lui sur un des Territoires des Etats-Unis dans lequel elle déclare l'esclavage interdit<sup>582</sup>. Elle poursuit que "*le seul pouvoir accordé [au Congrès] est le pouvoir associé au devoir de défendre et de protéger le propriétaire dans ses droits*"<sup>583</sup>. En outre, les Territoires ayant un gouvernement dépendant du gouvernement fédéral, ils ne peuvent pas se voir autorisés à violer ainsi la Constitution<sup>584</sup>.

## b) Une exacerbation des tensions

**559.** Alors que des représentants des Etats du Nord défendaient les décisions de la Cour suprême face aux vellétés de nullification du Sud dans les années 1830, ce sont les abolitionnistes du Nord qui remettent en cause la décision *Dred Scott*<sup>585</sup>. Toutefois, comme le souligne Mark Brandon, cette décision peut être considérée à double tranchant pour les Etats du Sud car la Cour suprême reconnaît que la question de l'esclavage est fédérale, mettant à mal la séparation géographique sur l'esclavage issue des divers compromis<sup>586</sup>. Cela ne pouvait leur plaire que tant que l'interprétation leur était favorable, mais ils pouvaient craindre que les motifs de la décision soient retournés dans des décisions ultérieures. Aussi Mark Brandon estime-t-il que cette décision a pu également paradoxalement renforcer les vellétés sécessionnistes du Sud, du moins si on la lit en combinaison avec l'élection de Lincoln.

Lincoln avait visé le problème des compromis, dans un discours célèbre de 1858, en réutilisant une image déjà proposée mais qu'il fera passer à la postérité, à savoir qu' "*une maison divisée en son sein ne peut se maintenir*" et que le "*gouvernement ne peut pas rester de façon permanente à moitié esclavagiste, à moitié libre*"<sup>587</sup>. Il poursuivait toutefois à l'inverse de

---

<sup>578</sup> *Ibid*, pp.213-214.

<sup>579</sup> *Ibid*, p.212. Voir aussi l'étude faite par la Cour des personnes devant être considérées comme faisant partie des citoyens américains : *Ibid*, pp.215-218.

<sup>580</sup> *Ibid*, p.220.

<sup>581</sup> *Ibid*, p.219.

<sup>582</sup> *Ibid*, p.223.

<sup>583</sup> *Ibid*, p.225.

<sup>584</sup> *Ibid*, p.224.

<sup>585</sup> En ce sens : BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.308 note 25.

<sup>586</sup> *Ibid*, p.281 et p.308 note 26.

<sup>587</sup> Discours à la convention républicaine du 16 juin 1858 qui l'a nommé candidat au Sénat. Lincoln fait



Jefferson ou de Webster qu'elle ne s'effondrerait pas mais que tous les Etats abandonneraient peu à peu l'esclavage ou que celui-ci serait imposé dans l'ensemble de l'Union. Il plaide pour une évolution vers l'abolition de l'esclavage, estimant que l'évolution naturelle allait dans ce sens, et que la politique menée par les Pères fondateurs au début du gouvernement fédéral fondée sur la Constitution de 1787 avait été de limiter l'extension de l'esclavage avec l'Ordonnance du Nord ouest<sup>588</sup>. Lincoln critique aussi pour cette raison vivement l'arrêt *Dred Scott* comme une interprétation viciée de la Constitution. Il relève que la Constitution ne précisait pas la réponse à la question de l'esclavage dans les Territoires des EU et que cela n'a pourtant pas empêché la Cour d'énoncer que le gouvernement fédéral n'avait pas d'habilitation pour permettre au parlement d'un territoire d'interdire l'esclavage. Lincoln souligne par ailleurs que l'arrêt *Dred Scott* ne précise pas si un Etat peut ou non interdire l'esclavage. S'il relève que le juge Nelson dans une opinion concordante précise que l'Etat détermine librement le statut de l'esclavage sur son territoire, il estime, au regard de l'interprétation proposée par la majorité des juges dans cette décision, que rien n'empêche la Cour de considérer que la Constitution n'autorise pas les Etats à interdire l'esclavage sur leur territoire<sup>589</sup>. Il s'en prend ensuite à Douglas, son adversaire aux élections au sénat de l'Illinois, et à son assimilation de l'esclavage au droit de propriété, et indique qu'en suivant ce raisonnement, la traite n'aurait pas dû être interdite car elle permettait d'acheter des esclaves moins chers qu'à partir d'un des Etats de l'Union<sup>590</sup>. Il ironise par ailleurs sur la réception par Douglas de cette décision *Dred Scott* comme s'il s'agissait d'un message de Dieu alors même qu'il avait été moins soucieux du respect des décisions judiciaires dans d'autres circonstances<sup>591</sup>.

L'élection de Lincoln va renforcer les mouvements sécessionnistes du Sud. Un certain nombre d'habitants du Sud ont en effet déduit de son élection le fait qu'une majorité d'américains étaient favorables à l'abolition de l'esclavage. D'autres ont simplement considéré qu'il mettrait en pratique ses discours, s'appuyant sur la majorité des Etats qui étaient non esclavagistes pour modifier dans un sens abolitionniste l'action fédérale, et poussant à une modification de la jurisprudence *Dred Scott* qu'il avait tant critiquée<sup>592</sup>.

**560.** Ces craintes combinées d'une atteinte à cette institution essentielle pour eux vont pousser les Etats du Sud à faire sécession. Les autorités européennes et plus particulièrement les juges européens peuvent retenir de cette expérience qu'ils doivent tenir compte de l'identité constitutionnelle des Etats membres lorsqu'ils appliquent et interprètent le droit de l'UE, ce qui implique dans certains cas une certaine autolimitation<sup>593</sup>, afin de ne pas provoquer une crise avec les Etats membres.

---

référence à un passage de la Bible (Evangile selon Saint Mathieu 12.5). BASLER (R.) (éd.), *The collected...*(*op.cit.* note 563), vol. 2, p.461 (voir pour l'ensemble du discours : *Ibid.*, pp.461-469) .

<sup>588</sup> Discours du 15 septembre 1858 : BASLER (R.) (éd.), *The collected...*(*op.cit.* note 563), vol.3, p.117.

<sup>589</sup> Discours à la convention républicaine du 16 juin 1858, *Ibid.*, vol. 2, pp.466-467. Il le répète dans le débat du 21 août 1858 qui l'oppose à Douglas dans le cadre de la campagne pour devenir sénateur : *Ibid.*, vol. 3, pp.27-28.

<sup>590</sup> *Ibid.*, vol.2, p.468.

<sup>591</sup> *Ibid.*, vol.3, pp.27-28.

<sup>592</sup> Voir : BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.294.

<sup>593</sup> Voir dans le sens de la nécessité pour la Cour de justice d'autolimitation pour assurer l'acceptation de sa jurisprudence par les juges internes dont elle dépend pour la bonne application du droit de l'UE, ainsi que pour une présentation du dilemme du juste milieu à trouver entre protection de l'unité juridique européenne et respect de l'autonomie des Etats : FOLZ (H.), *Demokratie...*(*op.cit.* note 232), p.397 ; KIRCHHOF (P.), *Der Weg Europas ist der Dialog*, *EuZW*, 1999, n°12, p.353.

## D. La prise en compte de l'identité constitutionnelle par les institutions européennes

La Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions constitutionnelles des Etats membres doivent dialoguer pour éviter les conflits fondés sur le respect de l'identité constitutionnelle (1). A cet égard, la Cour de justice a rendu à partir des années 1990 un certain nombre d'arrêts qui peuvent être vus comme une prise en compte de l'identité des Etats membres (1). Avec le projet de Traité-constitutionnel apparaît la perspective d'une invocabilité de l'identité, complétée par la mention des structures politiques et constitutionnelles, devant le juge européen, et les arrêts *Omega Spielhallen* de 2004<sup>594</sup> et *Espagne c/ Royaume-Uni* de 2006<sup>595</sup> peuvent être vus comme des transitions (3), avant que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ne permette une officialisation d'un tel fondement, ce que fait la Cour dans un arrêt *Sayn Wittgenstein* de 2010<sup>596</sup> (4).

### *1) L'impératif de dialogue entre les juges européen et étatiques*

**561.** Il faut attendre le Traité de Maastricht pour qu'une obligation expresse de respect de l'identité des Etats membres soit intégrée dans les traités, dans un art.F§1 du Traité sur l'UE (6§3 UE). Cette introduction à ce moment peut s'expliquer par un renforcement important de l'intégration européenne qui provoque au sein des populations et de certains dirigeants politiques une crainte à l'égard de cette identité.

L'art.4§2 al.1 TUE issu de la modification du Traité de Lisbonne énonce désormais le respect par l'UE de "*l'identité nationale [des Etats membres] inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles*", là où l'ancien art.6§3 UE visait sans préciser "*l'identité nationale*". De plus, la restriction concernant la compétence de la Cour de justice posée à l'art.46 UE qui entraînait l'impossibilité d'invoquer l'art.6§3 UE disparaît avec le Traité de Lisbonne. Enfin, le Traité de Lisbonne a ajouté dans un art.4§2 al.3 TUE la mention expresse que l'Union européenne "*respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale*". Les traités d'origine visaient dans le cadre des dispositions sur les libertés de circulation la sécurité publique, l'ordre public, mais comme motif de justification d'une restriction à l'exercice desdites libertés. En outre, cette affirmation des fonctions étatiques essentielles au début du Traité sur l'UE où sont énumérés les principes fondateurs de l'Union européenne est symboliquement forte et pourrait, comme le notent, Claude Blumann et Louis Dubouis servir de fondement à des dérogations à l'application du droit de l'UE à l'instar de la phrase précédente utilisée comme on l'a vu par plusieurs juridictions constitutionnelles étatiques<sup>597</sup>.

Comme le note Matthias Wendel, l'art.4§2 TUE "*doit être interprété comme une clause d'intégration au sein du droit de l'Union assurant la perméabilité de l'ordre juridique européen au droit constitutionnel national, mais ne constitue pas une clause qui autoriserait des dérogations unilatérales au droit de l'Union*"<sup>598</sup>. Et, dans cette perspective, la préservation de l'identité nationale constitutionnelle devient alors une mission "*partagée entre les autorités supranationales et nationales*".

Un résumé des conditions pour éviter les conflits entre le juge étatique et le juge européen a été proposé par l'ancien avocat général Miguel Poiares Maduro<sup>599</sup>. Il souligne tout d'abord

<sup>594</sup> CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, aff.C-36/02, *Rec.*2004 p.I-9609.

<sup>595</sup> CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, aff.C-145/04, *Rec.* 2006 p. I-07917, pt.79

<sup>596</sup> CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff.C-208/09, *Rec.*2010 p.I-13693.

<sup>597</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2010, pp.59-60.

<sup>598</sup> WENDEL (M.), *La jurisprudence...*(*op.cit.* note 8), p.122.

<sup>599</sup> MADURO (M.), *Contrapunctual Law : Europe's constitutional pluralism in action*, in : *Sovereignty in*



qu'il est indispensable pour chaque juge de tenir compte de l'existence des autres juges et donc de reconnaître qu'il peut exister des points de vue différents par rapport aux mêmes normes. Cette reconnaissance est le premier pas, mais elle doit ensuite être complétée par des dialogues entre les juges européens et étatiques d'une part, et entre les juges des Etats entre eux d'autre part afin d'assurer une cohérence d'ensemble.

**562.** Cette disposition peut aider à prévenir "*le risque de contradiction entre les ordres juridiques qui découle*" par un "*renforcement du dialogue entre les juges*", notamment par le biais de questions préjudicielles des juges constitutionnels qui permettent de développer le cadre européen de ce que peut comprendre l'identité étatique<sup>600</sup>. Comme le souligne Eleftheria Neframi, la coopération entre les juges "*conditionne l'équilibre et la coexistence des ordres juridiques nationaux et européen*", et permet "*de sensibiliser celui-ci face à la norme constitutionnelle nationale*", aux éléments essentiels qui en font partie, tout en assurant l'effectivité du droit de l'UE comme l'illustrent l'arrêt de la CJCE *Omega Spielhallen* de 2004<sup>601</sup>, et par exemple du côté du juge administratif l'arrêt *Arcelor* de 2007<sup>602</sup> du Conseil d'Etat<sup>603</sup>. A cet égard, Laurence Burgorgue Larsen note dans le cas du juge constitutionnel espagnol dans sa décision concernant le projet de Traité-constitutionnel, qu'il "*entend résolument s'inscrire ici dans le 'pluralisme constitutionnel' européen où, sur la base d'interactions constantes et constructives, les juges nationaux dialoguent avec le juge européen pour in fine déterminer ce qui constitue le socle des valeurs et principes communs aux ordres nationaux et communautaire*"<sup>604</sup>. Dans le cas allemand, Andreas Voßkuhle, président de la Cour constitutionnelle allemande depuis 2010, a parlé de "*coopération multiniveau des cours constitutionnelles européennes*"<sup>605</sup>. Il souligne que malgré le ton parfois martial de la CJUE et de la Cour constitutionnelle, il n'y a pas de querelle de pouvoir visant à déterminer laquelle est supérieure à l'autre, mais seulement des différences de perspective la première ayant le souci du respect du droit européen, la seconde du droit constitutionnel allemande<sup>606</sup>. Il renvoie comme exemple de la coopération aux décisions *Solange II* de 1986 et "*marché des bananes*" de 2000 dans le cas de la Cour constitutionnelle, et dans le cas de la CJUE à l'arrêt dit *publicité du tabac* de 2000<sup>607</sup> ainsi qu'à l'arrêt *Omega*.

## 2) La prise en compte indirecte initiale

**563.** La prise en compte de l'identité constitutionnelle des Etats membres par la Cour de justice remonte loin dans sa jurisprudence si l'on considère la prise en compte des spécificités étatiques

---

*Transition*, éd. Neil Walker, Oxford, Hart, 2003, pp. 501-537. Il a été avocat général près la CJCE de 2003 à 2009.

<sup>600</sup> KOMBILA (H.), Les principes...(*op.cit.* note 265), p.21.

<sup>601</sup> Aff.C-36/02, *Rec.*2004 p.I-9609

<sup>602</sup> CE, Ass., n° 287110, 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 : *Rec.*2007 p.55

<sup>603</sup> NEFRAMI (E.), Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne, in : MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p.217.

<sup>604</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), La déclaration...(*op.cit.* note 402), pp.209-210. Voir aussi sur cette théorie de l'imbrication qui permet le dialogue et la cohérence, contribuant ainsi à la diminution des risques de conflits : PERNICE (I.), MAYER (F.), De la constitution composée de l'Europe, *RTDE*, 2000, vol.36 n°4, pp.623-647.

<sup>605</sup> VOBKUHLE (A.), Multilevel...(*op.cit.* note 1471), p.175-198. Voir aussi sur le concept de juridiction constitutionnelle multiniveau qui renvoie chez l'auteur à la même idée : MAYER (F.), Multilevel constitutional jurisdiction, in : BOGDANDY (A. von), *Principles of European constitutional law*, Oxford, Hart, 2010, pp.399-439.

<sup>606</sup> VOBKUHLE (A.), *Ibid.*, p.189.

<sup>607</sup> Voir sur cette jurisprudence *infra* partie II chap.I sect.I §2 B 1).



dans le cadre de l'étude des justifications aux restrictions des libertés de circulation fondées sur l'ordre public.

Un premier exemple est donné par le développement des droits fondamentaux. Ces derniers n'avaient pas été considérés à l'origine comme une question à traiter, les Etats estimant que les domaines de compétences transférés ne risquaient d'y porter atteinte. Avec l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970<sup>608</sup>, il ne s'agit pas au sens strict d'une prise en compte par la CJCE de l'identité des Etats, au sens des particularités nationales, mais de l'application de valeurs communes aux Etats membres, donc de l'identité des Etats au sens large, à la base de l'identité européenne. Il est néanmoins possible, à l'instar d'Hilème Kombila d'y voir un premier élément favorisant le respect de l'identité nationale. Elle note ainsi que la jurisprudence, reprise par l'art.6§1 UE, "*en ancrant les fondements constitutionnels de l'Union dans les principes constitutionnels communs aux États membres*" propose "*des remèdes propres à prévenir un réel conflit*"<sup>609</sup>. En contrepartie, elle estime que les Etats ont transféré à la CJCE la compétence de protéger ces principes afin d'éviter les possibilités de dérogation à l'homogénéité d'application du droit de l'UE. Elle poursuit toutefois en relevant que "*cela ne signifie pas que les juridictions nationales ne jouent aucun rôle dans l'interprétation à donner*" à ces principes, et qu'au contraire, ils sont "*précis[és] et développ[és] par la Cour en dialogue constant avec les juges nationaux*".

**564.** Dans plusieurs affaires la Cour a par ailleurs fait preuve d'autolimitation dans son interprétation des justifications à des atteintes aux libertés de circulation dans des domaines sensibles pour les Etats.

La décision *Grogan* de 1991<sup>610</sup> est une première illustration. En l'espèce des associations d'étudiants avaient distribué des informations sur des cliniques britanniques dans lesquelles l'avortement était pratiqué. Un recours est initié par des opposants à l'avortement pour faire déclarer ces actions contraires à la constitution irlandaise qui interdit l'IVG dans son art.40§3. La Cour, saisie d'un renvoi préjudiciel, déclare tout d'abord que l'IVG constitue un service<sup>611</sup>. Mais elle considère ensuite qu'il n'y a pas restriction de la libre prestation de service en l'espèce en raison d'un lien trop lâche entre la diffusion d'information par les associations et la pratique de l'IVG en Grande Bretagne<sup>612</sup>. Cette appréciation peut être vue comme la traduction d'une volonté de ne pas se heurter aux autorités irlandaises par une interprétation large des atteintes aux libertés de circulation qui est normalement appliquée par la Cour de justice. L'Irlande a néanmoins demandé et obtenu suite à cet arrêt un protocole n°17 annexé au Traité de Maastricht (devenu protocole n°35 annexé au Traité de Lisbonne), qui prévoit que les traités européens n'ont pas d'impact sur l'art.40§3 de sa Constitution. En contrepartie, une déclaration n°24 annexée au Traité de Maastricht énonce que ce protocole ne limite pas la liberté de circulation des irlandais et de recevoir des "*informations concernant des services que la loi autorise dans les États membres*".

Une seconde illustration est donné par l'arrêt *Commission c/ Luxembourg* de 1996, même si cette fois-ci la Cour rejette la justification<sup>613</sup>. En l'espèce, le Luxembourg posait une condition de nationalité à l'accès à des emplois publics qui constituait selon la Cour de justice une restriction de la libre circulation des travailleurs. L'Etat défendeur avançait comme motif de justification dans le cas du secteur de l'enseignement que le but de cette condition était d' "*assurer la transmission des valeurs traditionnelles*" et qu'elle était "*eu égard à la superficie de*

<sup>608</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff.11/70, *Rec.*1970 p.1125.

<sup>609</sup> KOMBILA (H.), *Les principes...*(*op.cit.* note 265), pp.16-17.

<sup>610</sup> CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, aff.C-159/90, *Rec.*1991, p.I-04685.

<sup>611</sup> *Ibid.*, pt.21.

<sup>612</sup> *Ibid.*, pt.24. Les associations n'agissent pas pour le compte de ces cliniques (*Ibid.*, pts.25-26).

<sup>613</sup> CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff.C-473/93, *Rec.*1996 p.I-3207. PONTTHOREAU (M.-C.), *Constitution...*(*op.cit.* note 410), p.5.



*cet État et à sa situation démographique spécifique, une condition essentielle de la sauvegarde de l'identité nationale*"<sup>614</sup>. La Cour répond que si "*la sauvegarde de l'identité nationale des États membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire*", il était possible d'atteindre ce but par d'autres moyens que la restriction d'accès de ces emplois aux seuls nationaux<sup>615</sup>. Elle ajoutait que les conditions posées lors du recrutement, telles que celles "*tenant à la formation, à l'expérience et aux connaissances linguistiques*", visaient déjà un tel objectif. Il est à noter que la Cour fait dans ce cadre référence à l'art.F§1 du Traité sur l'UE.

### 3) La période jurisprudentielle intermédiaire

**565.** Même si l'expression d'identité constitutionnelle n'est pas utilisée, l'arrêt CJCE *Omega Spielhallen* de 2004 constitue une illustration de la prise en compte de la sensibilité particulière d'un droit fondamental au sein d'un Etat membre. L'avocat général Christine Stix-Hackl souligne dans ses conclusions qu'était en jeu la possibilité pour les Etats d'invoquer des valeurs de leur droit constitutionnel national pour justifier une violation d'une liberté fondamentale européenne<sup>616</sup>, mais cela va plus loin : il est en effet permis de douter que la Cour aurait rendu le même jugement en présence du même droit invoqué par un autre Etat membre. En l'espèce, une société allemande, Omega, voulait installer un laserdrome. Les autorités administratives de Cologne ont pris un arrêté de police l'interdisant en arguant qu'il constituait un lieu de simulation d'homicides, ce qui était attentatoire au principe constitutionnel fondamental de dignité humaine. Omega exerce un recours devant le juge administratif en se fondant notamment sur la violation de la libre prestation de service, applicable car une société britannique lui fournissait l'équipement pour le laserdrome. La Cour de justice, saisie d'un renvoi préjudiciel, suit cette argumentation sur ce point et conclut que la mesure de police constitue une entrave à la libre prestation de service. Par contre, au stade de l'étude des justifications, elle considère que le principe de dignité humaine invoqué par les autorités allemandes relève de l'ordre public qui fait partie des justifications issues de l'art.55 CE (62 TFUE) lu en combinaison avec l'art.46 CE (52 TFUE). Puis elle rappelle que les Etats ont une large marge de manœuvre pour déterminer le niveau de protection de l'ordre public, et que ce niveau peut varier en fonction des Etats et des périodes, tout en précisant que les mesures prises sur cette base sont soumises au contrôle des autorités communautaires<sup>617</sup>, et que cette justification ne peut être invoquée qu'en cas de "*menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société*"<sup>618</sup>.

Concernant ce principe de dignité, l'avocat général Stix-Hackl relevait en effet dans ses conclusions que la CESDH ne mentionnait pas explicitement la protection de la dignité de la personne humaine, et que la CEDH précisait simplement dans sa jurisprudence qu'elle était l'essence même de la Convention. De même, elle constatait que dans les droits constitutionnels des Etats membres, aucun droit autonome de respect de la dignité humaine n'existait en général, qu'il y avait seulement un renvoi général à ce principe insusceptible d'être invoqué seul devant un juge<sup>619</sup>. Mais elle rappelait que la CJCE avait néanmoins dégagé un principe général du droit de respect de la dignité humaine dans un arrêt *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil* de 2001<sup>620</sup>, sans

<sup>614</sup> *Ibid.*, pt.32.

<sup>615</sup> *Ibid.*, pt.35.

<sup>616</sup> Conclusions dans l'aff.C-36/02, *Omega*, pt.1 : "*Dans la présente affaire, la Cour de justice est appelée à dire jusqu'à quel point les juridictions nationales peuvent s'appuyer sur les valeurs consacrées par leurs droits constitutionnels pour prendre des mesures [...] au prix d'une mise en cause de libertés fondamentales du traité CE*".

<sup>617</sup> CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff.41/74, *Rec.*1974 p.1337, pt.18 (cité dans l'aff.C-36/02, *Omega*, pts.30-31).

<sup>618</sup> Aff.C-36/02, *Omega*, pt.30.

<sup>619</sup> Conclusions dans l'aff.C-36/02, *Omega*, pts. 82 et 84.

<sup>620</sup> CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, aff.C-377/98, *Rec.*2001 p.I-7079.



préciser son fondement<sup>621</sup>. Dans son arrêt *Omega*, la CJCE le rappelle également<sup>622</sup>. Elle rappelle par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait accord entre les Etats membres concernant "les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause" et que le respect du principe de proportionnalité n'est pas exclu du seul fait que l'Etat en cause a adopté un système de protection spécifique<sup>623</sup>. La Cour de justice ne procède toutefois pas à une véritable étude des critères du principe de proportionnalité en l'espèce. Elle se contente de conclure que l'interdiction posée "correspon[d] au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne" et que sa restriction au seul cas des jeux laser impliquant de tirer sur des cibles humaines permet de déduire qu'elle ne va pas au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi<sup>624</sup>. Elle ne répond notamment pas à l'argument de l'entreprise selon lequel des activités comparables n'étaient pas interdites, notamment des jeux vidéo<sup>625</sup>, et n'effectue pas d'examen approfondi, de comparaison concernant l'interdiction d'activités comparables telles que le paint ball<sup>626</sup>. Il est clair que, même si la Cour ne le précise pas, la considération que la dignité de la personne humaine fait partie des principes intangibles de l'ordre constitutionnel allemand et la volonté de ne pas se confronter à Karlsruhe ont compté dans son appréciation.

**566.** Par ailleurs, dans un domaine autre que celui des libertés de circulation, l'arrêt *Espagne c/ Royaume-Uni* de 2006 peut être en partie lu comme une illustration du respect de l'identité constitutionnelle du Royaume-Uni, même si l'art.I-5 n'était pas évoqué<sup>627</sup>. Le Royaume-Uni invoquait au soutien de l'octroi du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen aux ressortissants du Common Wealth résidant à Gibraltar sa tradition constitutionnelle, et arguait à l'encontre de son interdiction que celle-ci ne pouvant être conçue que comme s'étendant également au territoire métropolitain, cela conduirait à revenir sur un droit qui avait été exercé depuis 1979<sup>628</sup>. La retenue de la Cour de justice, qui la conduit à ne pas déduire des traités une exclusivité du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen pour les citoyens de l'Union européenne, peut être vue comme une volonté de ne pas heurter cette tradition constitutionnelle en l'absence de disposition claire en droit de l'UE à cet égard<sup>629</sup>.

#### 4) La reconnaissance officielle

**567.** La Cour de justice a visé expressément l'art.4§2 TUE, qui ressort désormais de sa compétence, comme fondement de sa décision dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* de 2010. En l'espèce, une autrichienne avait été adoptée par un allemand s'appelant Fürst von Sayn-Wittgenstein<sup>630</sup> en 1991, sans toutefois obtenir en plus de sa nationalité autrichienne la nationalité allemande. Un tribunal allemand avait ensuite rendu une ordonnance en 1992

---

<sup>621</sup> Souligné par : BULTERMAN (M.), KRANENBORG (H.), What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity : the Omega case, *ELRev.*, 2006, vol.31 n°1, p.96.

<sup>622</sup> Aff.C-36/02, *Omega*, pt.34.

<sup>623</sup> *Ibid.*, pts.37-38.

<sup>624</sup> *Ibid.*, pt.39.

<sup>625</sup> L'avocat général ne l'avait pas non plus fait dans ses conclusions. L'argument est évoqué dans ses conclusions, pt.40.

<sup>626</sup> Cette absence de comparaison est soulignée par : BULTERMAN (M.), KRANENBORG (H.), What...(*op.cit.* note 621), p.98.

<sup>627</sup> Voir en ce sens : BURGORGUE-LARSEN (L.), Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne (CJCE 12 septembre 2006, aff.C-145/04, Royaume d'Espagne c/ Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord), *RTDE*, janv.-mars 2007, vol.43 n°1, pp.35-36. Voir dans le même sens : JOSSO (S.), Le caractère...*op.cit.* note 392), p.32.

<sup>628</sup> Aff.C-145/04, *Espagne c/ Royaume-Uni*, pt.47.

<sup>629</sup> Voir aussi sur cette affaire : *supra* chap.I sect.II §3 C 3).

<sup>630</sup> Les anciens titres de noblesse, comme Fürst (Prince), font partie du nom de famille en Allemagne.



précisant la modification de son nom patronymique découlant de l'adoption en Fürstin von Sayn-Wittgenstein. Les autorités autrichiennes en avaient alors tiré les conséquences en modifiant son nom inscrit au registre de l'état civil, et en lui fournissant différents papiers sous ce nouveau nom. Elles ont toutefois modifié leur position suite à une décision de la Cour constitutionnelle autrichienne de 2003, rendue dans le cadre d'une affaire semblable d'adoption d'un ressortissant autrichien n'emportant pas modification de nationalité. La Cour y rappelait la réglementation autrichienne en vertu de laquelle l'abolition des titres de noblesse "*concerne tous les citoyens autrichiens, peu importe que lesdits privilèges aient été acquis dans le pays ou à l'étranger*"<sup>631</sup>.

A l'encontre de la décision des autorités autrichiennes de retirer "Fürstin von" de son nom famille, la requérante invoque une restriction à sa libre circulation en tant que citoyenne européenne puisqu'elle habite en Allemagne et en tant que prestataire de service car elle y travaille au sein d'une entreprise qu'elle a créée et dirige. Elle se fonde sur la jurisprudence *Grunkin et Paul*<sup>632</sup> en vertu de laquelle une législation sur le nom de famille d'un Etat membre est contraire au droit de l'Union européenne quand elle a pour effet d'obliger les citoyens européens à porter des noms différents selon les Etats membres de l'UE dans lesquels ils se trouvent car elle constitue une restriction à leur liberté de circulation. L'Etat autrichien rétorque que l'espèce se distingue de l'arrêt *Grunkin et Paul*, car la mesure prise ne conduit pas à l'existence de deux noms distincts mais simplement à retirer la partie "titre" du nom, et que "*les éléments essentiels d'individualisation*" sont ainsi "*conservés*"<sup>633</sup>. Au-delà, elle argue qu'il n'y avait pas eu inscription de ce nouveau nom au registre de l'état civil allemand et qu'il n'y avait donc pas conflit entre deux dénominations dans des registres conduisant à la possibilité de documents officiels avec des noms différents comme dans l'affaire *Grunkin et Paul*<sup>634</sup>, seuls les documents fournis par l'Autriche pouvaient faire foi.

La Cour rejette sur ce point les arguments de l'Autriche. Elle considère que même si aucun conflit entre registres d'état civil n'existe, la requérante a porté et utilisé pendant 15 ans le nom que l'Autriche veut modifier et que la modification constitue ainsi un "*inconvenient sérieux*" au sens de l'arrêt *Grunkin et Paul*<sup>635</sup>. Elle conclut en conséquence à une restriction à la liberté de circulation de la requérante en tant que citoyenne européenne, conformément à sa jurisprudence *Grunkin et Paul*.

L'Autriche argue alors au soutien de la justification de cette restriction du caractère fondamental pour l'ordre constitutionnel autrichien de l'abolition des titres de noblesse en Autriche qui relève du but de "*sauvegarder l'identité constitutionnelle de la République d'Autriche*"<sup>636</sup>, et conclut qu'une reconnaissance de ce nom de famille porterait ainsi atteinte à l'ordre public en Autriche<sup>637</sup>. Plusieurs Etats étaient venus au soutien de l'Etat défendeur en reprenant l'argumentation du nécessaire respect de l'identité constitutionnelle, l'Italie, la Lituanie, la République tchèque, la Slovaquie. La Commission rejoignait aussi cette argumentation de l'identité nationale, et proposait une mise en balance de cet intérêt légitime

---

<sup>631</sup> Dans ses conclusions sur l'affaire, l'avocat général Sharpston relève que la jurisprudence antérieure n'était pas claire sur la question de savoir si une ressortissante autrichienne adoptée par un allemand pouvait porter le nom complet de ce dernier même si certains éléments de ce nom étaient incompatibles avec la loi autrichienne (pt.53).

<sup>632</sup> CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff.C-353/06, *Rec.*2008 p.I-7639.

<sup>633</sup> Aff.C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, pt.47.

<sup>634</sup> *Ibid.*, pt.58.

<sup>635</sup> *Ibid.*, pts.67-68. Elle estime qu'existe notamment un "*risque devoir écarter des soupçons de fausse déclaration suscités par la divergence entre le nom, rectifié, figurant dans ses pièces d'identité autrichiennes et le nom qu'elle utilise depuis quinze années dans la vie quotidienne*" et dont elle rappelle qu'il avait été jusqu'alors reconnu par les autorités autrichiennes.

<sup>636</sup> *Ibid.*, pts. 32 et 74.

<sup>637</sup> *Ibid.*, pt.76.



par rapport à celui de la requérante à conserver un nom sous lequel elle est connue depuis quinze ans<sup>638</sup>.

La Cour reconnaît le motif de justification tiré de l'identité nationale en le rattachant à l'ordre public, tout comme dans l'affaire *Omega* qu'elle cite tout au long de son argumentation. Ce rattachement présente l'avantage de permettre des divergences d'appréciation entre Etats, tant par rapport aux circonstances permettant d'invoquer le principe, que par rapport à ce principe même. Elle rappelle la condition de menace réelle et suffisamment grave et procède tout comme dans l'arrêt *Omega* à une recherche de compatibilité du principe invoqué avec le droit de l'UE. Ainsi, elle relève que l'abolition des titres de noblesse s'inscrit dans la logique du principe d'égalité qui est un principe général du droit européen, aussi visé à l'art.20 de la Charte des droits fondamentaux<sup>639</sup>. Elle se fonde en outre sur l'art.4§2 TUE en soulignant que la forme républicaine de l'Etat à laquelle est rattachable l'abolition des titres de noblesse fait partie de l'identité des Etats membres que l'UE doit respecter. Enfin, relativement à l'étude du respect du principe de proportionnalité, elle rappelle la formule déjà évoquée dans son arrêt *Omega* selon laquelle une identité d'interprétation entre Etats n'est pas un critère nécessaire d'appréciation. Elle conclut que la décision des autorités autrichiennes remplit les différentes conditions du principe de proportionnalité sans procéder à un examen approfondi, à l'instar de l'affaire *Omega*, comme le soulignent les expressions "*ne paraît pas disproportionné*" ou "*ne semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent*"<sup>640</sup>. La Cour a privilégié le respect de l'identité dans un souci de bonnes relations avec la Cour constitutionnelle autrichienne, là où l'avocat général Sharpston était plus mesuré, estimant qu'une rectification à l'issue de quinze années pouvait apparaître disproportionnée et qu'il revenait au juge national de déterminer la bonne foi de la requérante à l'époque de l'adoption<sup>641</sup>.

### **Section III : Le recours ultime au droit de retrait**<sup>642</sup>

**568.** Dans certains cas, aucune solution à un conflit entre un Etat membre et les autorités fédérales ne pourra être trouvée dans le cadre de la Fédération, et dans d'autres cas, un Etat pourra simplement estimer qu'il n'a plus sa place au sein de la Fédération. Dans deux cas, la seule solution conforme au cadre d'une Fédération est de laisser l'Etat membre se retirer de la Fédération, l'en empêcher conduirait à porter atteinte à son intégrité, et, l'équilibre entre niveaux fédéral et fédéré étant alors rompu, à transformer la Fédération en Etat fédéral.

La première question à poser est celle de la détermination de la nature du droit de retrait au sein d'une Fédération et du régime de son exercice (§1).

La seconde question porte sur la question de l'explicitation d'un tel droit (§2). Alors que certains auteurs présentent une clause de retrait comme une garantie contre le risque de conflit du type de guerre de Sécession, d'autres soulignent au contraire qu'elle joue un facteur potentiel de déstabilisation de la Fédération ou plus exactement sur le danger éventuel qu'une clause expresse pourrait comporter pour la stabilité de la Fédération.

---

<sup>638</sup> *Ibid.*, pt.80.

<sup>639</sup> *Ibid.*, pt.89.

<sup>640</sup> *Ibid.*, pt.93.

<sup>641</sup> Conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'aff.C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, pt.68.

<sup>642</sup> Nous emploierons l'expression de sécession dans un sens équivalent au retrait. Nous privilégierons toutefois l'utilisation de l'expression retrait pour présenter la question générale au sein de la Fédération ainsi que pour décrire le contexte de l'Union européenne, afin d'éviter la connotation étatique parfois associée au terme sécession, et parce que c'est l'expression utilisée dans les traités européens issus du Traité de Lisbonne.

## **§1. Nature et régime du droit de retrait dans une Fédération**

**569.** La Fédération se distingue de l'Etat fédéral et des organisations internationales. Néanmoins, l'étude de la question de la sécession au sein d'un Etat fédéral et du droit de retrait des organisations internationales peuvent nous aider à donner un cadre à la problématique du retrait dans la Fédération. Trois grandes perspectives existent pour le retrait.

Selon une première perspective, tout droit de retrait unilatéral est à rejeter et le retrait ne peut être compris que comme un pouvoir collectif d'amendement constitutionnel ou l'expression d'un droit naturel de résistance à la tyrannie (A). Le développement du droit international, l'existence d'une Cour internationale de justice permet de poser une seconde perspective qui ne se posait, pour l'essentiel, que sur la base restreinte du principe *rebus sic stantibus* dans le cadre du conflit d'interprétation au sein des Fédérations classiques, celle du fondement d'un droit de retrait dans le droit international (B). La troisième perspective, qui est celle que nous suivons, est qu'aucun droit exprès de retrait n'a besoin d'être évoqué car tout pacte fédératif inclut un droit implicite de retrait, comme expression ultime de l'intégrité de l'Etat, et donc de la garantie de l'équilibre inhérent à la Fédération (C).

### **A. Un pouvoir collectif d'amendement "constitutionnel" ou un acte de résistance**

**570.** L'argumentation des "unionistes" américains qui s'est imposée par leur victoire sur les sécessionnistes du Sud présente le droit de sécession comme un droit soumis à l'accord des autres Etats membres ou alternativement comme un droit naturel rattachable au droit de résistance contre un régime tyrannique (1). La même argumentation est largement reprise par la Cour suprême du Canada dans son avis de 1998<sup>643</sup> sur les fondements juridiques d'un droit de sécession, elle présente toutefois des éléments complémentaires intéressants concernant les modalités de son exercice (2).

Concernant les auteurs principaux sur lesquels nous nous fondons pour proposer une définition du pacte fédératif, Carl Schmitt, Olivier Beaud et Anton Greber, ils ne parlent quasiment pas du retrait dans leur théorie de la Fédération, comme le souligne Claude Blumann, car le recours au retrait est le signe d'une crise majeure alors que leur étude vise à mettre l'accent sur le phénomène de fondation d'une Fédération, et sur son acte constitutif, le pacte fédératif ; or, poursuit-il, *"l'important alors est de sceller, de concrétiser cette union non pas d'en prévoir la terminaison, même si elle n'est que partielle"*<sup>644</sup>. La rapidité de leur étude du retrait s'explique aussi et surtout parce qu'ils estiment qu'en concluant un pacte fédératif, des Etats renoncent à tout droit de retrait. Leur argumentation qui s'inscrit dans la perspective d'une Fédération est toutefois distincte de celle de la Cour suprême du Canada et des unionistes américains qui se placent dans la logique d'un Etat fédéral. Schmitt, Olivier Beaud et Anton Greber déduisent en effet, l'absence d'un tel droit de retrait de la nature existentielle du pacte fédératif, interprétation qui est également défendue par d'autres auteurs qui défendent des théories alternatives des unions fédérales (3).

#### **1) L'argumentation des unionistes américains**

**571.** Différentes sensibilités existaient parmi les unionistes, il y avait non seulement des

<sup>643</sup> CSC, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, n° du greffe : 25506 :

<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html>.

<sup>644</sup> BLUMANN (C.), L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union, MASCLÉ (J.-C.), RUIZ FABRI (H.), BOUTAYEB (C.), RODRIGUES (S.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Pédone, 2010, p.67. L'auteur le souligne uniquement pour Schmitt et Olivier Beaud, mais la remarque est transposable à Anton Greber. Alexis VAHLAS estime dans le même sens qu'il peut apparaître difficile pour ceux qui veulent créer une union de prévoir un retrait (Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne, *RDJ*, 2005, n°6, p.1581).



partisans d'un gouvernement fédéral fort comme John Quincy Adams, qui a été Président des Etats-Unis de 1825 à 1829, ou Lincoln, qui fut Président de 1861 à 1865, mais aussi des partisans des droits des Etats comme Andrew Jackson, qui fut Président de 1829 à 1837, montrant que l'apanage de l'attachement à l'Union américaine n'était pas seulement le fait de politiciens favorables à une certaine centralisation.

John Quincy Adams a ainsi justifié l'impossibilité de sécession en avançant que l'Union américaine existait depuis la Déclaration d'Indépendance, et préexistait à la création des Etats<sup>645</sup>. Face à l'argument du problème posé dans le cas des Etats qui n'ont pas participé à cette Déclaration car ils sont entrés seulement ultérieurement dans l'Union, le Président Andrew Jackson rétorque qu'en entrant dans l'Union ils se sont liés de la même façon<sup>646</sup>. Dans le même sens, Lincoln fait remonter la création de la Nation à la Déclaration d'Indépendance, estimant que "*l'Union est plus ancienne qu'aucun des Etats*" car "*en fait elle les a créés comme Etats*"<sup>647</sup>. Les conditions de l'extension territoriale de l'Union américaine confirmaient selon lui cette théorie car les Territoires<sup>648</sup> ont tout d'abord été sous la direction des autorités fédérales, avant d'être reconnus comme Etat et intégrés en tant que tel dans l'Union. Ainsi, "*aucun d'entre eux n'a été un Etat en dehors de l'Union*"<sup>649</sup>, "*aucun [...], à l'exception du Texas, a jamais été un souverain*", et "*même le Texas a abandonné cette caractéristique en entrant dans l'Union*"<sup>650</sup>.

Ces discours sont une pierre contribuant au renforcement du mythe soutenu par Marshall de la préexistence à la Constitution d'un peuple américain<sup>651</sup>. Selon la perspective développée, le sentiment américain avait déjà supplanté un sentiment d'appartenance au territoire d'une colonie, et il existait déjà un peuple américain lors de la Déclaration d'Indépendance, la structure fédérale par opposition à un Etat unitaire s'expliquant car les habitants restaient attachés au respect des particularités territoriales. Par ailleurs, toujours selon cette perspective, l'entrée d'un nouvel Etat a pour conséquence un abandon de souveraineté, et justifie qu'on lui oppose ultérieurement un refus de sécession unilatérale.

Par ailleurs les unionistes rejettent tout droit constitutionnel unilatéral de sécession au nom de la stabilité de l'Union. Ainsi, Andrew Jackson estimait que si un tel droit était reconnu au sein d'une union fédérale, une "*telle union serait comme un sac de sable ouvert des deux côtés*"<sup>652</sup>. La sécession n'est possible selon les unionistes qu'en tant que décision de l'ensemble de la population de l'Union car elle suppose selon eux une dissolution des liens entre les membres d'un même peuple<sup>653</sup>. Une sécession unilatérale n'est acceptable selon Jackson que comme expression révolutionnaire. Il reconnaît ainsi "*qu'un Etat ou toute autre grande partie du peuple, souffrant d'une longue et intolérable oppression, et ayant essayé tous les recours constitutionnels sans espoir de réparation, puisse avoir un droit naturel à s'absoudre de ses*

<sup>645</sup> STAMPP (K.), The concept of a perpetual Union, *Journal of American History*, 1978, vol.65 n°1, pp.28-29.

<sup>646</sup> JAKSON (A.), Proclamation by Andrew Jackson, President (December 10, 1822), in : RICHARDSON (J.), *A compilation of the messages and papers of the Presidents, 1789-1896, vol.2*, New York, Bureau of National Literature, 1896, pp.640-656.

<sup>647</sup> Message to Congress (July 4, 1861), in : BASLER (R.) (éd.), *The collected... (op.cit. note 563)*, pp.433-435.

<sup>648</sup> Sur ces Territoires et leur régime juridique voir : *supra* chap.I sect.I §1 A 2) b).

<sup>649</sup> *Ibid.*

<sup>650</sup> *Ibid.*

<sup>651</sup> En ce sens : BRANDON (M.), *Secession... (op.cit. note 43)*, p.292.

<sup>652</sup> Lettre à Marin van Buren, 25 décembre 1832 (citée par FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, p.859).

<sup>653</sup> BRANDON (M.), *Secession... (op.cit. note 43)*, p.293. Voir à cet égard le message de Jackson du 16 janvier 1833 concernant le recours à la force cité par FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, p.860 : "*lorsque, pour ces objets, tout corps d'homme s'est volontairement associé sous une forme particulière de gouvernement, aucune partie ne peut dissoudre l'association sans reconnaître le droit corrélatif des autres de décider si cette dissolution peut être autorisée conformément au bonheur de tous*".

*obligations envers le gouvernement*"<sup>654</sup>.

Lincoln reprend, lors de son premier discours en tant que Président<sup>655</sup>, la même argumentation. Il estime même que la sécession n'est possible qu'à l'unanimité des Etats membres, arguant du parallélisme des formes entre l'entrée et la sortie d'un membre de l'Union, alors même que la Constitution n'avait pas été soumise à une obligation de ratification unanime. Il affirme en effet dans un discours de 1862 que "*l'admission du droit de sécession est une virtuelle dissolution de l'Union*" et renvoie aux articles de la Confédération et à la Constitution parlant de "*perpétuelle union*", "*union plus parfaite*"<sup>656</sup>.

Madison propose une interprétation rejoignant cette position, avec toutefois une plus grande souplesse concernant les conditions permettant une sécession unilatérale comme droit naturel. Il considère ainsi qu' "*une sécession légitime exige le consentement des autres ou un abus du pacte déliant la partie sécessionniste des obligations imposées par lui*", ce second cas se justifiant au nom de la "*loi naturelle d'auto-préservation*"<sup>657</sup>.

Enfin, une large partie des unionistes, à l'instar de Jackson et Lincoln, estiment que le gouvernement fédéral doit défendre l'Union en cas de menace de sécession<sup>658</sup>.

**572.** La guerre a signifié la victoire de cette interprétation de l'Union américaine proposée par les unionistes. Le nom même qui est resté de cette guerre aux Etats-Unis l'illustre. Comme le souligne Jean-Philippe Feldman, l'expression "*guerre de Sécession*" employée en Europe correspond plutôt à la position du Sud, alors que celle de "*guerre civile*" (Civil War) employée aux Etats-Unis traduit l'illégalité de la sécession<sup>659</sup>.

La Cour suprême a traduit juridiquement cette victoire en affirmant l'absence de droit unilatéral de sécession des Etats membres<sup>660</sup> dans sa décision *Texas v. White* de 1868<sup>661</sup>. En l'espèce, l'Etat du Texas avait reçu du gouvernement fédéral des bons du Trésor qui devaient avoir la signature du gouverneur pour que leur propriété puisse être transférée. En 1862, le parlement du Texas avait adopté une loi abrogeant cette soumission obligatoire à signature, et, sur cette nouvelle base, des bons non signés avaient été remis en paiement de marchandises en 1865<sup>662</sup>. Le gouvernement arrivé au pouvoir après la guerre de Sécession avait estimé que la loi de 1862 avait été adoptée par un gouvernement illégitime et devait donc être considérée comme nulle, ce qui avait eu pour conséquence une remise en cause de la transmission de propriété des bons déjà acquis. L'un des propriétaires des bons refusant de les lui remettre, le gouvernement du Texas avait saisi en 1865 la Cour suprême pour qu'elle lui enjoigne de le faire, ce à quoi le défendeur avait rétorqué que ladite Cour était incompétente pour trancher un litige qui était né durant la guerre alors que l'Etat du Texas n'était plus membre de l'Union américaine<sup>663</sup>. La Cour reconnaît dans son arrêt que durant la guerre les autorités fédérales ne pouvaient plus faire appliquer le droit fédéral sur le territoire de cet Etat<sup>664</sup>, mais elle poursuit qu'il ne s'agit que

<sup>654</sup> Message du 16 janvier 1833 précité, cité par FELDMAN (J.-P.), *Ibid.*, p.859.

<sup>655</sup> First inaugural adress, in : BASLER (R.) (éd.), *The collected... (op.cit. note 563)*, vol.4, pp.264-265.

<sup>656</sup> Proclamation du 10 décembre 1862 : cf. FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, p.861.

<sup>657</sup> Respectivement lettre à Alexander Rives de 1833 et Lettre sur l'annulation 1835-1836 citées par FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, p.862.

<sup>658</sup> Pour Jackson voir Message du 16 janvier 1833 précité, cité par FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, p.859. Pour Lincoln voir First inaugural adress, in : BASLER (R.) (éd.), *The collected... (op.cit. note 563)*, vol.4, p.270-271.

<sup>659</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, p.865.

<sup>660</sup> En ce sens : GUNLICKS (A.), *Föderative Systeme im Vergleich : die USA und Deutschland*, in : ARNIM (H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p.44.

<sup>661</sup> *Texas v. White*, 74 U.S. (1 Wall.), 700 (1868). Voir la présentation de l'arrêt par Elisabeth ZOLLER (*Grands arrêts... (op.cit. note 82)*), p.227).

<sup>662</sup> ZOLLER (E.), *Ibid.*, p.228.

<sup>663</sup> *Ibid.*, p.229.

<sup>664</sup> *Ibid.*, p.233.



d'une considération factuelle, et qu'en droit le Texas n'avait pas cessé d'être membre de l'Union américaine. Reprenant dans sa démonstration des arguments proches de ceux développés par Lincoln et Jackson, elle rappelle tout d'abord l'existence de liens entre les colonies antérieures à la guerre d'Indépendance. Elle considère ensuite cette guerre comme une simple confirmation et un renforcement de ces liens, et les Articles de la Confédération comme une formalisation desdits liens<sup>665</sup>. Elle estime par ailleurs qu'en entrant dans l'Union, le Texas s'est engagé d'une manière tout aussi perpétuelle que les Etats membres originels, et qu'il ne pouvait dès lors s'en retirer qu'avec l'accord des autres Etats membres ou en invoquant le droit naturel de révolution<sup>666</sup>. Certes, la Cour suprême ajoute ensuite que l'Union américaine ne peut se comprendre entièrement que si l'on souligne qu'elle est composée d'Etats conservant "*une existence distincte et individuelle*" et que "*la préservation des Etats et le maintien de leur gouvernement sont autant le but et le souci de la Constitution que la préservation de l'Union et le maintien du gouvernement fédéral*", pour conclure que "*la Constitution [...] envisage une Union indestructible, composée d'Etats indestructibles*"<sup>667</sup>. Mais, même si ces deux buts de maintien de l'Union et de garantie des membres renvoient à la garantie des deux niveaux composant une Fédération, l'Union américaine n'était plus une Fédération à la fin de la guerre car l'équilibre global nécessaire à cette qualification avait été rompu par l'intervention militaire des troupes fédérales contre la tentative de sécession de certains membres.

## 2) L'interprétation proposée par la Cour suprême du Canada

**573.** Dans son avis sur la sécession du Québec de 1998, la Cour suprême du Canada reprend la même argumentation d'un droit de révision de la Constitution ou d'un droit naturel de révolution, mais selon une approche qui se veut plus souple, respectueuse des droits des différentes parties.

**574.** A la suite d'un référendum organisé au Québec en octobre 1995 qui avait vu un faible écart entre les partisans et les opposants à l'indépendance<sup>668</sup>, le gouvernement fédéral a, en octobre 1996, saisi la Cour suprême fédérale d'un avis consultatif concernant l'existence de fondements juridiques en droit international ou en droit constitutionnel du droit de sécession et la possibilité pour le Québec de procéder unilatéralement à une sécession. L'avis rendu en 1998 conclut à l'absence de base juridique à une sécession unilatérale du Québec, mais ajoute une soumission des autorités fédérales à une négociation de bonne foi avec celles du Québec dans le cas d'une réponse "*claire*" à la question de son indépendance lors d'un référendum consultatif<sup>669</sup>.

Avant d'étudier l'avis, il faut préciser que la Cour emploie ici une définition de la sécession qui sous-tend la nature étatique du Canada. Selon elle, la "*sécession est la démarche*

---

<sup>665</sup> *Ibid.*, p.233 : "*l'Union des Etats [...] commença entre les colonies et germa d'une commune origine, de sympathies mutuelles, de principes analogues, d'intérêts similaires et de relations géographiques. Elle fut confirmée et renforcée par les nécessités de la guerre [d'indépendance], et elle reçut forme, caractère et sanction formels dans les articles de la Confédération*".

<sup>666</sup> *Ibid.*, p.234-235 : "*l'union entre le Texas et les autres Etats fut aussi complète, aussi perpétuelle et aussi indissoluble que l'union entre les Etats originels. Il n'y avait pas de place pour un réexamen ou un retrait, si ce n'est par une révolution ou avec le consentement des Etats*".

<sup>667</sup> *Ibid.*, p.234.

<sup>668</sup> 50,56% contre, 49,44% pour, et avec un taux de participation de 93,43%. Cf. GELY (M.-L.), La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l'évolution du fédéralisme: la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatérale du Québec, *RDJ*, 1999, p.1646.

<sup>669</sup> CSC, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pt.88 : "*Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé*".



*par laquelle un groupe ou une partie d'un État cherche à se détacher de l'autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d'une assise territoriale et reconnu au niveau international"*<sup>670</sup>.

**575.** La Cour affirme tout d'abord le pouvoir du Québec d'initier une modification constitutionnelle qui permettrait la sécession en organisant un référendum sur la question auprès de sa population. Elle précise qu'un tel référendum n'est que consultatif, même si elle ajoute que son résultat peut être utilisé pour soutenir le processus de sécession que souhaiterait amorcer le gouvernement du Québec<sup>671</sup>. Il ne s'agit pas d'un simple pouvoir de proposition du Québec n'entraînant aucune obligation de la part du gouvernement fédéral. En effet, la Cour pose une obligation de négociation qui "*permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution*"<sup>672</sup>. Le gouvernement fédéral ainsi que celui des autres provinces n'ont toutefois qu'une obligation de moyens et non de résultat ; il ont uniquement une obligation de négocier et non d'aboutir à un accord sur la sécession<sup>673</sup>. La Cour déduit en effet de la Constitution canadienne qu'il n'existe pas d'obligation d'accepter la sécession, mais seulement une obligation de conclure un accord qui précise ses conséquences pratiques quand le principe d'une sécession a été accepté<sup>674</sup>.

La Cour ne précise toutefois pas la procédure de modification de la Constitution canadienne qui doit être suivie. Il en existe en effet plusieurs prévues selon la partie V de la loi constitutionnelle de 1982. La procédure normale est prévue en son art.38. Outre une adoption par les deux chambres du Parlement, il faut une adoption par les 2/3 des assemblées législatives des Provinces comprenant au moins 50% de la population. Selon l'art.41, un certain nombre de questions requiert le consentement unanime des assemblées des Provinces<sup>675</sup>, mais la sécession n'est rattachable à aucune d'entre elles. L'art.43 prévoit par ailleurs le cas de modifications concernant uniquement certaines provinces, requérant dans ce cas l'adoption par la ou les seules assemblées des provinces concernées. Même si la Cour ne le précise pas, il est possible de déduire de son argumentation que cette dernière procédure ne pourrait être suivie car l'impact d'une sécession n'a pas d'effet uniquement sur la province concernée<sup>676</sup>.

**576.** Dans cet avis, la Cour distingue deux approches, elle regarde à la fois la légalité d'une procédure de sécession par le Québec et sa légitimité, et précise à partir de là ce qu'implique l'obligation de négocier<sup>677</sup>. Comme le rappelle Marie-Laurence Gély, la Cour avait déjà joué un rôle de règlement de conflits politiques dans le cadre d'un litige qui voyait la grande majorité des provinces contester le projet adopté unilatéralement par le gouvernement fédéral de rapatriement de la Constitution canadienne<sup>678</sup>. Elle avait été saisie suite aux avis divergents

<sup>670</sup> *Ibid.*, pt.83.

<sup>671</sup> "*l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province [...] conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles.*" : *Ibid.*, pt.87.

<sup>672</sup> *Ibid.*, pt.76.

<sup>673</sup> *Ibid.*, pt.97.

<sup>674</sup> *Ibid.*, pt.90.

<sup>675</sup> Ces questions sont : "a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur; b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;

c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais;

d) la composition de la Cour suprême du Canada;

e) la modification de la présente partie."

<sup>676</sup> En ce sens : BUCHANAN (A.), *The Quebec secession issue ; democracy, minority rights, and the rule of law*, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession...(op.cit. note 43)*, p.245.

<sup>677</sup> *Ibid.*, pt.89.

<sup>678</sup> GELY (M.-L.), *La Cour...(op.cit. note 668)*, p.1655.



rendus par les juridictions de plusieurs Provinces. Dans sa décision de 1981 sur le rapatriement de la Constitution distingue pour la première fois la légalité et la légitimité de l'action étudiée, acceptant "*de se faire juge non seulement du droit mais aussi du politique*"<sup>679</sup>. Dans le but de satisfaire les deux parties, elle constate la légalité du projet proposé unilatéralement par le gouvernement canadien mais estime que ce comportement est politiquement critiquable. Dans l'avis de 1998 relatif à la sécession du Québec, la Cour cherche également à proposer une solution apaisant les parties. Elle juge ainsi légitime l'organisation d'un référendum, mais rejette toute reconnaissance d'un droit unilatéral de sécession<sup>680</sup>. Son but est d'éviter de déstabiliser le système canadien tout en satisfaisant le gouvernement du Québec en reconnaissant la légitimité de l'organisation du référendum. Enfin, elle se protège par cette reconnaissance de légitimité contre le reproche d'une jurisprudence trop centralisatrice en matière de répartition des compétences<sup>681</sup>.

La distinction entre légalité et légitimité peut être toutefois critiquée à plusieurs égards. On relèvera tout d'abord que la Cour ne précise pas ce qui doit être considéré comme une majorité nette et une question claire, laissant le soin au politique de le déterminer, or elle ne fait par ce biais qu'éviter une question potentiellement conflictuelle. Ainsi, une loi canadienne a précisé ultérieurement que la chambre basse du Parlement canadien était compétente pour juger de la clarté d'un référendum sur une proposition de sécession et de ce qui constitue une majorité suffisamment nette, alors que dans le même temps une loi du Québec a posé le principe de la majorité absolue comme majorité nette<sup>682</sup>.

La portée de l'obligation de négocier est par ailleurs ambiguë. La Cour reconnaît d'ailleurs ses limites concernant le contrôle de la négociation, estimant que son objet étant politique, elle ne se considérerait pas adaptée pour opérer les analyses requises<sup>683</sup>. S'il n'existe pas d'obligation de résultat, il aurait toutefois été possible à la Cour d'imposer une obligation de fidélité fédérale dans la négociation et de préciser que la violation de cette obligation par l'une des parties à la négociation ferait l'objet d'une sanction juridique. En ce sens Allan Buchanan reproche à la Cour de ne pas préciser de moyen permettant de limiter le risque de rupture des négociations<sup>684</sup>. Il souligne le risque impliqué par une telle défausse de la Cour. Dans le cadre même des négociations peuvent en effet naître des conflits et l'absence de possibilité de sanctionner l'abandon des discussions par le gouvernement fédéral ou les autres provinces peut conduire le Québec à déclarer unilatéralement son indépendance.

Si la légitimité conduit simplement à une obligation de négociation non sanctionnable, sa portée est extrêmement faible. Marie-Laurence Gély souligne à cet égard que "*la Cour est liée à la survie de l'Etat canadien, [...] les décisions des juges suprêmes sont contraintes par l'exigence de conservation de l'Etat canadien*"<sup>685</sup>, mais c'est justement ce qui peut poser problème dans le cadre du règlement d'un conflit entre le Québec et le gouvernement fédéral relatif aux négociations de sécession. Allan Buchanan recommande comme solution une médiation internationale, soulignant qu'elle présente l'avantage par rapport à un arbitrage de ne

<sup>679</sup> CSC, 28 septembre 1981. Renvoi : résolutions pour modifier la Constitution, 1981, 1 RCS, 753 : <http://csc.lexum.org/fr/1981/1981rcs1-753/1981rcs1-753.html>. Cf. GELY (M.-L.), *Ibid.*, p.1665.

<sup>680</sup> GELY (M.-L.), *Ibid.*, p.1666.

<sup>681</sup> En ce sens : *Ibid.* p.1667.

<sup>682</sup> BUCHANAN (A.), *The Quebec...*(*op.cit.* note 676), p.260.

<sup>683</sup> CSC, 20 août 1998, pt.100 : "*Si les circonstances donnant lieu à l'obligation de négocier devaient survenir, l'analyse juridique ne permettrait pas [...] de faire la distinction entre la défense énergique d'intérêts légitimes et la prise de positions qui, en réalité, écarteraient totalement les intérêts légitimes de certains*". Elle poursuit pt101 : "*La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le «donnant, donnant» du processus de négociation.* "

<sup>684</sup> BUCHANAN (A.), *The Quebec...*(*op.cit.* note 676), p.260.

<sup>685</sup> GELY (M.-L.), *La Cour...*(*op.cit.* note 672), p.1667.

pas avoir un pouvoir de décision qui braquerait les parties aux négociations et serait contraire au principe de souveraineté du Canada tout en présentant un caractère de neutralité par rapport aux parties, facilitant le dégagement d'une interprétation notamment de ce qui est une majorité et une question claire, ainsi que des points qui apparaissent comme essentiel dans le cadre des négociations<sup>686</sup>. Cela éviterait notamment selon lui le reproche de conditions inacceptables posées par le gouvernement canadien<sup>687</sup>.

### **3) Le renoncement au droit de retrait unilatéral par la signature du pacte**

**577.** Différents auteurs développant des théories d'unions fédérales se fondant sur un pacte existentiel rejettent également tout droit de retrait unilatéral des Etats membres, mêmes si leur explication est différente de celles des unionistes américains et la Cour suprême du Canada. Ils considèrent qu'en concluant un tel pacte les Etats renoncent à tout droit de retrait.

**578.** Carl Schmitt résume le dilemme concernant l'existence d'un droit de sécession. D'un côté "*par essence la Fédération doit être permanente, [ce qui signifie que] l'adhésion à la Fédération doit impliquer la renonciation permanente au droit de sécession*". Mais d'un autre côté, "*la Fédération est censée être un pacte et [...] les Etats fédérés sont censés ne pas perdre leur existence politique autonome, [ce qui implique que] les membres de la Fédération doivent nécessairement rester en mesure de décider eux-mêmes de l'impossibilité éventuelle d'appliquer ou de résilier ce pacte, et c'est justement le droit de sécession*"<sup>688</sup>. Carl Schmitt reconnaît ainsi que si la guerre de sécession a résolu "*d'un seul coup tous les problèmes délicats qui avaient tenu en haleine pendant deux générations les corps législatifs, les tribunaux et surtout le peuple lui-même*", "*cette « solution » du problème par la guerre ne veut dire que ceci : la constitution a changé de nature et la fédération en tant que telle a cessé d'exister*"<sup>689</sup>. Néanmoins, il considère qu'une fois ratifié, le pacte ne permet plus à chaque Etat membre de revenir en arrière, que le pacte ne lui confère aucun droit de retrait<sup>690</sup>. Il ne se contente pas d'une réponse tranchée en défaveur du droit de retrait ne résolvant rien du dilemme, ou de la simple considération que la question ne se pose que dans des cas extrêmes, il propose, comme nous l'avons vu, une solution à leur prévention, un moyen de lutter contre les tensions existant au sein de la Fédération du fait des "antinomies" qui lui sont intrinsèques : l'homogénéité. Il n'explique toutefois pas en quoi l'existence politique de chaque Etat est sauvegardée dans le cas où les instruments de prévention d'une tension se révèlent insuffisants pour empêcher le développement d'une volonté de retrait d'un des membres. Il n'affirme ainsi pas, comme certains auteurs dans le cadre européen, que le retrait est une décision politique *de facto* qui ne doit pas provoquer de réponse militaire de la part des autres membres de la Fédération à peine de changer la nature juridique de l'ensemble. Néanmoins, il est possible de conclure qu'il partage une telle interprétation étant donné qu'il estime qu'une guerre empêchant le retrait conduit à transformer la nature juridique de l'entité commune. Ce qui semble gêner Schmitt, tout comme ces auteurs, est l'instabilité suscitée par la reconnaissance d'un droit implicite. Nous verrons toutefois qu'il est possible de relativiser ce risque, notamment en précisant un encadrement de son exercice<sup>691</sup>.

**579.** Tirant les conséquences de la position schmittienne qu'il reprend, Olivier Beaud, conclut

---

<sup>686</sup> BUCHANAN (A.), *The Quebec...*(*op.cit.* note 676), p.261.

<sup>687</sup> *Ibid.*, p.262.

<sup>688</sup> SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, trad. de DEROCHÉ (L.), PUF, 1993, pp.521-522.

<sup>689</sup> *Ibid.*, p.521.

<sup>690</sup> "*C'est un pacte libre (Vertrag) dans la mesure où il dépend de la volonté de l'Etat membre qu'il entre dans la fédération : c'est donc un libre pacte pour ce qui est de sa conclusion. Mais ce n'est pas un libre pacte au sens d'un contrat librement révoquant à volonté*" : *Ibid.*, p.513.

<sup>691</sup> Cf. *infra* : C 1) c).



que la présence dans les traités européens d'une clause de retrait "*signifie clairement que ce pacte entre Etats n'est pas un pacte existentiel*", que l'Union européenne n'est qu'une "*organisation*" et "*non pas une institution au sens d'Hauriou*"<sup>692</sup>.

Anton Greber suit également Schmitt et estime que la nature existentielle du pacte fédératif implique que la sortie d'un membre ne peut être décidée unilatéralement par le concerné, mais qu'elle soit comprise comme une modification du pacte soumis comme telle à la procédure de révision habituelle<sup>693</sup>. Il existe toutefois une exception dans le cas de la dissolution du pacte. Il affirme en effet que du caractère existentiel du pacte ne peut être déduit son indissolubilité, à peine de contredire son esprit puisque son but profond n'est pas l'homogénéisation des fondements sociopolitiques des membres, mais le maintien des différences. Il considère que la dissolution est incluse dans l'idée de pacte mais ne dépend pas des parties au pacte, et invoque l'obligation implicite de fidélité fédérale qui permet de compléter le pacte quand il ne donne pas de solution<sup>694</sup>. Ainsi, selon lui, dans le cas d'une dissolution du pacte par la transformation de l'union fédérale en Etat, le pacte ne donne pas de droit à la majorité d'imposer cette évolution à la minorité qui peut refuser sa participation à la nouvelle entité. Si certains Etats font usage du droit de refus, la dissolution du pacte n'est complète que quand un accord entre les sortants et les restants est trouvé, et jusqu'à ce stade s'applique l'obligation de fidélité fédérale<sup>695</sup>.

**580.** Henry Lesguillons estime également qu'il n'y a pas de droit de retrait dans le cas des traités-fondation d'intégration, concept dont nous avons vu qu'il se rapprochait du concept de pacte fédératif<sup>696</sup>, en raison du "*caractère irréversible de la fusion de certains intérêts étatiques, placés sous la gestion commune*"<sup>697</sup>. Il différencie en effet le droit de retrait, qui relève du droit, de la sécession, qu'il conçoit comme un simple recours à la force contre le droit, qui reste toujours possible<sup>698</sup>. Mais surtout, il considère le droit de retrait comme contraire à l'intériorisation par les individus de l'Idée qui caractérise le traité-fondation d'intégration, par référence au troisième stade de la doctrine d'Hauriou. A cet égard, nous avons indiqué que ce stade de l'intériorisation correspondait selon nous dans une Fédération au développement du sentiment d'appartenance, ce qui a pour conséquence que la fin du droit de retrait sur la base de l'intériorisation de l'Idée signifierait pour nous une évolution du sentiment d'appartenance qui serait avant tout fédéral avant d'être fédéré, et donc une évolution d'une Fédération vers un Etat fédéral<sup>699</sup>. Enfin, Henry Lesguillons relève que l'Etat membre dans un contexte démocratique ne peut décider seul de remettre en cause les droits qui étaient conférés à ses citoyens<sup>700</sup>. Si nous partageons ce constat, un tel argument ne permet toutefois pas de rejeter un droit de retrait unilatéral de l'Etat, il permet uniquement de souligner que dans un système démocratique il n'est pas possible pour un gouvernement de décider seul d'un retrait.

**581.** Même s'il ne défend pas une théorie de la Fédération, Helmut Quaritsch rejoint ces réflexions concernant le droit de retrait en ce sens qu'il considère que la nature particulière de l'union entre Etats que suppose une confédération implique déjà une impossibilité de retrait unilatéral. Il voit en outre dans l'existence du pouvoir d'exécution fédérale un moyen

---

<sup>692</sup> BEAUD (O.), Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel, *Annuaire de droit européen*, 2003 (publié en 2005), vol.1, p.110.

<sup>693</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Fribourg Suisse, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, p.186.

<sup>694</sup> *Ibid.*, p.245.

<sup>695</sup> *Ibid.*, pp.246-247.

<sup>696</sup> Voir *supra* chap. préliminaire sect.I §1 B.

<sup>697</sup> LESGUILLONS (H.), *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, LGDJ, 1968, p.89.

<sup>698</sup> *Ibid.*, p.90.

<sup>699</sup> Cf. *infra* c).

<sup>700</sup> LESGUILLONS (H.), *Ibid.*, p.91.

d'empêcher un tel retrait unilatéral et donne au soutien de sa thèse un exemple *a contrario*, celui de l'incapacité de l'Autriche en 1866 à imposer le recours à ce pouvoir pour empêcher la sécession de la Prusse, incapacité qui a précipité la fin de la Confédération germanique<sup>701</sup>. Il s'agit toutefois d'une présentation tronquée de l'enchaînement des événements puisque comme on l'a vu, la déclaration de retrait de la Prusse de la Confédération est une réaction à l'intervention confédérale<sup>702</sup>. Ainsi, l'exécution fédérale n'avait pas pour objet d'empêcher la sécession, mais de sanctionner une violation du pacte. Par ailleurs, nous avons déjà indiqué que nous considérons que le recours à l'exécution fédérale dans le cadre d'une Fédération afin d'empêcher un Etat de s'en retirer conduisait à transformer une Fédération en Etat fédéral.

## **B. Un droit fondé sur le droit international**

**582.** Une autre perspective, celle de l'existence d'un droit de retrait fondé dans le droit international peut être évoquée. Cette perspective n'était encore que limitée lorsque les pactes fédératifs américain, suisse et allemand ont été conclus, elle renvoyait alors essentiellement au principe de droit coutumier *rebus sic stantibus*. Mais elle s'est élargie avec le développement important du droit international à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au cours du XX<sup>e</sup> siècle.

Le droit international ne connaissant pas l'entité juridique Fédération, il convient de se pencher sur les solutions qu'ils proposent concernant les seules entités politiques officiellement reconnues, les Etats (1), et les organisations internationales (2), afin de déterminer si ces solutions sont transposables à la Fédération.

### ***1) Les réponses du droit international face à une structure étatique***

**583.** Le droit international n'a pas, pendant longtemps, inclus de droit permettant de fonder une revendication de séparation d'un Etat. Si un droit d'autodétermination est désormais reconnu, un problème de définition demeure au sein de la doctrine (a). La majorité de la doctrine s'accorde au contraire sur l'absence de droit de sécession fondé sur le principe démocratique, malgré quelques soutiens minoritaires à une telle interprétation (b). De même, l'absence d'interdiction en droit international d'une sécession dans le cadre d'un Etat ne permet pas de fonder, par extension, un droit de sécession (c).

#### **a) Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes**

**584.** Après la Première guerre mondiale, le Président Woodrow Wilson avait échoué dans son soutien à la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination dans le Traité fondateur de la SDN<sup>703</sup>, et il faut attendre la Charte des Nations Unies pour que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes soit reconnu, dans son art.1§2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 le reprend dans son art.1<sup>704</sup>.

Il est nécessaire de distinguer le droit à l'autodétermination prévu en droit international et le "principe nationaliste" qui impliquerait que chaque nation pourrait s'affirmer, ce qui

---

<sup>701</sup> QUARITSCH (H.), La souveraineté... (*op.cit.* note 244), p.149.

<sup>702</sup> Cf. *supra* chap.I sect.I §2 B 1) a). Voir aussi : LABAND (P.), *Le Droit public de l'Empire allemand, t.1*, trad. de GANDILHON (C.), Paris, éd. Giard et Brière, 1900, pp.19-20.

<sup>703</sup> 5<sup>e</sup> de ses "14 points". Voir DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd, 2008, p.144. L'auteur affirme que l'origine du principe provient de la Révolution française et qu'il est repris dans le cadre de l'affirmation des nations européennes au XIX<sup>e</sup>, avec notamment l'unification de l'Allemagne et de l'Italie, tout en excluant son extension aux territoires colonisés.

<sup>704</sup> Art.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : "*tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.*"

renforcerait les conflits ethniques<sup>705</sup>. Allan Buchanan souligne en outre, dans le cas du Québec, qu'un tel fondement pourrait se retourner contre le Québec qui devrait faire face aux revendications des populations indigènes.

Une fois cette distinction opérée, il reste des problèmes d'application de ce droit, notamment en raison de l'absence de définition de ce que peut être un peuple<sup>706</sup>. La Cour suprême du Canada écarte la question de l'existence d'un peuple québécois, et celle d'un peuple constitué par les populations autochtones en estimant que les conditions du fondement d'un droit de sécession dans le droit d'autodétermination ne sont pas réunies<sup>707</sup>. Mais la question de la contestation d'une telle conclusion se pose en l'absence de critère objectif de définition d'un peuple. Plus généralement la reconnaissance des revendications séparatistes par le droit international est, en dehors du contexte de la colonisation, l'objet de discussions, une interprétation restrictive étant considérée comme justifiée au nom de la protection de l'intégrité territoriale, la sécurité et la stabilité internationale<sup>708</sup>.

Donald Horowitz<sup>709</sup> rejette ainsi tout fondement d'un droit de sécession en droit international qui serait fondé sur la considération qu'une minorité est exclue de la participation politique. Il met en garde contre ce qui apparaît être une solution au problème de conflits ethniques en soulignant que la minorité devient majorité et l'ancienne majorité devient une minorité, que l'ancien "opresseur" peut devenir l'opprimé et vice-versa. Il ne croit en effet pas réellement aux garanties de protection des minorités avancées dans le nouvel Etat, se demandant en quoi elle serait mieux assurée dans ce cadre et pourquoi une telle protection n'aurait pu être mise en œuvre au sein de l'ancien Etat, notamment *via* un système électoral visant à réduire les tensions ethniques.

Au contraire, Diane Orentlicher défend une interprétation extensive en se fondant sur un passage de la déclaration du 24 octobre 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies<sup>710</sup>. Elle considère ainsi que "*les groupes auxquels est dénié de façon persistante toute participation significative au processus politique national pourraient être en droit de faire sécession*"<sup>711</sup>. Elle voit toutefois un tel droit unilatéral uniquement en réponse ultime à de graves injustices. Diane Orentlicher estime qu'un tel droit est implicite pour les minorités qui

---

<sup>705</sup> Souligné par : BUCHANAN (A.), *The Quebec...*(*op.cit.* note 676), p.253-254.

<sup>706</sup> CSC, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pt.123.

<sup>707</sup> *Ibid.*, pt.125.

<sup>708</sup> Voir pour une présentation de ces éléments : ORENTLICHER (D.), *International responses to separatist claims : are democratic principles relevant ?*, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), pp.19-21. Voir aussi COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, p.273.

<sup>709</sup> HOROWITZ (D.), *A right to secede?*, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), pp.50-76.

<sup>710</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, résolution n°2625, 25<sup>e</sup> session, supplément n°18, (A/8018), Paragraphe intitulé "*le principe de légalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes*") : "*Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembretrait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ci-dessus et doté d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur*". Cette disposition affirme en même temps le principe de l'intégrité territoriale, l'exception doit donc être entendue restrictivement. Voir aussi sur l'ambiguïté de ce passage correspondant à la volonté d'assurer une indépendance tout en évitant des "*contestations ultérieures de frontières*" (CIJ, 22 décembre 1986, *affaire du différend frontalier Burkina Faso c/ République du Mali*, Rec. 1986, §20) : DUPUY (P.-M.), *Droit...*(*op.cit.* note 703), p.149.

<sup>711</sup> ORENTLICHER (D.), *International...*(*op.cit.* note 708), p.23 notamment.



demeurent exclues du jeu de la participation politique dans un Etat, tout en ajoutant qu'il faut que l'Etat issu de la sécession respecte les droits des minorités efficacement. Si elle concède le problème de la détermination de ce qui constitue une inégalité dans l'exercice des droits politiques en ce sens, elle estime dans le même temps que l'acceptation d'une telle interprétation a évolué dans les années 1990, notamment sous l'impulsion de l'éclatement de l'URSS et de la Yougoslavie.

Suivant la même perspective extensive du droit d'autodétermination, Allen Buchanan distingue le cas du Québec, qui s'inscrit dans un système fédéral fonctionnant, démocratique et protégeant les minorités, du cas de la Yougoslavie où l'Etat fédéral ne fonctionnait plus au moment de la Déclaration d'Indépendance de la Slovénie et la Croatie<sup>712</sup>. Dans ce dernier cas, l'art.1 de la Constitution yougoslave de 1963 et de celle de 1974 reconnaissait le droit d'autodétermination ainsi que le droit de sécession, mais aucune procédure n'était prévue pour permettre de l'exercer<sup>713</sup>. Le parlement croate avait adopté en 1990 une constitution incluant un droit de sécession de la Yougoslavie invocable à la majorité des 2/3 et une majorité simple lors d'un référendum. De même, la Slovénie a adopté la même année 1990 une révision constitutionnelle introduisant un droit de sécession. Au sein de l'ONU, les avis étaient divisés entre ceux défendant le droit pour chacun des peuples de décider, et ceux interprétant le droit de sécession comme soumis à une décision de l'ensemble des peuples de Yougoslavie<sup>714</sup>. Finalement, l'Allemagne puis d'autres avaient commencé à reconnaître ces Etats.

La position de la Cour suprême canadienne dans son avis sur la sécession du Québec peut être citée au soutien de cette interprétation extensive. Celle-ci y explique certes que le droit d'autodétermination interne, qui renvoie au "*développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant*", est le principe et qu'afin d'éviter toute instabilité des Etats l'autodétermination externe, qui vise la sécession, n'est invocable que dans des cas extrêmes<sup>715</sup>. Mais la Cour ajoute qu'en droit international, le droit à l'autodétermination est ouvert aux peuples des anciennes colonies ou opprimés en raison d'une occupation étrangère, mais encore aux peuples empêchés de participer au processus de décision politique gouvernemental "*pour assurer [leur] développement politique, économique et culturel*". Dans l'avis, elle conclut toutefois que ces hypothèses ne sont pas invocables par le Québec et rappelle en conséquence le droit de l'Etat canadien "*au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international*"<sup>716</sup>.

Enfin, il est à noter que, dans son avis consultatif de 2010 rendu dans le cadre d'une demande de l'Assemblée générale de l'ONU concernant la conformité au droit international de la Déclaration d'Indépendance du Kosovo, la Cour internationale de justice (CIJ) souligne l'existence de divergences sur l'existence en droit international d'un "*droit de «sécession-remède»*" et, dans l'affirmative, sur ses modalités d'application<sup>717</sup>. De même, elle relève de telles divergences sur la question de savoir "*si, en dehors du contexte des territoires non autonomes ou de celui des peuples soumis [...] à la domination ou à l'exploitation étrangères, le droit*

<sup>712</sup> BUCHANAN (A.), *The Quebec...* (*op.cit.* note 676), p.251.

<sup>713</sup> HARBO (F.), *Secession right – an anti-federal principle ? Comparative study of federal states and the EU*, *Journal of politics and law*, 2008, vol 1, n°3, pp.135-136.

<sup>714</sup> *Ibid.*, p.136.

<sup>715</sup> CSC, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pts.126-127.

<sup>716</sup> *Ibid.*, pt.138. Voir aussi : *Ibid.*, pt.154 "*Un État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États*". Or "*le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social*".

<sup>717</sup> Avis consultatif du 22 juillet 2010, §82. <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15988.pdf>.



*international relatif à l'autodétermination autorise une partie de la population d'un Etat existant à se séparer de cet Etat*"<sup>718</sup>. Elle souligne en effet que la pratique des Etats ne permet pas de conclusion claire. Ainsi, si elle relève que, dans le cas du Kosovo, les Etats ont pour une grande part reconnu l'indépendance, en revanche, la plupart ont refusé une reconnaissance d'Etats indépendants formés à partir des populations serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine et affirmé que la solution devait provenir d'une bonne garantie de la protection des minorités<sup>719</sup>. De même, elle ajoute que les kurdes répartis entre Iran, Irak, Turquie, Syrie n'obtiennent pas non plus de soutien à leur revendication<sup>720</sup>. L'avis de 2010 de la CIJ ne présente pas d'étude approfondie sur ces points car la Cour considère que ces questions visent en réalité à déterminer dans quelle mesure un droit de séparation d'un Etat peut être fondé dans le droit international et non la question qui lui était posée, à savoir celle de l'interdiction par le droit international d'une déclaration unilatérale d'indépendance<sup>721</sup>.

### **b) L'absence de déductibilité d'un droit de sécession du principe démocratique**

**585.** Il existe par contre une majorité d'auteurs soutenant le rejet de toute déduction d'un droit de sécession du principe démocratique<sup>722</sup>. Diane Orentlicher indique ainsi qu'il n'est pas possible de déduire un droit de sécession du refus de reconnaître un droit de participation en tant que groupe, car il suffit que ses membres puissent participer à la vie politique en tant qu'individus<sup>723</sup>. De son côté, la Cour suprême du Canada reconnaît que l'invocation de ce principe peut apparaître "*superficiellement convaincant*"<sup>724</sup>, mais poursuit qu'une étude approfondie permet de relever qu'il n'est pas à considérer au seul niveau de l'Etat fédéré mais doit être aussi pris en compte au niveau fédéral ; en outre, elle ajoute que ce n'est pas le seul principe qui doit être respecté dans l'ordre constitutionnel canadien<sup>725</sup>. L'argument démocratique est ainsi un détournement du sens de la souveraineté populaire qui serait en particulier, selon elle, une violation du principe du fédéralisme en raison des implications sur l'ensemble des provinces. Allen Buchanan ajoute en outre dans le même sens qu'en acceptant une telle interprétation, une minorité non satisfaite par la décision de la majorité et concentrée sur une partie du territoire pourrait utiliser la menace de sécession et se conférer par ce biais un veto<sup>726</sup>.

**586.** Une minorité de la doctrine défend toutefois le caractère démocratique comme justification de l'inscription d'un droit de sécession dans la Constitution d'un Etat ou dans la Charte de l'ONU. Florentina Harbo<sup>727</sup> cite la Constitution de 1996 de l'Afrique du Sud comme exemple de l'inclusion d'un droit d'autodétermination pouvant être interprété comme une traduction d'un principe démocratique et non d'une réaction à une oppression. Detmar Doering estime aussi qu'il ne peut être justifié du point de vue démocratique qu'un vote en faveur de

---

<sup>718</sup> *Ibid.*

<sup>719</sup> COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...* (*op.cit.* note 708), p.274.

<sup>720</sup> DUPUY (P.-M.), *Droit...* (*op.cit.* note 703), p.150 §133.

<sup>721</sup> *Ibid.*, §83.

<sup>722</sup> Ainsi, COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...* (*op.cit.* note 708), p.270 : "*Loin de consacrer les exigences de la démocratie, le droit international général protège chaque Etat contre les tentatives visant à lui imposer de l'extérieur une forme de gouvernement*".

<sup>723</sup> ORENTLICHER (D.), *International...* (*op.cit.* note 708), pp.24-49.

<sup>724</sup> CSC, 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, pt.75.

<sup>725</sup> *Ibid.*, pt.66.

<sup>726</sup> BUCHANAN (A.), *The Quebec...* (*op.cit.* note 676), p.246.

<sup>727</sup> HARBO (F.), *Constitutionalism...* (*op.cit.* note 713), p.136. La Constitution d'Afrique du Sud énonce dans sa section 235 que "*le droit du peuple d'Afrique du Sud dans son ensemble de s'autodéterminer, comme la Constitution le traduit, n'empêche pas, dans le cadre de ce droit de reconnaître la notion d'autodétermination de n'importe quelle communauté partageant une culture commune et un héritage linguistique à l'intérieur d'un territoire inclus dans la République [...]*".



l'indépendance soutenu par 90% de la population du territoire au sein d'un Etat se voit opposer une fin de non recevoir de la part du gouvernement de l'Etat et imposer par la force de rester en son sein<sup>728</sup>. Il va plus loin puisqu'il considère que puisqu'il existe toujours une partie de la population opposée à la sécession au sein du territoire en cause, celle-ci, si elle y est concentrée sur une surface de ce territoire doit aussi disposer d'un droit de sécession<sup>729</sup>. Au reproche de déclinaison infinie du droit de sécession, il rétorque que le coût important de la sécession et l'impossibilité pratique de survivre de façon indépendante est un frein naturel empêchant une telle dérive<sup>730</sup>. Concernant l'inscription d'un tel droit dans la Charte de l'ONU, il estime qu'elle serait une expression du principe démocratique, mais concède d'une part le problème du manque de critère pour évaluer la légitimité d'une sécession sur un tel fondement en droit international et l'existence d'un conflit d'un tel droit avec la reconnaissance de la souveraineté des Etats<sup>731</sup>.

**587.** D'autres motifs sont *a fortiori* rejetés sur la base de l'autodétermination. Ainsi, le seul intérêt économique ne peut justifier un droit de sécession. Par contre, une discrimination dans la répartition des charges et des bénéfices si elle conduit à une exploitation économique du territoire concerné pourrait le justifier, selon Cass Sunstein qui prend l'exemple de la Slovénie et de la Croatie qui pouvaient craindre que les serbes prennent le contrôle de leurs ressources<sup>732</sup>. Mais il est difficile de déterminer à partir de quel moment il y a exploitation d'un territoire, d'une population, de distinguer ce cas de ce qui relève simplement d'une charge lourde comme c'est le cas pour la Flandre par rapport à la Wallonie en Belgique ou pour l'Italie du Nord par rapport au Mezzogiorno. Parfois la sécession est avancée au nom de la protection de leur culture propre, mais un tel droit n'existe pas. Au-delà de la considération qu'il y a une évolution naturelle de toute culture au contact des autres, et même en admettant une nécessité de la protection de certaines spécificités culturelles, cela ne fonde pas un droit de sécession en l'absence de traitement discriminatoire grave<sup>733</sup>.

### c) Le rejet de l'équivalence entre absence d'interdiction et fondement d'un droit de sécession

**588.** Au-delà des fondements susmentionnés, la Cour suprême du Canada souligne que l'absence d'interdiction de la sécession en droit international ne permet pas de fonder un droit, car une permission envers une partie n'engendre pas une obligation d'une autre partie<sup>734</sup>. Elle indique certes qu' "*un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigeance injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation*"<sup>735</sup>. Elle semble par ce biais renvoyer simplement à la légitimité d'une sécession *de facto* et aux chances d'effectivité d'une reconnaissance internationale dans un tel cas, à défaut de la légalité de la sécession au regard de l'ordre constitutionnel<sup>736</sup>, la Cour affirmant que "*le*

<sup>728</sup> DOERING (D.), *Friedlicher Austritt. Braucht die Europäische Union ein Sezessionsrecht?*, Centre for the New Europe, Trier, 2002, p.9 :

[http://www.progressfoundation.ch/PDF/medien/152\\_Right%20of%20Secession,Detmar%20Doering,CNE,Friedlicher%20Austritt%20-%20D.pdf](http://www.progressfoundation.ch/PDF/medien/152_Right%20of%20Secession,Detmar%20Doering,CNE,Friedlicher%20Austritt%20-%20D.pdf).

<sup>729</sup> *Ibid.*, p.13.

<sup>730</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>731</sup> *Ibid.*, pp.25-26.

<sup>732</sup> SUNSTEIN (C.), *Constitutionalism and secession*, *The University of Chicago Law Review*, 1991, vol.58 n°2, p.659.

<sup>733</sup> Souligné par : BUCHANAN (A.), *The Quebec...* (*op.cit.* note 676), pp.256-257. SUNSTEIN : *Ibid.*, p.664.

<sup>734</sup> CSC, 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, pt.112.

<sup>735</sup> *Ibid.*, pt.103

<sup>736</sup> En ce sens : GELY (M.-L.), *La Cour...* (*op.cit.* note 672), p.1648 note 7. L'auteur déduit que le recours à la sécession unilatérale est accepté par la Cour dans le cas où le pouvoir fédéral ou les autres provinces



*respect par la province sécessionniste de ces obligations légitimes jouerait en faveur de sa reconnaissance internationale*"<sup>737</sup>. Mais si elle considère en effet plus loin que la reconnaissance internationale permet de soutenir une sécession *de facto* et de la valider *de jure*, elle distingue bien ce cas d'un droit de sécession reconnu par le droit international<sup>738</sup>, car cette reconnaissance internationale "*ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d'un droit « juridique » initial de faire sécession*"<sup>739</sup>. En outre, comme le notait en 2003 Allen Buchanan, rien n'interdit non plus au gouvernement fédéral de résister à la sécession<sup>740</sup>. L'auteur poursuivait en outre que même la conclusion qu'une sécession unilatérale hors du cas de l'autodétermination ne serait pas une violation du droit international pouvait être remise en cause, la plupart des textes cités par la Cour suprême du Canada affirmant l'importance de l'intégrité territoriale<sup>741</sup>.

Cette dernière remarque est toutefois remise en cause par la jurisprudence récente de la CIJ. La CIJ s'est en effet prononcée sur cette question de la permission du droit de sécession en droit international dans son avis consultatif de 2010 concernant la conformité au droit international de la Déclaration d'Indépendance du Kosovo. La Cour "*estime que le droit international général ne comporte aucune interdiction applicable aux déclarations d'indépendance*"<sup>742</sup>. A l'encontre d'une telle interprétation étaient avancées des résolutions du Conseil de sécurité qui avaient condamné certaines déclarations d'indépendance. Les deux premières résolutions, n°216 et 217 de 1965, concernaient la Rhodésie du Sud qui visait à mettre en place un "*régime minoritaire raciste*"<sup>743</sup>. Une autre, n°541 de 1983, concernait la création de la République turque de Chypre du Nord. Enfin, la dernière, n°787 de 1992, visait la Republika Srpska créée par les serbes de Bosnie désirant que la Bosnie-Herzégovine demeure au sein de la Yougoslavie. La CIJ, rétorque que "*l'illicéité de ces déclarations découlait [...] non de leur caractère unilatéral, mais du fait que celles-ci allaient ou seraient allées de pair avec un recours illicite à la force ou avec d'autres violations graves de normes de droit international général, en particulier de nature impérative (jus cogens)*"<sup>744</sup>. Dans le cas du Kosovo, le Conseil de sécurité n'avait visé qu'à poser un régime juridique temporaire et avait par contre laissé la question du statut final ouverte, qu'elle n'avait donc pas affirmé le principe du maintien au sein de l'Etat de Serbie, à la différence par exemple des résolutions concernant Chypre qui énonçaient explicitement la volonté d'un Etat de chypre unique souverain<sup>745</sup>.

**589.** Les cas de droit de sécession d'un Etat reconnus par le droit international, outre qu'ils sont sujets à discussion ne semblent pas correspondre au contexte d'une Fédération qui réclame une garantie de protection de l'intégrité de l'Etat, donc un motif plus large que ce qui est susceptible d'être proposé par le droit international dans le cadre du droit des Etats. Reste alors à voir si le droit international propose des solutions en matière de retrait d'organisations internationales et de dénonciation de traités transposables à la Fédération et au pacte fédératif.

---

refuseraient de négocier

<sup>737</sup> CSC, 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, pt.143

<sup>738</sup> *Ibid.*, pt.141 à pt.146, pt.155. Voir aussi : *Ibid.*, pt.146 : "*un changement dans les faits peut se traduire ultérieurement par un changement de statut juridique. Toutefois, c'est tout autre chose de prétendre que l'approbation subséquente d'un acte illégal à l'origine a pour effet de créer rétroactivement le droit juridique de l'accomplir*".

<sup>739</sup> *Ibid.*, pt.142.

<sup>740</sup> BUCHANAN (A.), *The Quebec...*(*op.cit.* note 676), pp.257-258.

<sup>741</sup> Souligné par : COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...*(*op.cit.* note 708), p.274.

<sup>742</sup> Avis consultatif du 22 juillet 2010, §84 : <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15988.pdf>.

<sup>743</sup> Cité par : *Ibid.*

<sup>744</sup> *Ibid.*, §81.

<sup>745</sup> *Ibid.*, §114.

## 2) Le droit de retrait des organisations internationales

**590.** Même si la Convention de Vienne 1969 ne lie en tant que telle que les Etats qui l'ont ratifiée, ce qui n'est notamment pas le cas de la France, une partie de ses dispositions s'imposent en tant que codification du droit international général et son étude permet donc de déterminer les cas dans lesquels un droit de retrait des organisations internationales ou de droit de dénonciation des traités existent.

L'art.54 b) de la Convention de Vienne prévoit le retrait en l'absence de disposition spécifique dans le traité en cas d'accord de toutes les parties, mais ce point ne fait l'objet d'aucune discussion contrairement à la question du droit de retrait unilatéral. Expression du principe *pacta sunt servanda*, l'art.26 de la Convention de Vienne énonce en effet que "*tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi*". Cette règle est généralement vue comme justifiant l'exclusion par principe du retrait unilatéral en l'absence de disposition expresse du traité<sup>746</sup>, mais la Convention contient plusieurs exceptions à ce principe.

L'art.56 de la Convention donne tout d'abord des conditions pour dégager un droit de retrait implicite, mais au-delà le débat sur un droit implicite général de retrait demeure ouvert (a). La Convention vise par ailleurs un certain nombre de cas particuliers permettant un retrait ou une dénonciation d'un traité, aux articles 59 à 64 (b).

### a) Un droit de retrait unilatéral implicite ?

**591.** La Convention de Vienne pose en son art.56 le principe de l'impossibilité de retrait unilatéral en cas de silence des traités sauf dans deux cas, à savoir si l'on peut démontrer que c'était l'intention des parties de le permettre (I a), ou si un tel droit peut être déduit de la nature du traité (I b). Le droit international général ne donne par contre pas de réponse claire relativement à un droit de retrait implicite général. Créée en 1947 par l'Assemblée générale des Nations Unies avec "*pour mission de favoriser le développement progressif et la codification du droit international*"<sup>747</sup>, la Commission du droit international (CDI) s'est demandée s'il existait un droit implicite de retrait sous réserve de donner un préavis raisonnable ou s'il ne peut y avoir retrait qu'avec l'accord de l'ensemble des parties au traité<sup>748</sup>. La CDI n'a pas donné de réponse claire, en dehors de la déduction possible d'un droit de retrait à partir de l'intention des parties et de la nature du traité<sup>749</sup>, ce qui a permis de faire relever l'art.56 du droit international général, mais pas de savoir l'ensemble des cas dans lesquels un droit de retrait existait en droit international.

Concernant l'application du critère de l'intention des parties aux traités européens, Alexis Vahlas présente certes plusieurs déclarations de membres du gouvernement français datant de 1957<sup>750</sup>, mais conclut qu'elles ne concernent que le cas d'une réunification allemande

<sup>746</sup> Cf. COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...* (op.cit. note 708), p.146

<sup>747</sup> Créée par la résolution A/RES/174(II) : <http://www.un.org/fr/aboutun/structure/ilc.shtml>.

<sup>748</sup> Doc. des Nations unies. Annuaire CDI, 1966, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 17<sup>e</sup> session, p. 273.

<sup>749</sup> VAHLAS (A.), *Souveraineté...* (op.cit. note 644), p.1587

<sup>750</sup> Le secrétaire d'État aux affaires étrangères, Maurice Faure qui, le 19 juillet 1957, en réponse à Michel Debré qui lui demandait "*quelle sera[it] la situation de la France, si ce n'[était] d'avoir signé un traité avec un partenaire [l'Allemagne de l'Ouest] qui p[ouvai]t s'en évader alors qu'elle même ne p[ouvai]t pas le faire*", affirme que "*si, elle p[ouvai]t le faire !*" (*Journal officiel de la République française*, Débats parlementaires. Conseil de la République, Compte-rendu des séances, avril-juillet 1957, pp.1634-1635 (cité par : VAHLAS (A.), *Appartenance de l'Union européenne*, in : CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), MICHEL (V.), (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p.267). De même, le même jour, le ministre des Affaires étrangères, Christian Pineau, indique : "*En droit pur, terrain sur lequel je me place en ce moment, le fait qu'un autre État,*



rattachable au cas d'un changement fondamental de circonstances "quand bien même on interpréterait les débats de 1957 comme manifestant la conviction de l'existence d'un droit de retrait général, il est impossible de prétendre que ce qui était valable en 1957 l'est nécessairement cinq décennies plus tard"<sup>751</sup>. Claude Blumann souligne quand à lui les difficultés à déterminer l'intention des auteurs des traités européens en l'absence de travaux préparatoires<sup>752</sup>, même si d'autres auteurs affirment que lors des discussions ayant conduit aux Traités de Rome, la question d'une limitation de leur durée et celle d'un droit de retrait ont été évoquées mais écartées<sup>753</sup>. L'affirmation du caractère illimité du Traité instituant la Communauté européenne (art.312 CE), tout comme l'expression d' "union sans cesse plus étroite", présente dans le préambule depuis le Traité de Rome de 1957, et reprise par le TFUE, pouvaient être considérées comme des indices de la volonté d'écartier toute possibilité de retrait<sup>754</sup>. Mais il était au contraire possible de considérer qu'une telle disposition n'était en rien incompatible avec un droit de retrait unilatéral en considérant que de nombreux traités les faisaient coexister<sup>755</sup>. Au soutien de cette interprétation, la Cour constitutionnelle faisait référence dans sa décision *Maastricht* au caractère illimité de la durée des traités, tout en affirmant l'existence d'un droit de retrait<sup>756</sup>. L'ordonnance *San Michele* de la Cour de justice de 1965 énonçait certes que "tous les États ont adhéré au traité dans les mêmes conditions, définitivement et sans autre réserve que celles exprimées dans les protocoles additionnels"<sup>757</sup> et la Cour avait affirmé à plusieurs reprises la "limitation définitive de leurs droits souverains" par les États<sup>758</sup>. Mais il était possible de rétorquer à l'instar d'Alexis Vahlas qu'il s'agissait uniquement "de garantir « l'application intégrale et uniforme dudit traité »", et que "c'[était]t [...] l'adhésion en tant que procédure qui [était] définitive, c'est-à-dire sans possibilité d'en refuser certains de ses effets" et que "cela ne signifi[ait] pas que la qualité de membre [était] pareillement définitive et nécessairement perpétuelle"<sup>759</sup>. Le Traité de Lisbonne permet de clore le débat à cet égard, il y a en effet avec maintien de la référence au caractère illimité à l'art.356 TFUE concomitant à l'existence d'une clause de retrait à l'art.50 TUE.

Le fondement sur la nature des traités est, quant à lui, généralement jugé extrêmement vague, et semble tout au plus correspondre aux traités prévoyant des "obligations de

---

à savoir l'Allemagne réunifiée, se proposerait pour remplacer le signataire du traité [la RFA] n'empêcherait pas que l'un quelconque des cinq autres pays pût invoquer ce fait pour se retirer des communautés" (cité par *Ibid.*, p.268)

<sup>751</sup> VAHLAS (A.), *Ibid.*, p.268.

<sup>752</sup> BLUMANN (C.), L'apport...(*op.cit.* note 644), p.62.

<sup>753</sup> En ce sens : WEBER (A.), *Kommentar zu Art.312*, in : GROEBEN (H. von der), SCHWARZE (J.) (hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Auflage, Nomos, 2003, p.1790 ; TOULEMON (R.), *La Construction européenne*, Librairie générale française, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p.26.

<sup>754</sup> WEBER (A.), *Ibid.*, p.1792. Dans le même sens : GUILLARD (C.), Le projet de Constitution européenne et le retrait volontaire de l'Union, *La tribune de droit public*, 2004, n°1, p.50 ; ISAAC (G.), BLANQUET *Droit général de l'Union Européenne*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2006, pp.33-34 ; PESCATORE (P.), aspects judiciaires de l'acquis communautaire, *RTDE*, 1981, p.622 ; LOUIS (J.-V.), Le droit de retrait de l'Union européenne, *CDE*, 2006, n°3-4, p.299. HARBO (F.), *Constitutionalism...*(*op.cit.* note 713), p.141 et p.143.

<sup>755</sup> Exemples de dispositions prévoyant à la fois la durée illimitée et le droit de retrait : art. 15 du traité américano-soviétique du 26 mai 1972 sur la limitation des systèmes de missiles anti-balistique : le § 1 vise la durée illimitée, le §2 vise le droit de retrait ; Art. 15 de la convention sur les droits et devoirs des États du 26 décembre 1933 ; Art. 143 de la de l'Organisation des États américains du 30 avril 1948 (cités par : VAHLAS (A.), *Appartenance...*(*op.cit.* note 754), pp.266-267).

<sup>756</sup> BVerfGE 89, 155, pt.112.

<sup>757</sup> Ordonnance *San Michele c/ Haute Autorité* du 22 juin 1965, aff.9/65, *Rec.1967* p. 35

<sup>758</sup> Voir notamment : CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff.6/64, *Rec.1964* p.1141.

<sup>759</sup> VAHLAS (A.), *Souveraineté...*(*op.cit.* note 644), p.1585



*comportement assez floues*" et reliées à des "*circonstances politiques évolutives*"<sup>760</sup>. Selon Joe Verhoeven toutefois, les traités constitutifs d'organisations internationales relèveraient des traités dont la nature permettrait de conclure à un droit de retrait<sup>761</sup>. Le principe de souveraineté permettrait, selon lui, de le justifier en raison du "*caractère intrinsèquement volontaire*" à la base de la participation d'un Etat<sup>762</sup>. Il est vrai qu'un avis du comité chargé de la rédaction de la Charte des Nations Unies lors de la Conférence de San Francisco semble aller dans le sens d'un droit implicite de retrait<sup>763</sup> puisqu'il estime qu'il n'y a "*pas lieu d'introduire dans la charte une disposition expresse permettant ou interdisant le retrait des membres de l'Organisation*" car "*si toutefois un membre de l'Organisation s'estime contraint, en raison de circonstances exceptionnelles, de se retirer et de laisser aux autres membres la tâche de maintenir la paix et la sécurité internationales, l'Organisation n'entend pas obliger ce membre à continuer sa collaboration dans l'Organisation*"<sup>764</sup>. Toutefois, élargir un droit implicite de retrait à l'ensemble des traités fondateurs d'organisations internationales reviendrait en pratique à transformer l'exception en principe<sup>765</sup>. Si l'on en revient aux interprétations classiques susmentionnées de l'expression "nature des traités", un pacte fédératif est d'une nature politique mais les cas généralement visés comme relevant de l'art.56§1 b, alliances,... renvoient à des liens très instables et limités alors que le pacte fédératif vise une union très étroite entre Etats<sup>766</sup>.

## **b) Les fondements particuliers d'un droit de retrait**

**592.** En cas d'impossibilité de démontrer un droit implicite de retrait, un Etat peut invoquer des motifs de retrait spécifiques.

L'art.59 de la Convention de Vienne prévoit la possibilité d'extinction d'un traité en vertu d'un traité postérieur. L'art.63 vise le cas de la rupture des relations diplomatiques entre les parties au traité dans le cas où ces dernières sont indispensables à l'application du traité. L'article 64 vise le cas d'une contrariété à une norme impérative du droit international (*jus cogens*).

Les articles 60 à 62 méritent un exposé plus long. La Cour internationale de justice a donné une interprétation de ces différents motifs dans le cadre d'une affaire qui opposait la Hongrie et la Slovaquie au sujet de la non application par le premier d'un traité qu'ils avaient conclu concernant la construction et le fonctionnement d'un système d'écluses sur le Danube<sup>767</sup>. Cette affaire est également intéressante car la Convention de Vienne ne pouvait être invoquée directement en l'espèce en tant que traité, seules certaines de ses dispositions en tant qu'elles traduisaient le droit coutumier international le pouvait, ce qui donne à la CIJ l'occasion de rappeler sa jurisprudence en vertu de laquelle elle considère les articles 60 à 62 de la Convention comme expression du droit coutumier<sup>768</sup>.

L'art.62 avance comme motif de retrait le changement significatif de circonstances qui

---

<sup>760</sup> En ce sens : COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...* (op.cit. note 708), p.146 : cite les alliances,...

<sup>761</sup> VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p.233.

<sup>762</sup> *Ibid.*, p.232.

<sup>763</sup> COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...* (op.cit. note 708), p.734.

<sup>764</sup> Doc. des Nations unies. Conférence des Nations unies sur l'Organisation internationale, n° 1160, I/2/76 (1) (cité par : VAHLAS (A.), *Souveraineté...* (op.cit. note 644), p.1587 note 63). Voir sur ce point : TRANCHANT (B.), *Recherches sur le retrait des États de l'Union européenne*, mémoire de DEA de droit communautaire, Bordeaux, 2002, p.39.

<sup>765</sup> En ce sens : TRANCHANT (B.), *Ibid.*, p.44.

<sup>766</sup> Voir sur cette ambiguïté : VAHLAS (A.), *Souveraineté...* (op.cit. note 644), p.1588.

<sup>767</sup> CIJ, 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (C.I.J. Rec. 1997, p.7).

<sup>768</sup> CIJ, *Projet Gabčíkovo*, §46, p.38. Renvoi à avis consultatif dans lequel elle l'avait déjà indiqué : conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971 §94, p. 47.



ont été un élément essentiel du consentement des parties. Il doit avoir "*pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité*" (art.62§1 b). Ce cas était déjà énoncé par Emer de Vattel par référence à la maxime des jurisconsultes "*conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*"<sup>769</sup>. La CIJ a confirmé ce caractère de codification du droit coutumier international dans un arrêt de 1973, dit "*affaire de la compétence en matière de pêcheries*"<sup>770</sup>. L'interprétation de ce motif de retrait fait l'objet de discussions au sein de la doctrine. Certains auteurs considèrent que seul un changement durable peut justifier d'y recourir<sup>771</sup>, d'autres se satisfaisant même de l'existence de la possibilité de révision des traités pour écarter cette possibilité<sup>772</sup>. La Commission du droit international semble toutefois proposer une interprétation moins radicale. En effet, elle estime qu'en règle générale le principe de droit coutumier *rebus sic stantibus* ne peut être qu'une protection supplétive, des clauses de sauvegarde ou de révision étant normalement prévues dans les traités afin de permettre l'adaptation aux nouvelles circonstances<sup>773</sup>. La CIJ a quant à elle indiqué dans l'arrêt de 1997 *Projet Gabčíkovo* que "*la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels*"<sup>774</sup>. Denis Alland soulignait en 2000 qu'aucun juge n'avait jusqu'alors conclu que les conditions nécessaires pour l'utiliser comme fondement à un retrait étaient réunies, confirmant selon lui le caractère restrictif de l'acceptation de ce motif<sup>775</sup>.

La CJCE a eu également l'occasion d'interpréter cette disposition dans un arrêt *Racke* de 1998<sup>776</sup> rendu dans le cadre d'un renvoi préjudiciel relatif à la validité d'un règlement communautaire suspendant les concessions commerciales prévues par l'accord de coopération entre la CEE et la Yougoslavie. La CJCE rappelle tout d'abord qu'en dépit de l'absence de soumission de la Communauté européenne et de l'ensemble de ses Etats membres à la Convention de Vienne, l'art.62 est une codification de règles de droit coutumier en se fondant sur l'arrêt de la CIJ de 1973, *affaire de la compétence en matière de pêcheries*<sup>777</sup>. En l'espèce, la question principale était de savoir si la suspension unilatérale de l'accord par la CE respectait les règles posées à l'art.62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. La Cour indique se restreindre à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui aurait pu être commise par le Conseil lors de l'adoption de ce règlement relativement aux conditions de recours au fondement *rebus sic stantibus*. Elle le justifie "*en raison de la complexité des règles en cause [concernant la cessation et la suspension des relations conventionnelles] et de l'imprécision de certaines notions auxquelles elles se réfèrent*"<sup>778</sup>. En l'espèce, elle considère

---

<sup>769</sup> "*lors donc que l'état des choses essentiel à la promesse et sans lequel elle n'eût certainement pas été faite vient à changer, la promesse tombe avec son fondement*" : *Le Droit des gens : Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, t.1*, Londres, 1758, livre II, chap.XVII, §296, p.490. Voir pour une présentation de ce cas : *Ibid.*, pp.490-492 : accessible via : [http://files.libertyfund.org/files/1051/0586-01\\_Bk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1051/0586-01_Bk.pdf).

<sup>770</sup> CIJ, 2 février 1973, *affaire de la compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c/ Islande*, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1973, p. 63, §.36 : "*l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités [...] peut, à bien des égards, être considéré comme une codification du droit coutumier existant en ce qui concerne la cessation des relations conventionnelles en raison d'un changement de circonstances*".

<sup>771</sup> En ce sens : BECKER (U.), *Kommentar zu Artikel 312*, in : SCHWARZE (J.) (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2009, p.2192.

<sup>772</sup> En ce sens : WEBER (A.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 753), p.1793.

<sup>773</sup> Voir en ce sens : COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...*(*op.cit.* note 708), p.147. Les auteurs donnent comme exemple d'une application du principe *rebus sic stantibus* une guerre, même s'ils estiment qu'un tel motif justifierait plutôt une suspension qu'un retrait.

<sup>774</sup> CIJ, 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, §104, *Rec.* p.65.

<sup>775</sup> ALLAND (D.) (dir.), *droit international public*, 2000, p.255.

<sup>776</sup> CJCE, 16 juin 1998, *Racke*, aff.C-162/96, *Rec.* 1998 p. I-3655. Voir à ce sujet : DUPUY (P.-M.), *Droit...*(*op.cit.* note 703), p.333.

<sup>777</sup> *Ibid.*, pt.24.

<sup>778</sup> *Ibid.*, pt.52.



que les conditions sont remplies. Concernant la première condition, la Cour estime que "*le maintien d'une situation de paix en Yougoslavie, indispensable aux relations de bon voisinage, et l'existence d'institutions capables d'assurer la mise en œuvre de la coopération visée par l'accord dans tout le territoire de Yougoslavie constituaient une condition essentielle pour entamer et poursuivre la coopération prévue par l'accord*"<sup>779</sup>. Concernant la seconde condition, la Cour considère qu'en jugeant que "*la poursuite des hostilités et leurs conséquences sur les relations économiques et commerciales*" constituait une modification radicale des obligations du traité au sens de l'art.62 de la Convention de Vienne, le Conseil n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation<sup>780</sup>. Toutefois cette interprétation ne concernait pas les traités européens et la Cour n'a jamais eu à se prononcer sur la potentialité d'applicabilité de l'art.62 de la Convention comme fondement d'une dénonciation des traités européens. Rostane Medhi estime toutefois que le changement fondamental de circonstances peut être un motif de retrait, et renvoie au soutien de cette affirmation à la décision *Maastricht* de Karlsruhe quand elle vise le retrait "*en derniers recours en cas d'échec de la Communauté de stabilité*" dans le cadre de l'UEM<sup>781</sup>.

L'art.61 de la Convention de Vienne vise ensuite le cas de l'impossibilité d'exécution, précisant qu'elle doit résulter "*de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution*" du traité, ce qui, quand bien même sa définition serait imprécise, la distingue du cas de force majeure. En outre, à la différence de la force majeure elle n'implique pas un fait extérieur à la partie l'invoquant mais simplement que cette impossibilité d'exécution ne soit pas la conséquence d'une violation du traité ou d'une autre obligation internationale de la partie qui l'invoque et ne vise pas comme ici un objet indispensable<sup>782</sup>. La Hongrie estimait dans l'affaire *Projet Gabčíkovo* que la construction d'un système de barrage porterait gravement atteinte à l'environnement alors que le traité visait un projet compatible avec sa protection, entraînant l'impossibilité de l'exécuter. Elle présentait au soutien de son argumentation l'interprétation de l'art.61 proposée par la Commission du droit international (CDI) selon laquelle il s'étendait à "*une situation juridique qui constituait la raison d'être des droits et obligations*", là où la Slovaquie s'en tenait à l'interprétation littérale de l'article<sup>783</sup>. On voit mal comment la condition de l'art.61 pourrait être remplie dans le cadre d'un pacte fédératif.

Enfin, l'art.60 de la Convention de Vienne permet à une partie d'invoquer la violation substantielle du traité pour y mettre fin dans le cas d'un traité bilatéral. La CIJ va confirmer le caractère de droit coutumier de l'art.60 dans un avis rendu le 21 juin 1971. Elle énonce qu'il existe un "*principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire (convention de Vienne, art.60, par. 5)*"<sup>784</sup>. L'art. 60§3 évoque comme éléments constitutifs d'une telle violation substantielle le rejet non autorisé du traité et la violation d'une disposition "*essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité*". Dans le cas d'un traité multilatéral, une partie ne peut invoquer ce motif pour se retirer, seul l'ensemble des parties, à l'exclusion de l'Etat à l'origine de la violation, peut décider de mettre

---

<sup>779</sup> Aff.C-162/96, *Racke*, pt.55.

<sup>780</sup> *Ibid.*, pt.56.

<sup>781</sup> BVerfGE 89, 155 p.210 ; MEDHI (R.), art.I-60, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article. Tome 1, Parties I et IV*, p.742.

<sup>782</sup> Voir en ce sens : COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...*(*op.cit.* note 708), pp.146-147.

<sup>783</sup> CIJ, *Rec.*1997, §94, p.59.

<sup>784</sup> Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, CIJ, *Rec.*1971, §96, p.47. Voir sur ce point COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...*(*op.cit.* note 708), p.147.

fin au traité avec cet Etat ou entre toutes les parties. Un Etat individuel ne peut obtenir que sa suspension, et uniquement si cette partie est spécialement atteinte, ou si la violation entraîne une modification radicale de la situation des parties. Dans le cas d'un pacte fédératif, un Etat ne pourrait donc l'invoquer pour se retirer et une procédure de règlement des litiges entre membres écarte la possibilité de suspension.

**593.** Dans le cas de l'Union européenne, certains auteurs estiment ces articles applicables aux traités européens<sup>785</sup>. A l'inverse, d'autres estiment que la nature particulière des traités européens conduit à en douter<sup>786</sup>. Comme le souligne Alexis Vahlas, "*l'Union européenne a aujourd'hui atteint un haut niveau d'intégration, économique mais également politique, qui crée des liens si étroits entre ses membres qu'il est difficile de croire que la reconnaissance, en l'absence de clause expresse, d'un droit de retrait pour des traités internationaux traditionnels impliquerait nécessairement la même conclusion vis-à-vis des traités communautaires*"<sup>787</sup>. Par ailleurs même en admettant leur utilisation, et comme le note Claude Blumann, "*dans les organisations internationales classiques, la pratique du retrait est [...] squelettique et peu probante*"<sup>788</sup>. Nous considérons également que la nature existentielle du pacte fédératif ne permet pas une transposition de ces règles prévues pour des traités ordinaires, d'où la nécessité de rechercher dans la définition même du pacte fédératif un droit implicite de retrait.

### **C. Un droit implicitement compris dans le pacte fédératif**

**594.** Murray Forsyth présente la sécession "*comme un acte mettant fin à l'union ou la détruisant, acte dont l'Etat faisant sécession prend le risque et la responsabilité et auquel les autres Etats ont le droit de résister et de s'opposer*"<sup>789</sup>. Il considère en effet que si un Etat membre conserve le droit "*in extremis*" pour décider quand il estime que l'union fédérale a été modifiée d'une façon qu'il n'a pas acceptée, les autres membres gardent également le pouvoir de préserver l'union<sup>790</sup>. Cette position revient à une simple description du déroulement des événements au sein de l'Union américaine au XIX<sup>e</sup> siècle. La guerre de Sécession a ainsi transformé la Fédération américaine en Etat fédéral en refusant l'exercice d'un droit de retrait par les Etats du Sud (2). *A contrario* de cette position, nous estimons que le seul moyen de garantir un équilibre entre autorités fédérales et étatiques, indispensable à la qualification de Fédération, est de reconnaître qu'un droit de retrait implicite existe comme garantie ultime de l'intégrité de l'Etat (1).

#### ***1) Un droit de retrait implicite : garantie ultime de l'équilibre fédéral***

**595.** L'existence d'un droit de retrait implicite dans le cadre de la Constitution américaine de 1787 a été défendue par plusieurs politiciens ou auteurs au XIX<sup>e</sup> siècle et l'est toujours par une minorité de la doctrine depuis la fin de la guerre de Sécession (a). Dans le contexte de l'Union européenne, cette position est défendue notamment par la Cour constitutionnelle allemande, mais aussi, même si c'est sous une autre perspective, par une partie de la doctrine communautariste en France (b). Nous estimons pour notre part qu'un droit de retrait unilatéral implicite existe dans tout pacte fédératif, mais qu'en raison de l'impact sur l'ensemble des Etats

<sup>785</sup> Voir en ce sens par exemple : MEDHI (R.), art.I-60 (*op.cit.* note 781), p.741.

<sup>786</sup> Voir par exemple : GUILLARD (C.), Le projet...(*op.cit.* note 754), p.50. Cette opposition ne permet néanmoins pas un recouplement avec l'opposition entre auteurs estimant qu'un droit de retrait implicite existait avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et ceux le niant.

<sup>787</sup> VAHLAS (A.), Souveraineté...(*op.cit.* note 644), p.1588.

<sup>788</sup> BLUMANN (C.), L'apport...(*op.cit.* note 644), p.54.

<sup>789</sup> FORSYTH (M.), in : COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le concept contemporain de confédération*, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, n °11, p.66.

<sup>790</sup> *Ibid.*



membres son exercice est encadré par le respect du principe de fidélité fédérale (c).

### a) L'argumentation soutenant l'existence d'un droit de sécession au sein de l'Union américaine

**596.** Thomas Jefferson écrit en 1816 que "*si un Etat de l'Union déclare qu'il préfère se séparer [...] [il] n'a[ura] aucune hésitation à dire 'séparons-nous'*"<sup>791</sup>, mais il n'explique pas le fondement de cette sécession. Les politiciens des Etats du Sud avancent qu'il y a diverses justifications fondées sur le droit des gens comme Alexander Stephens ou sur la souveraineté de l'Etat à l'instar de Jefferson Davis<sup>792</sup>. Pour Calhoun la sécession est un droit constitutionnel par parallélisme des formes. L'Etat est entré dans l'Union en votant une ordonnance de ratification de la Constitution au sein d'une convention appelée à cet effet, pour déclarer sa sécession il lui suffit de réunir une convention afin d'abroger l'ordonnance de ratification de la Constitution<sup>793</sup>.

Une majorité de la doctrine américaine postérieure à la guerre de sécession part au contraire de l'affirmation de John Marshall que "People" renvoie à l'ensemble du peuple américain pour soutenir que la sécession ne pouvait intervenir que par une décision de l'ensemble du peuple américain<sup>794</sup>. Cette lecture *a posteriori* déforme, comme toute lecture idéologique, la réalité juridique de l'époque. Jean-Philippe Feldman relève en ce sens que 15 constitutions d'Etats formés entre 1864 et 1875 comprennent une interdiction du droit de sécession et 11 du droit de nullification, soit directe, soit déductible à partir de la formulation de certaines dispositions, mais ajoute que "*ces documents sont des textes de circonstances adoptés par les nouvelles autorités des Etats lors de la reconstruction*"<sup>795</sup>. Il cite pour mieux souligner ce caractère circonstancié une autre disposition introduite bien plus tard affirmant l'indépendance de l'Etat du Texas et surtout que "*le maintien [des] institutions libres et la perpétuité de l'Union dépendent de la préservation des droits non diminués d'autogouvernement de tous les Etats*". Cette disposition ne signifie toutefois pas qu'un droit de sécession serait à nouveau possible, qu'il y aurait eu à nouveau évolution de la nature juridique des Etats-Unis vers une Fédération. Il s'agit ici aussi d'un affichage politique s'inscrivant dans le contexte d'un renforcement du pouvoir des Etats après une période de forte centralisation.

**597.** Il existe toutefois des auteurs américains contemporains qui dépassent la lecture idéologique imposée par la guerre de Sécession discréditant *a priori* les thèses des auteurs et politiciens de l'époque qui défendaient un droit de sécession. Mark Brandon estime ainsi que si les sécessionnistes avaient été les nordistes abolitionnistes, le jugement contemporain concernant le droit de sécession aurait été différent<sup>796</sup>. Comme le souligne le même auteur, avant la guerre de Sécession, la plupart des habitants de l'Union "*n'étaient soit pas préparés à croire dans ce mythe de la fondation populaire, soit ne voulaient pas se soumettre à ses implications centralisatrices*"<sup>797</sup>. James Bryce et Mark Brandon estiment qu'aucune construction n'est perpétuelle<sup>798</sup> et qu'étant donné que la Constitution de 1787 avait été fondée sur la remise en cause d'une Confédération qui était affirmée comme perpétuelle, il apparaissait difficile de

<sup>791</sup> Thomas Jefferson, Letter to W. Crawford (June 20, 1816), in : FORD (P.) (éd.), *The Works of Thomas Jefferson, Correspondence and Papers 1808-1816*, vol.11, G.P. Putnam's Sons, New York, 1905, p.301.

<sup>792</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.857.

<sup>793</sup> *Ibid.*, p.849.

<sup>794</sup> par exemple en ce sens : AMAR (A.), *Some sovereignty and federalism*, *Yale Law Journal*, 1987, n°96, pp.1455-1462.

<sup>795</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.894 (Etats et clauses énumérés : *ibid.*, p.895).

<sup>796</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.305. Voir aussi Albert Taylor BLEDSOE qui estime qu'un droit de retrait implicite existe avant la guerre de sécession et qu'il disparaît du fait de la défaite du Sud (*Is Davis a Traitor; or Was Secession a Constitutional Right Previous to the War of 1861 ?*, Ausg. Baltimore, 1866, 263 p. (accessible via <http://www.archive.org/>).

<sup>797</sup> BRANDON (M.), *Ibid.*, p.293.

<sup>798</sup> *Ibid.*, pp.290-291.

refuser un droit de sécession en se fondant sur le même caractère perpétuel attribué à l'Union de 1787<sup>799</sup>.

Mark Brandon va plus loin, il considère que la sécession "*n'est pas seulement compatible, elle est logiquement impliquée*" par le constitutionnalisme<sup>800</sup>, et ajoute que même en présence d'une disposition interdisant expressément la sécession, cela ne serait pas un obstacle à la reconnaissance de ce droit<sup>801</sup>. Suivant cette perspective, il rapproche la sécession des Etats du Sud de la Déclaration d'Indépendance<sup>802</sup>. A l'appui de cette comparaison de 1861, il cite le cas de l'Etat du Tennessee dont l'ordonnance de sécession s'intitule "Déclaration d'Indépendance *et ordonnance mettant fin aux liens entre l'Etat du Tennessee et les Etats-Unis d'Amérique*"<sup>803</sup>. Le but de l'ordonnance n'est pas d'affirmer que la sécession est un acte révolutionnaire, mais au contraire que la guerre d'Indépendance était en réalité "*une sécession justifiée constitutionnellement qui ne pouvait être accomplie sans l'aide des armes*", et faite au nom de la défense du constitutionnalisme<sup>804</sup>. L'ordonnance relève en effet que les demandes initiales des colonisés américains étaient d'obtenir les droits conférés aux britanniques, et qu'ils étaient "*plus fidèles à la Constitution britannique que les britanniques eux-mêmes*"<sup>805</sup>. Mark Brandon met en évidence une même défense du constitutionnalisme dans la déclaration du Tennessee. S'il y a bien chez les Etats du Sud une volonté de revenir à la Constitution originelle de 1787 et s'il est possible de parler de sécession dans les deux cas, le droit exercé ne se fait pas selon nous sur le même fondement<sup>806</sup>. Nous ne rejoignons pas Mark Brandon sur cette qualification. En effet, il s'agit dans le cas de la guerre d'Indépendance de la manifestation du droit international d'autodétermination qui ne sera dégagé que plusieurs siècles plus tard, alors qu'au contraire, dans le cas de la revendication des Etats du Sud au XIX<sup>e</sup> siècle, le fondement est dans le pacte fédératif, il est lié à la protection de l'intégrité de l'Etat membre. On rejoint par contre à nouveau Mark Brandon lorsqu'il présente comme argument principal au soutien de ce droit de sécession l'origine du système<sup>807</sup>. Il ajoute à cet égard que son caractère unilatéral était autorisé par la lecture qui était majoritairement faite de la Constitution comme pacte au XIX<sup>e</sup> siècle.

## **b) L'argumentation en faveur d'un droit implicite dans le cadre européen**

**598.** Une argumentation en faveur d'un droit implicite existe aussi dans la doctrine communautariste concernant le contexte européen, mais aussi au sein de la jurisprudence de plusieurs juridictions constitutionnelles.

**599.** Quand on évoque le retrait au sein de la Communauté européenne et de l'Union européenne, on cite généralement trois références : la décision par référendum du Groenland de ne plus faire partie de la CEE, les réflexions concernant la possibilité d'un retrait du Danemark en 1992, et le cas du référendum du Royaume-Uni sur son maintien dans la CEE en 1975. Le

---

<sup>799</sup> "Ne peut-on considérer que ceux qui ont renversé une union qui se proposait d'être perpétuelle n'avaient plus le droit de considérer comme telle et de tirer de ce mot un argument contre ceux qui essayèrent de renverser l'Union en 1861, comme on avait renversé l'ancienne en 1788 ?" : BRYCE (J.), *La République américaine*, trad. de MÜLLER (D.), Giard et Brière, 1911-1912, vol.1, n°2 (cité par : FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34)), p.892.

<sup>800</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.275.

<sup>801</sup> *Ibid.*, p.301 et p.313 note 78.

<sup>802</sup> *Ibid.*, pp.298-299.

<sup>803</sup> HART (B.), CHANNING (E.) (éd.), *Ordinances of secession and other documents*, New York, A. Lovell & company, 1893, pp.1-2.

<sup>804</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>805</sup> *Ibid.*, p.19.

<sup>806</sup> Voir en ce sens la présentation de la Constitution des Etats confédérés : *infra* C 2) b).

<sup>807</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.298 et p.302.



cas du Groenland<sup>808</sup> ne peut être considéré comme une illustration d'un exercice du droit de retrait en ce qu'il ne s'agissait pas pour un Etat membre de sortir de ce qui était alors la CEE, mais pour une partie d'un territoire d'un Etat membre de changer de statut, d'adopter un statut qui peut être comparé avec celui des collectivités d'outre mer des Etats membres<sup>809</sup>. Au contraire, la perspective d'un retrait d'un Etat membre a bien été envisagée dans le cas du Danemark comme solution à la suite de la victoire du non au référendum organisé afin de permettre la ratification du Traité de Maastricht en 1992<sup>810</sup>. Le retrait, s'il avait eu lieu se serait inscrit dans le cadre d'un accord avec l'ensemble des Etats membres. Enfin, concernant le Royaume-Uni, le comportement des Etats membres dans le cadre du référendum organisé en 1975 semble conforter le principe selon lequel le droit de retrait était déjà présent implicitement dans les traités. Les travaillistes avaient affirmé tout au long de leur campagne de 1974 que les conditions d'entrée dans la CEE négociées par les Tories étaient mauvaises et qu'ils réclameraient une modification du traité d'adhésion s'ils étaient élus. Victorieux, ils doivent faire face au refus des autres Etats, les obligeant à organiser en 1975 le référendum sur le maintien dans la CEE, promis dans un tel cas de figure. Le gouvernement ne s'est pas demandé si sa démarche était contraire aux traités, et aucune remarque des autres Etats membres sur sa légalité n'a été faite, ce qui peut être lu comme soutenant l'existence d'un droit implicite de retrait<sup>811</sup>. Il peut certes être avancé que "*le souci de ne pas peser sur l'électeur britannique et de laisser au gouvernement britannique le soin de mener le combat*"<sup>812</sup> aurait motivé le comportement des autres Etats, mais plusieurs documents diplomatiques, dont le contenu est rapporté par Alexis Vahlas, permettent au moins de soutenir qu'à l'époque les français<sup>813</sup> et les allemands<sup>814</sup> considéraient qu'il existait un droit implicite de retrait.

**600.** Du côté des juridictions constitutionnelles, Karlsruhe a, dans sa décision *Maastricht*, affirmé que l'Allemagne avait conclu librement les traités européens et pouvait revenir sur ces

---

<sup>808</sup> Traité du 13 mars 1984, *JOCE*, n°L 29 du 1<sup>er</sup> février 1985. Voir sur ce cas : LEFAUCHEUX (J.), Le nouveau régime des relations entre le Groenland et la Communauté économique européenne, *RMC*, 1985, p. 81. Voir aussi pour l'accord modificatif des traités demandé par le Danemark au Conseil : WEISS (F.), "*Greenland's Withdrawal from the European Communities*", *ELRev.*, 1985, n°10, pp.179 et s.

<sup>809</sup> En ce sens : HARBO (F.), *Constitutionalism...* (*op.cit.* note 712), p.140). L'auteur compare notamment le cas du Groenland à celui de l'indépendance de l'Algérie dans le cas français à la différence qu'il ne s'agit pas d'une réduction du territoire de l'Etat membre mais d'un changement de statut.

<sup>810</sup> Un Livre blanc 9 octobre 1992 dans lequel le gouvernement danois présente les "*huit options qu'il envisage à la suite du référendum négatif*" comprenait la possibilité que "*le Danemark quitte la Communauté et adhère au Traité instituant l'EEE*" : *Europe*, novembre 1992, n° 407, p. 8. Voir aussi les différentes solutions proposées par le Conseil européen afin de sortir du blocage : Décision concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du Traité sur l'Union européenne (CONSEIL EUROPEEN D'ÉDIMBOURG, 11 et 12 décembre 1992, Conclusions de la présidence, partie B).

<sup>811</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), *L'apport...* (*op.cit.* note 644), p.54 ; VAHLAS (A.), *Souveraineté...* (*op.cit.* note 644), pp.1595-1596 ; ID. (A.), *Appartenance...* (*op.cit.* note 754), pp.268-269.

<sup>812</sup> BLUMANN (C.), *L'apport...* (*op.cit.* note 644), p.54.

<sup>813</sup> VAHLAS (A.), *Appartenance...* (*op.cit.* note 754), p.269. L'auteur cite un télégramme diplomatique (TD) de l'ambassade de France à Londres résumant une rencontre entre le ministre français de l'Intérieur et le Premier ministre britannique : "*La campagne de référendum sera suivie à Paris avec attention, car l'on a[ur]ait le plus grand désir que la Grande-Bretagne demeurât dans la Communauté*" (Doc. Affaires étrangères, TD diplomatique de Londres n°862-67, 25 mars 1975). Il évoque ensuite une note du 7 février 1975, intitulée "*Le Royaume-Uni et la Communauté. Réflexions sur les effets éventuels du référendum*" : "*L'abrogation [du Traité d'adhésion] pourrait revêtir un caractère unilatéral et se traduire par un Acte du Parlement entérinant l'expression du suffrage populaire.*"

<sup>814</sup> VAHLAS (A.), *Appartenance...* (*op.cit.* note 754), p.269. L'auteur cite une déclaration du ministre allemand des Affaires étrangères devant le Bundestag : "*M. Genscher a dit qu'il revenait maintenant aux Britanniques eux-mêmes de dire le dernier mot*" (Doc. Affaires étrangères, TD diplomatique de Bonn n° 945-953, 13 mars 1975).



engagements<sup>815</sup>. Dans son arrêt *Lisbonne*, elle précise que le droit de retrait est inhérent au système de "Staatenverbund"<sup>816</sup> et ne peut être soumis à l'acceptation d'autres Etats ou des autorités européennes. Puis, elle oppose le retrait au sein du Staatenverbund au droit de sécession d'une "Staatsverband" qui serait selon elle problématique au regard du droit international<sup>817</sup>, mais sans définir ce concept de Staatsverband. Ce concept ne semble pas renvoyer au cas d'un Etat fédéral car sinon la Cour aurait employé l'expression de Bundesstaat, mais dans le même temps, elle renvoie à un article portant sur le droit de sécession en droit international dans le contexte d'un Etat<sup>818</sup>, l'ambiguïté sur ce point demeure donc.

**601.** Pour ce qui concerne la doctrine communautariste française, la majorité continue d'affirmer que, jusqu'à l'introduction d'une clause expresse avec le Traité de Lisbonne, il n'y avait pas de droit de retrait au sein de l'Union européenne<sup>819</sup>. Quelques auteurs soutiennent toutefois qu'il existait déjà d'un droit de retrait implicite<sup>820</sup>, en le déduisant parfois du respect de l'identité des Etats à l'instar de Philippe Manin<sup>821</sup>. Mais, même parmi les auteurs rejetant l'existence d'un droit implicite de retrait avant le Traité de Lisbonne, certains estiment qu'il n'aurait pas fait politiquement sens de forcer un Etat à rester à peine de risquer un blocage institutionnel de la part du concerné<sup>822</sup>, et que le juridique aurait de toute façon dû s'adapter en cas de nécessité. L'équilibre essentiel à la qualification de Fédération, qualification que nous considérons s'appliquer à l'Union européenne, implique toutefois un droit de retrait et non une simple concession politique. Claude Blumann suit cette perspective d'un droit implicite. Il souligne qu'il existe un droit implicite de retrait qui "*découle de la nature même de cette forme de regroupement étatique*"<sup>823</sup>. Ainsi, si une clause de retrait peut être incluse, il ne s'agit que d'en "*encadrer*" les modalités d'exercice, et non de poser un droit qui n'aurait pas au préalable existé. La Fédération a en effet pour but de protéger l'existence de ses membres en tant qu'unité politique indépendante et "*si un État membre estimait que la fédération n'était plus en mesure de réaliser cette fin politique de protection, il serait par là même autorisé à recouvrer sa liberté*"<sup>824</sup>. Il note en effet que si les Etats "*avaient perdu ce droit, ils ne seraient plus indépendants et l'on entrerait dans une autre configuration juridique que la fédération*"<sup>825</sup>. Claude Blumann ne restreint d'ailleurs pas les causes de retrait à une protection insuffisante par la Fédération de l'intégrité étatique, il souligne qu'un Etat peut également quitter la Fédération "*si les bénéficiaires qu'ils tirent du vouloir vivre en commun leur paraissent inadéquats*", dans le cas où la balance entre coûts et avantages de l'appartenance à l'UE apparaît négative pour un

<sup>815</sup> BVerfGE 89, 155 (pt.112). Voir aussi dans ce sens la Cour constitutionnelle tchèque : Pl. ÚS 19/08, pt.116.

<sup>816</sup> Sur la définition du "Staatenverbund" donnée par la Cour voir : *supra* sect.II §2 B 2 b).

<sup>817</sup> BVerfGE 123, 267 (pt233).

<sup>818</sup> L'article concerné est : TOMUSCHAT (C.), *Secession and self-determination*, in : KOHEN (M. G.) (éd.), *Secession - international law perspectives*, Cambridge University Press, 2006, pp.23 et s.

<sup>819</sup> Voir notamment en ce sens : ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 754), pp.33-34 ; LOUIS (J.-V.), *Le droit de retrait...*(*op.cit.* note 754), *CDE*, 2006, n°3-4, p.299-303 ; GUILLARD (C.), *Le projet...*(*op.cit.* note 754), p.51 ; BOULOUIS (J.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 1997, p.66 ; PESCATORE (P.), *aspects judiciaires...*(*op.cit.* note 754), pp.622-625.

<sup>820</sup> En ce sens : MEDHI (R.), *La double hiérarchie normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in : *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, p.460 ; GERKRATH (J.), *La critique...* (*op.cit.* note 241), pp.6-7.

<sup>821</sup> Dans le sens d'un droit de retrait MANIN (P.), *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, A. Pédone, 2004, pp.86 et s.

<sup>822</sup> GUILLARD (C.), *Le projet...*(*op.cit.* note 754), p.54 ; SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, 3e éd, PUF, 2001, p.58. Voir aussi l'explication de la proposition d'amendement de Jürgen Meyer : <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/Art46Meyer%28DEFREN%29.pdf>.

<sup>823</sup> BLUMANN (C.), *L'apport...*(*op.cit.* note 644), p.68.

<sup>824</sup> *Ibid.*

<sup>825</sup> *Ibid.*, p.67.

Etat<sup>826</sup>.

### c) Définition générale du droit de retrait au sein d'une Fédération

**602.** Au-delà du cas des traités européens, nous estimons que tout pacte fédératif inclut un droit de retrait implicite dont l'exercice est soumis à l'obligation de fidélité fédérale qui impose non seulement de poursuivre des négociations pour trouver un accord prévoyant les modalités de sortie de la Fédération, mais encore de respecter les autres Etats membres et les autorités fédérales lors des négociations. Cet encadrement découle du caractère existentiel du pacte qui implique des effets importants d'un retrait sur les autres membres de la Fédération. En effet, l'interdépendance impliquée par le pacte fédératif justifie que les intérêts des Etats membres soient respectés par la conclusion d'un accord de retrait puisqu'ils ne peuvent pas, au nom du respect de l'intégrité des Etats membres, avoir un pouvoir d'acceptation comme c'est le cas pour la demande d'adhésion d'un nouvel Etat.

Nous considérons ainsi que si les Etats membres refusent le retrait unilatéral de l'un ou de plusieurs d'entre eux en agissant militairement, comme cela a été le cas de la guerre de Sécession, on ne se trouve plus face à une Fédération mais à un Etat fédéral. Une telle intervention empêchant le retrait permet en effet au niveau fédéral d'imposer par la force à l'Etat ou aux Etats membre(s) concerné(s) une remise en cause d'un élément qu'il(s) considère(nt) essentiel, ou un développement de la Fédération qui ne lui (leur) convient plus, et il y alors rupture de l'équilibre nécessaire à la qualification juridique de Fédération. Une intervention militaire ne peut selon nous être conforme à l'esprit de la Fédération que comme moyen de sanction ultime d'un retrait unilatéral sans accord préalable fixant ses modalités, et sous la réserve que la Fédération connaisse une procédure d'exécution fédérale incluant un tel moyen. Quand un tel moyen est prévu par le pacte, et que l'Etat désirant se retirer viole le droit fédéral en ne se conformant pas à l'obligation de fidélité fédérale, les autres parties sont en droit de décider d'utiliser ce moyen pour le forcer à négocier sa sortie. En effet, l'Etat concerné reste soumis à l'obligation de respect du droit fédéral jusqu'à sa sortie effective de la Fédération.

Dans cette perspective il serait certes possible de considérer que les Etats du Sud ont violé le pacte en ne négociant pas avec les Etats du Nord alors que le principe de fidélité fédérale s'imposait à eux, mais l'intervention militaire des autorités fédérale aurait dû, pour que la nature juridique de Fédération demeure, se restreindre à obliger les Etats du Sud à négocier les modalités de leur retrait et non, comme cela a été le cas, à les empêcher de se retirer de l'Union américaine.

De même dans le cas allemand, si l'exécution fédérale contre la Prusse avait été un succès et que la Diète n'avait pas uniquement forcé cet Etat à se retirer du territoire sur lequel il avait pénétré, mais l'avait contraint à rester dans la Confédération germanique, celle-ci aurait changé de nature juridique pour devenir un Etat fédéral. Cette perspective peut étonner alors que nous considérons par ailleurs *a contrario* que les Etats-Unis étaient une Fédération avant la guerre de Sécession. D'aucuns pourraient en effet souligner qu'au regard des compétences relativement restreintes du niveau fédéral dans le premier cas par rapport au second, une telle conclusion n'a pas de sens. Mais si nous estimons que les Etats doivent conserver un minimum de compétences pour que la qualification de Fédération soit appliquée, nous ne considérons pas qu'un niveau quantitatif de compétences soit un critère de la qualification de Fédération ou d'Etat fédéral.

**603.** Il peut paraître plus difficile d'affirmer qu'il existe un droit de retrait unilatéral implicite quand une clause expresse l'interdit. Un seul exemple existe parmi les Fédérations évoquées, celui de la Confédération germanique. L'art.5 AFV précise en effet que "*la Confédération a été fondée en tant qu'union indissoluble, et [qu']il en découle qu'aucun de ses membres ne peut librement décider d'un retrait*". Deux possibilités d'interprétation existent selon nous. La première est de considérer qu'une telle disposition a pour objet non pas d'exclure tout droit de

---

<sup>826</sup> *Ibid.*, pp.67-68.



retrait d'un Etat mais un retrait unilatéral sans négociation préalable. La seconde, une interprétation littérale, conduit à exclure tout droit de retrait d'un Etat membre. En suivant cette seconde interprétation, le conflit ultime entre d'une part un ou plusieurs Etats membres désirant sortir de la Confédération germanique, et d'autre part les autorités fédérales et les autres Etats membres, ne peut se résoudre que par une guerre mettant fin à la Fédération : soit en provoquant son implosion, dans le cas de la victoire de l'Etat ou des Etats désirant se retirer ; soit en la transformant en un Etat fédéral en cas de victoire des autorités fédérales.

Il est toutefois nécessaire de replacer cette clause dans le contexte particulier qui est celui de la Confédération germanique. Les Etats membres faisaient partie du Saint Empire qui était une union de type féodal dans laquelle l'engagement donné par les Princes et Monarques était essentiel. Sous la Confédération germanique, ce sont bien les Etats qui sont membres et non plus les Princes et Monarques en tant que personnes, ceux-ci ne sont plus que leur représentant<sup>827</sup>. Toutefois, les pouvoirs de ces dirigeants demeurent essentiels<sup>828</sup> et l'engagement des Etats repose en conséquence encore largement sur leur parole. Il serait dès lors possible de voir l'inclusion d'une interdiction d'une libre décision de retrait comme la conséquence de ce contexte particulier.

Une telle clause d'interdiction apparaît par contre impossible dans un pacte fondé par des Etats démocratiques. Nous considérons en effet qu'une "auto-liaison" du peuple s'engageant à ne pas se retirer d'une Fédération n'est pas possible juridiquement parce que l'abandon de souveraineté ne peut se produire que par une défaite militaire ou par l'évolution coutumière du sentiment d'appartenance.

**604.** Il faut, par ailleurs, distinguer les conséquences d'un retrait sur la Fédération selon qu'il s'agit d'un retrait ponctuel d'un Etat ou du retrait concomitant de plusieurs Etats. Dans le cas d'un retrait ponctuel, ce n'est pas la fin de la Fédération. Dans le cas d'un retrait de plusieurs Etats, c'est le signe de l'incapacité des autorités fédérales à tenir compte des différents intérêts, ou d'un problème d'homogénéité avec les Etats restant dans la Fédération, comme cela a été le cas au sein de l'Union américaine ; les autres Etats membres peuvent alors décider de dissoudre la Fédération, ou de la maintenir entre eux.

**605.** Enfin, nous considérons que le droit de retrait unilatéral peut disparaître au profit d'un simple droit de demander une révision constitutionnelle permettant le retrait quand la Fédération est devenue un Etat fédéral sous l'influence d'une évolution du sentiment d'appartenance des citoyens. En effet, si le sentiment d'appartenance fédéral supplante le sentiment d'appartenance étatique, la Fédération devient un Etat fédéral dans lequel le droit de sécession ne peut se concevoir que comme une révision constitutionnelle. Un passage de l'avis de la Cour suprême du Canada peut être cité au soutien de l'évolution du sentiment d'appartenance comme condition de la formation d'un Etat fédéral se traduisant par un rejet d'un droit de retrait unilatéral, elle y énonce que "*pendant les 131 années de la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes*" et qu' "*une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens*"<sup>829</sup>.

Nous considérons que le sentiment d'appartenance emporte un impact sur l'interprétation du pacte qui peut conduire par le biais de la coutume à un décalage par rapport au texte du pacte. Ainsi, l'existence d'un droit écrit de retrait ne garantit pas que, en tenant compte de l'évolution du sentiment d'appartenance des citoyens, la juridiction fédérale ne puisse conclure au rejet d'un droit de retrait unilatéral et à l'obligation de procéder à une révision du fondement

<sup>827</sup> Le Roi d'Angleterre a un droit de vote au sein de la Diète en tant que représentant de l'Etat de Hanovre dont il est le dirigeant. Ce sont bien les Etats qui sont énumérés comme destinataires des droits de vote.

<sup>828</sup> Des assemblées des Etats sont certes prévues par l'Acte de 1815 mais leurs pouvoirs sont limités dans la pratique, notamment avec le soutien de la Diète fédérale : Voir : *supra* chap.I sect.I §2 B 2).

<sup>829</sup> CSC, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pt 149.

de ce qui est devenu un Etat fédéral.

## **2) Le refus de la sécession ou le passage à un Etat fédéral : l'exemple de la Guerre de Sécession**

**606.** L'exemple d'une évolution violente de la Fédération vers un Etat fédéral due à un refus du droit de retrait est illustré par la guerre de Sécession qui visait à empêcher le retrait des Etats du Sud de l'Union américaine.

**607.** Les velléités sécessionnistes ne sont pas venues que des Etats du Sud, mais aussi paradoxalement de fédéralistes du Nord, ainsi, le rapport issu de la Convention d'Hartford a pu être interprété comme une menace à peine voilée de sécession<sup>830</sup>. Toutefois, ce sont les Etats du Sud qui vont, pour raisons diverses, prendre l'initiative d'une sécession (a) qui conduira à la guerre (c). La Constitution commune adoptée par les Etats sécessionnistes tire les conséquences des causes de la sécession d'avec l'Union américaine en modifiant le texte de la Constitution des Etats-Unis de 1787, qu'ils reprennent largement, pour prévenir les conflits relatifs à l'intégrité des Etats membres (b).

### **a) La sécession des Etats du Sud et ses causes**

**608.** La Caroline du Sud réunit une convention qui adopte le 20 décembre 1860 une ordonnance de sécession<sup>831</sup>. Le Mississippi, la Floride, l'Alabama, la Géorgie, la Louisiane, le Texas suivent cet Etat au début de l'année 1861<sup>832</sup>. Seuls certains d'entre eux ont donné des justifications de leur sécession, mais qui mis à part pour la Caroline du Sud, se révèlent extrêmement succinctes.

La Caroline du Sud a adopté une déclaration justifiant sa sécession quelques jours après l'ordonnance<sup>833</sup>. Elle y réaffirme tout d'abord que la Constitution est un pacte entre Etats et que la non exécution des obligations par une des parties libère les autres de ses obligations, et affirme qu'en tant que partie au pacte, elle est libre de juger si une telle inexécution s'est produite. Elle rappelle ensuite les dispositions de la Constitution concernant l'esclavage, notamment les esclaves en fuite, et souligne qu'après une période de bonne application de ces dispositions par le gouvernement fédérale, de nombreux Etats non esclavagistes ont annulé les lois du Congrès les mettant en œuvre ou adopté des textes rendant leur exécution impossible, violant ainsi leurs obligations constitutionnelles<sup>834</sup>. L'ordonnance poursuit que ces problèmes ont été croissants et que des Etats non esclavagistes ont réussi à obtenir les pouvoirs du gouvernement fédéral en faisant élire un Président opposé à l'esclavage. Elle conclut que le gouvernement fédéral étant sur le point d'être dominé par un parti défendant uniquement les Etats du Nord, alors que c'était une atteinte aux buts pour lesquels l'Union avait été établie, la sécession se justifiait afin de préserver l'autonomie de décision des Etats esclavagistes.

Deux aspects peuvent être dégagés de cette explication, la volonté de préserver d'une part la liberté d'action des Etats du Sud, liberté qui avait déjà fait l'objet du conflit dans les années 1830 et justifié l'affirmation d'un pouvoir de nullification, et d'autre part la défense de

<sup>830</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.287. Cf. sur ce rapport : *supra* sect.I §1 C 2) b).

<sup>831</sup> "une ordonnance pour dissoudre l'Union entre l'Etat de la Caroline du Sud et les autres Etats unis avec elle sous le pacte intitulé « la Constitution des Etats-Unis d'Amérique »" (in : BUSHNELL (A.), CHANNING (E.) (éd.), *Ordinances...*(*op.cit.* note 803), p.3.

<sup>832</sup> Le Mississippi (9 janvier 1861), la Floride (10 janvier 1861), l'Alabama (11 janvier 1861), la Géorgie (19 janvier 1861), la Louisiane (26 janvier 1861), le Texas (1<sup>er</sup> février 1861).

<sup>833</sup> BUSHNELL (A.), CHANNING (E.) (éd.), *Ordinances...*(*op.cit.* note 803), p.3.

<sup>834</sup> Elle cite ces Etats : Maine, New Hampshire, Vermont, Massachusetts, Connecticut, Rhode Island, New York, Pennsylvania, Illinois, Indiana, Michigan, Wisconsin, Iowa.



l'esclavage qui semblait mise en cause par l'élection de Lincoln<sup>835</sup>. Mark Brandon souligne par ailleurs l'utilisation d'expressions renvoyant à la Déclaration d'Indépendance<sup>836</sup> qui visaient le but d'autonomie gouvernementale recherché par la guerre d'Indépendance, et dont la Constitution de 1787 avait repris les principes comme cadre.

L'ordonnance de sécession du Texas inclut quant à elle des explications qui sont surtout axées sur la défense de l'esclavage. Ainsi, elle souligne la violation par les Etats du Nord du pacte. Puis elle précise que le gouvernement fédéral a failli dans l'accomplissement des buts comme la protection de biens des citoyens du Texas, et que les Etats du Nord s'appuient même sur lui depuis un certain temps "*pour porter atteinte aux intérêts et à la propriété du peuple du Texas et de ses Etats esclavagistes frères*"<sup>837</sup>.

**609.** Au-delà de l'esclavage, et comme l'illustre l'ordonnance de Caroline du Sud, la question de la liberté d'action étatique posait aussi problème. Si l'esclavage avait été "*la seule caractéristique de l'identité politique du Sud*", et si elle avait été la seule explication à la sécession, une proposition d'amendement à la Constitution garantissant l'esclavage aurait, comme le souligne Mark Brandon, dû permettre de l'empêcher<sup>838</sup>. Or, un représentant de l'Ohio, Thomas Corwin, avait proposé au Congrès un tel amendement visant à protéger l'institution de l'esclavage même contre une modification ultérieure de la Constitution. Cet amendement a fait l'objet d'une résolution commune du Congrès en sa faveur adoptée en mars 1861, qui a permis de lancer le processus de ratification par les parlements des Etats<sup>839</sup>. Lincoln lui-même avait soutenu, dans son premier discours en tant que Président, cet amendement à la Constitution fédérale, tout en réaffirmant qu' "*en accord avec le droit universel et celui issu de la constitution, l'Union de ces Etats [était] perpétuelle*"<sup>840</sup>. Lincoln dira encore dans un autre discours que si comme individu il était favorable à la fin de l'esclavage, en tant que Président des Etats-Unis, son but était de sauver l'Union même si pour cela il fallait renoncer à libérer les esclaves<sup>841</sup>. La question de l'effectivité d'un tel amendement pouvait être discutée.

Pour Douglas Linder, cet amendement n'aurait pas permis une protection réelle, il estime en effet peu probable que cela ait empêché le gouvernement fédéral d'agir en la matière, soit par une proposition de nouvelle Constitution reprenant tous les articles sauf l'amendement n°13, soit par l'adoption d'un amendement en attendant que la Cour suprême se prononce<sup>842</sup>. A cet égard, les Etats du Sud avaient toutefois l'assurance que tant que le nombre d'Etats non esclavagistes dans l'Union n'atteindrait pas les  $\frac{3}{4}$ , il ne pourrait être porté atteinte à leur droit de pratiquer l'esclavage. Par contre, un problème d'habilitation se posait. De même que le pouvoir de révision constitutionnel ne peut pas poser une telle limite car seul le pouvoir constituant originaire le peut, de même seul l'auteur du pacte et non le pouvoir de modification est habilité à opérer une telle limitation. Le seul moyen de considérer que l'intangibilité de la protection de l'esclavage était acceptable était de l'interpréter comme une simple déclaration d'un élément essentiel de l'identité des Etats membres le pratiquant. En ce sens, Lincoln a soutenu l'amendement Corwin, en arguant qu'il faisait déjà partie "*implicitement du droit*

<sup>835</sup> En ce sens : BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.296.

<sup>836</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), p.297.

<sup>837</sup> BUSHNELL (A.), CHANNING (E.) (éd.), CHANNING (E.) (éd.), *Ordinances...*(*op.cit.* note 803), p.15.

<sup>838</sup> BRANDON (M.), *Secession...*(*op.cit.* note 43), pp.296-297.

<sup>839</sup> Projet de 13<sup>e</sup> amendement : "*Aucun amendement ne sera apporté à la Constitution qui autoriserait ou donnerait au Congrès le pouvoir d'abolir ou de gêner, à l'intérieur d'un État, les institutions nationales, y compris celle des personnes tenues au travail ou au service par les lois de cet Etat*" (voir pour une reproduction du projet d'amendement : 12 stat. 251).

<sup>840</sup> First inaugural adress – final text, in : BASLER (R.) (éd.), *The collected...*(*op.cit.* note 563), vol.4, p.264.

<sup>841</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.872. L'auteur renvoie à : BASLER (R.) (éd.), *Ibid.*, vol.5, pp.388-389.

<sup>842</sup> LINDER (D.), *What...*(*op.cit.* note 554), p.729.

*constitutionnel*" et qu'il n'y avait donc "*pas d'objection à le rendre expresse et irrévocable*"<sup>843</sup>.

Mais, quand cet amendement a été proposé, il était de toute façon déjà trop tard. Les Etats du Sud considéraient que les Etats du Nord violaient depuis trop longtemps la disposition constitutionnelle concernant les esclaves en fuite et ils avaient peine à croire les promesses du nouveau Président que les règles qu'il avait tant critiquées allaient être défendues par le gouvernement fédéral. En outre, même en admettant une efficacité de la protection sur cette question de l'esclavage, les deux blocs d'Etats s'étaient affrontés lors des différents conflits tarifaires, et les Etats désiraient des garanties d'autonomie qui ne leur semblaient pas données dans le cadre de l'Union américaine, l'accession à la présidence de Lincoln leur apparaissant comme favorable à un renforcement du gouvernement fédéral américain. Enfin, le processus de sécession avait commencé quand cet amendement a été adopté et les Etats sécessionnistes avaient déjà adopté un projet de Constitution pour la nouvelle union fédérale qu'ils voulaient former.

### **b) Les garanties apportées par la Constitution des Etats confédérés pour prévenir des tensions entre membres**

**610.** Une Convention se réunit à Montgomery le 4 février 1861, comprenant des délégués des sept Etats qui avaient déjà fait sécession, et adopte la Constitution des Etats confédérés le 11 mars. Cette Constitution reprend en grande partie la Constitution des Etats-Unis, elle ajoute juste quelques dispositions destinées à garantir le respect d'éléments dont les sécessionnistes estimaient qu'ils n'avaient pas été suffisamment protégés dans le cadre de l'Union américaine<sup>844</sup>. C'est en effet toute l'ambiguïté de cette sécession, les dirigeants sudistes étant très attachés au texte de la Constitution de 1787, et affirmaient leur volonté d'une défense de son interprétation conforme. Comme la lecture des motifs de sécession évoqués dans les déclarations des Etats du Sud le confirme, c'est la violation du pacte par les Etats du Nord qui justifie la sécession, non une volonté révolutionnaire<sup>845</sup>. Parmi les différences, l'autorité de la Constitution est, dans le préambule, expressément indiquée dériver des "*peuples des Etats confédérés, chaque Etat agissant à titre souverain et indépendant*", certaines compétences fédérales sont plus encadrées, et l'esclavage fait l'objet d'une protection renforcée<sup>846</sup>. Il est d'une façon générale fait une référence expresse aux "*esclaves*", là où la Constitution de 1787 ne faisait référence qu'aux "*personnes tenues à un service ou travail*". L'art.IV sect.2 affirme ensuite le droit de transiter et séjourner avec ses esclaves dans toute la Confédération, et l'interdiction de remettre en cause le droit de propriété sur ces derniers. L'art.IV sect.2 cl.3 pose en outre l'interdiction pour un Etat d'affranchir l'esclave provenant d'un autre Etat, et l'obligation de le remettre à son propriétaire en cas de fuite. L'art.IV sect.3 cl.3 prévoit par ailleurs que l'esclavage doit être reconnu et protégé par le Congrès et le gouvernement des Territoires acquis par les Etats Confédérés, et que le principe de libre circulation et séjour avec ses esclaves doit être assuré sur ces Territoires. Ainsi, la question qui s'était posée dans l'Union américaine est réglée par le texte constitutionnel. L'art.I sect.9 cl.4 interdit enfin au Congrès, qui est établi par la Constitution, d'adopter des lois remettant en cause le droit de propriété sur les esclaves.

Outre la protection de l'institution de l'esclavage, la Constitution répond au souci des Etats du Sud de voir leur autonomie mieux garantie face aux extensions des compétences fédérales. Ainsi, l'art.I sect.8 cl.3 ne se contente pas de poser le pouvoir du Congrès de réglementer le

---

<sup>843</sup> First inaugural address – final text, in : BASLER (R.) (éd.), *The collected... (op.cit. note 563), vol.4*, p.270.

<sup>844</sup> Voir pour une mise en parallèle de la Constitution des Etats Unis et la Constitution des Etats Confédérés d'Amérique : FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, pp.1018-1034. Voir les principales différences : *Ibid.*, pp.876-882.

<sup>845</sup> *Ibid.*, pp.886-887

<sup>846</sup> On notera toutefois que l'art.I sect.9 cl.1 reprend par contre l'interdiction de la traite des esclaves, et habilite le Congrès à adopter des lois pour assurer l'efficacité de cette interdiction, ce que comme le souligne Jean-Philippe FELDMAN, la Caroline du Sud n'avait pas manqué de reprocher (*Ibid.*, p.883)

commerce entre Etats mais précise que cette disposition ne peut être utilisée par le Congrès pour lever des fonds pour faciliter ledit commerce. De plus, l'art.I sect.8 cl.1 interdit que des droits de douanes soient adoptés dans le but de soutenir l'industrie, en réaction directe avec la crise des tarifs douaniers. Par ailleurs, en vertu de l'art.I sect.8 cl.4, aucune loi par laquelle le gouvernement fédéral se substituerait dans les dettes des Etats membres contractées antérieurement à la formation des Etats confédérés, à l'instar de la loi de 1790 qui avait mis en commun les dettes issues de la Guerre d'indépendance, ne peut être adoptée.

Concernant l'application du droit de la Confédération, aucune Cour suprême n'a été établie en l'absence d'accord sur la question de sa compétence d'appel<sup>847</sup>. Enfin, le droit de sécession avait été proposé par divers membres de la Convention de Montgomery mais n'a finalement pas été inclus, ce qui a pu étonner et apparaître bien incohérent pour des Etats l'ayant revendiqué et utilisé dans le cadre comparable de la Constitution de 1787, mais ce droit était considéré comme implicite, comme l'explique Jefferson Davis<sup>848</sup>.

### c) La guerre de Sécession et ses conséquences sur la nature juridique des Etats-Unis

**611.** James Buchanan, qui a été Président entre 1857 et mars 1861, a tenté de ménager les deux camps en affirmant tout à la fois l'illégalité de la sécession et l'illégalité de toute action militaire pour la stopper<sup>849</sup>, mais il n'est pas parvenu à empêcher la marche vers la guerre.

**612.** La guerre éclate le 12 avril 1861 avec l'attaque de l'Union du fort Sumter en Caroline du Sud face au refus du gouvernement fédéral de reconnaître la sécession des Etats du Sud et d'abandonner le fort. Alors qu'une sécession avait été dans un premier temps repoussée au cours des mois de janvier et février par les conventions organisées dans l'Arkansas, la Caroline du Nord, la Virginie et le Tennessee, ces Etats ont, après le début des combats, à leur tour fait sécession par solidarité face à la réaction militaire de l'Union contre la sécession des sept Etats du Sud et ont adopté la Constitution des Etats confédérés<sup>850</sup>.

Les autres Etats esclavagistes se sont par contre tenus au rejet de la sécession par les conventions qui y avaient été organisées et demeurent fidèles à l'Union<sup>851</sup>, du moins "officiellement". Ces Etats sont désignés par l'expression "*Etats frontaliers*" même si dans le cas du Delaware il n'avait pas de frontière avec les Etats sécessionnistes, pour signifier leur statut intermédiaire. Il est par ailleurs à noter qu'un de ces Etats a été créé à partir de sa sécession de la Virginie en 1863, la Virginie occidentale, et que trois territoires appartenant à des Etats sécessionnistes ont tenté sans succès de faire sécession après le début de la Guerre de Sécession au nom de leur loyauté à l'Union<sup>852</sup>.

Parmi les "*Etats frontaliers*", si le Delaware, et le Maryland ne posent pas problème, deux autres ont part contre un statut instable. Ils ont voté en faveur d'une sécession mais selon une procédure violant la constitution étatique pour le Kentucky, et dans le contexte de l'existence de deux gouvernements pour le Missouri, si bien qu'ils sont revendiqués par les deux camps.

Dans le cas du Kentucky, le gouverneur en poste en 1860 défend l'esclavage mais est

---

<sup>847</sup> *Ibid.*, pp.888.

<sup>848</sup> Cf. sur ce point : *Ibid.*, p.879 et p.858. DAVIS (J.), *The rise... (op.cit. note 44)*, vol.I, p.145). Il peut l'invoquer toute les fois qu'il considère que les buts pour lesquels le pacte a été conclu ne sont plus respectés (*Ibid.*, vol.II, p.645).

<sup>849</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, p.869. L'auteur renvoie à : RICHARDSON (J.)(éd.), *A compilation of the messages and papers from the Presidents, vol.V, 1789-1797*, Washington, 1899, pp.626-653.

<sup>850</sup> La Virginie (17 avril 1861), l'Arkansas (6 mai 1861), le Tennessee (7 mai 1861), la Caroline du Nord (20 mai 1861). Voir : FELDMAN (J.-P.), *Controverses... (op.cit. note 34)*, pp.868-869.

<sup>851</sup> Voir *Ibid.* pp.868-869.

<sup>852</sup> BRANDON (M.), *Secession... (op.cit. note 43)*, p.290.



opposé à la sécession immédiate et appelle en décembre 1860 à la réunion d'une convention commune des Etats du Sud esclavagistes afin de faire des revendications communes comme condition aux Etats du Nord au maintien dans l'Union<sup>853</sup>. Il est dans le même temps opposé à l'utilisation de la force pour empêcher la sécession, et refuse pour cette raison la demande de soutien armé du Président Lincoln. Cette neutralité est acceptée par Lincoln car il a besoin de cet Etat et ne peut prendre le risque de provoquer sa sécession par des demandes trop pressantes<sup>854</sup>. Elle est néanmoins violée par les deux camps en septembre 1861, ce qui conduit à radicaliser la position des partisans de l'Union et des Etats confédérés au sein de l'Etat<sup>855</sup>. Le parlement restant majoritairement unioniste, les partisans des Confédérés se réunissent fin octobre à Russellville et appellent à la réunion d'une convention. Des délégués de 68 comtés se réunissent à partir du 18 novembre et adoptent une ordonnance de sécession de l'Etat le 20. Ils justifient l'absence de respect des règles constitutionnelles de l'Etat en invoquant le droit de révolution<sup>856</sup>. Le Kentucky est accepté au sein de l'union des Etats confédérés le 10 décembre.

Dans le cas du Missouri, la population était favorable à un compromis entre les positions du Nord et du Sud, comme l'illustre l'élection présidentielle de 1860 pour laquelle ses habitants ont voté pour un autre candidat que les deux qui étaient soutenus par l'un des deux camps<sup>857</sup>. Le gouverneur, proche des Etats du Sud, soutient la sécession, mais la convention appelée par le Parlement pour se prononcer sur la question la rejette<sup>858</sup>. Quand la guerre éclate, le gouverneur refuse l'aide militaire demandée par Lincoln, et est soutenu en cela par la majorité des habitants qui désirent rester neutres, mais il recherche dans le même temps à se préparer à une défense militaire et demande l'aide des Etats confédérés<sup>859</sup>. A la suite du nouveau refus du gouverneur de répondre positivement à la demande d'aide militaire de Lincoln le 11 juin 1861, l'armée de l'Union entre dans la capitale de l'Etat, mais le gouverneur a déjà fui<sup>860</sup>. Une convention est réunie fin juillet, qui élit un nouveau gouverneur dont l'autorité n'est pas reconnue par les soutiens du gouverneur en fuite<sup>861</sup>. Ce dernier convoque les chambres en octobre qui adoptent une ordonnance de sécession et ratifient la Constitution des Etats confédérés le 31 octobre 1861, sachant que la réunion du quorum nécessaire de parlementaires n'était pas documentée en l'absence de procès verbal de séance<sup>862</sup>.

**613.** Avec la victoire du gouvernement fédéral à l'issue de la guerre de Sécession, la question de la constitutionnalité de la sécession unilatérale est résolue négativement, l'interprétation d'une Constitution rédigée par un peuple unifié et ayant fondé un Etat fédéral l'a emporté par les armes<sup>863</sup>. Schmitt note ainsi qu'à travers la guerre, la Fédération comme telle a cessé et que seuls des éléments organisationnels comme l'autonomie législative et l'auto-administration ont demeuré<sup>864</sup>. La question de la souveraineté a été soulevée et tranchée en faveur du niveau fédéral. Si les Etats conservent des compétences importantes et si la population reste attachée à une organisation fédérale, le système est structurellement déséquilibré.

A l'issue de la guerre de Sécession, le Congrès dispose d'une majorité dite "strict

---

<sup>853</sup> HARRISON (L. H.), *The Civil War in Kentucky*, Lexington, The University Press of Kentucky, 1975, pp.6-8.

<sup>854</sup> *Ibid.*, p.8.

<sup>855</sup> *Ibid.*, pp.11-12.

<sup>856</sup> *Ibid.*, pp.20-21.

<sup>857</sup> PARRISH (W. E.), *A History of Missouri : 1860 to 1875*, Columbia, University of Missouri Press, 2001, p.3

<sup>858</sup> *Ibid.*, p.4 et 6. La part des esclaves dans la population, et donc du vote de leur propriétaire avait fortement diminué, ce qui explique ce rejet. *Ibid.*, p.7.

<sup>859</sup> *Ibid.*, pp.9-10.

<sup>860</sup> *Ibid.*, pp.22-23.

<sup>861</sup> *Ibid.*, p.31.

<sup>862</sup> *Ibid.*, p.39.

<sup>863</sup> WHEARE (K.), *Federal Government*, Londres, Oxford University Press, 1963, pp. 2-3. Dans le même sens FORSYTH (M.), *Unions of States...*(*op.cit.* note 24), p. 4.

<sup>864</sup> SCHMITT (C.), *Théorie...*(*op.cit.* note 688), p.375.

reconstructionnist" qui fait une lecture rigoriste du fédéralisme américain, et impose une politique très dure là où Lincoln prônait avant sa mort une position plus conciliante. Le Congrès estime que la sécession n'a eu aucune validité et déduit du recours à la force pour soutenir cette sécession que les Etats ont par ce biais abdiqué en "*pratique [...] tous le[ur]s droits [...] détenus sous l'empire de la Constitution*". Il prend ainsi la direction des affaires dans les Etats sécessionnistes pendant plusieurs années<sup>865</sup>.

## §2. L'explicitation du droit de retrait : danger potentiel pour l'équilibre?

**614.** Un des arguments des partisans de l'introduction d'une clause incluant une mention expresse du droit de retrait est de prévenir un conflit armé du type guerre de Sécession<sup>866</sup>. Detmar Doering considère ainsi que l'incertitude concernant la légalité de la sécession a permis aux Etats du Sud de dire qu'ils avaient un droit de sécession et dans le même temps au Nord d'invoquer un droit de préservation de l'Union. Il est même par ailleurs avancé que la prévision expresse d'un droit de retrait est un élément de "*symétrie qui – même si cela apparaît paradoxal – contient un élément de stabilisation*" en ce que "*l'histoire nous enseigne qu'il n'y a pas d'institution qui dure éternellement*"<sup>867</sup>. Mais une telle explicitation pourrait *a contrario* être considérée comme mettant à mal la stabilité de la Fédération en donnant un moyen de pression pouvant porter atteinte au bon fonctionnement des institutions fédérales.

**615.** Cass Sunstein défend, dans le contexte d'un Etat, l'idée qu'en dépit de l'existence d'une justification morale ou politique à la sécession, une constitution ne devrait pas inclure un droit de sécession à peine de prendre le risque d'un renforcement des conflits ethniques et entre factions<sup>868</sup>. Il estime ainsi notamment que des mécanismes peuvent être chargés de prévenir les cas d'oppression, de graves discriminations, et que l'inclusion d'un droit de sécession ne peut jouer un rôle de garde-fou, considérant qu'il ne pourra être invoqué si les droits fondamentaux sont déjà violés<sup>869</sup>. Ce n'est selon lui qu'*a posteriori* ou par une révolution que la sécession peut avoir lieu.

Le contexte n'est pas le même dans une Fédération, mais les conflits entre Etats membres ou entre un ou plusieurs Etats et le niveau fédéral peuvent remplacer les conflits ethniques au sein d'une Fédération. Elément de déstabilisation, l'affirmation explicite de ce droit peut l'être au sein d'une Fédération si l'on considère qu'elle met en avant la possibilité de revenir sur un pacte qui se veut durable. Il est en outre possible de considérer qu'en l'absence d'une reconnaissance expresse du droit de retrait, les parties sont poussées à discuter ne serait-ce que pour débattre de l'existence ou non d'une procédure de retrait<sup>870</sup>.

Le projet de Traité sur l'Union européenne du Parlement de 1984 prévoyait déjà l'inclusion d'un droit de retrait<sup>871</sup>, mais il a fallu attendre le Traité de Lisbonne pour qu'il soit suivi sur ce point. L'inclusion d'une telle clause provoque ainsi des réactions très partagées et mitigées (A). A cet égard, nous considérons qu'elle n'était pas nécessaire mais qu'elle ne risque pas *a contrario* d'être utilisée de manière abusive par les Etats membres comme moyen de pression pour obtenir des concessions, ni de favoriser des retraits d'Etats membres en dépit du caractère encore limité du sentiment d'appartenance en raison de l'interdépendance forte

<sup>865</sup> FELDMAN (J.-P.), *Controverses...*(*op.cit.* note 34), p.889.

<sup>866</sup> En ce sens : DOERING (D.), *Friedlicher...*(*op.cit.* note 728), p.9. (*Ibid.*, p.23).

<sup>867</sup> SCHÄFER (W.), *Withdrawal legitimised ? On the proposal by the Constitutional. Convention for the Right of Secession from the EU*, *Intereconomics*, 2003, juillet/août, p.183.

<sup>868</sup> SUNSTEIN (C.), *Constitutionalism...*(*op.cit.* note 732), p.634.

<sup>869</sup> *Ibid.*, p.635.

<sup>870</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht im Vertrag von Lissabon : eine ökonomische Analyse*, Optimus, Göttingen, 2009, p.77 ; ZEH (J.), *Recht auf Austritt*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2004, n°2, p.192.

<sup>871</sup> TOULEMON (R.), *La Construction...*(*op.cit.* note 753), p.61.

entraînant un bilan coût/avantage pour les Etats membres.

Par contre, l'encadrement lacunaire de l'exercice du retrait prévu dans cette clause est fortement critiquable car il donne l'impression qu'un Etat pourrait sortir de l'UE en se départissant de son obligation de coopération loyale (B).

## **A. Le jugement ambigu concernant l'opportunité d'une clause expresse de retrait**

616. La première question à poser est de savoir si la présence d'une clause expresse de retrait dans un pacte fédératif est un élément de déstabilisation de la Fédération par le risque de menace potentielle qu'elle implique (2) ou si considérant qu'il ne s'agit que de traduire dans le pacte une clause implicite cela ne change rien, voire cela prévient le risque de tensions pouvant aboutir à un retrait. Dans ce dernier cas de figure, cette clause jouerait le rôle d'un garde-fou rappelant aux institutions fédérales la nécessité de respecter l'intégrité des Etats (1).

### ***1) L'inclusion d'une clause de retrait : valeur ajoutée ?***

617. L'art.1§3 Pacte de la SDN prévoyait un droit de retrait, mais seize Etats l'ont utilisé ce qui a "contribué à son affaiblissement et à son échec" dans une "symphonie des adieux", expliquant que pour la Charte de l'ONU il n'ait pas été explicitement prévu en dehors de la déclaration interprétative déjà mentionnée adoptée par la Conférence de San Francisco<sup>872</sup>. L'absence d'un droit de retrait pouvait ainsi se justifier à l'origine des traités européens par "la réticence de parler divorce le jour du mariage"<sup>873</sup>. Mais avec le temps, et un renforcement important de l'intégration européenne, Suzanne Lechner souligne qu'il a pu apparaître intéressant d'inclure afin de maintenir un coût limité en cas de retrait et éviter de causer une sortie violente<sup>874</sup>. En ce sens, le Présidium de la Convention sur l'avenir de l'Europe a considéré que même si de nombreux membres de la Convention considéraient un tel droit comme déjà inclus implicitement dans les traités<sup>875</sup>, il conduirait à "clarifie[r] la situation"<sup>876</sup>. Si l'on compare avec le cas américain, l'idée était d'éviter qu'un conflit d'interprétation n'aboutisse à une semblable confrontation militaire<sup>877</sup>. Mendez de Vigo, représentant du Parlement européen à la Convention, le présentait en outre comme un élément nécessaire pour rendre compte du caractère volontaire de l'appartenance à l'Union européenne<sup>878</sup>. Ulrich Becker souligne cette idée que l'UE n'est plus une "communauté de destin dont on ne peut plus s'échapper", mais que l'accent est mis sur le caractère d' "union volontaire entre Etats souverains"<sup>879</sup>.

---

<sup>872</sup> Souligné par : COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...* (op.cit. note 708), p.734. Aussi en ce sens : LOUIS (J.-V.), *Le droit de retrait...* (op.cit. note 754), p.296 ; TRANCHANT (B.), *Recherches...* (op.cit. note 764), p.38.

<sup>873</sup> WEILER (J.), Alternatives to Withdrawal from an International Organisation: the Case of the European, Economic Community. *Israel Law Review*, 1985, vol. 20, n°2-3, p.282.

<sup>874</sup> Souligné par : LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (op.cit. note 870870), p.20. Pour une évocation en ce sens antérieure à la Convention : BORDIGNON (M.), BRUSCO (S.), optimal secession rules, *European Economic Review*, 2001, vol. 45 n°10, p.1813.

<sup>875</sup> Plusieurs membres de la Convention européenne considèrent dans l'explication de leur proposition d'amendement que l'insertion d'une clause de retrait est inutile car il est déjà prévu par le droit international général : Teija Tiilikainen et autres ; Kimmo Kiljunen et Matti Vanhanen (<http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/46/Art46KiljunenEN.pdfLopes>) et Lobo Antunes proposent une justification quelque peu paradoxale puisqu'ils considèrent l'affirmation explicite d'un tel droit comme incompatible avec la nature de l'UE, tout en indiquant qu'un droit de retrait existe sur la base du droit international général, mais peut-être les auteurs ont-ils mal voulu signifier le danger pour la stabilité de l'UE d'une clause explicite).

<sup>876</sup> CONV 724/03, p.134, commentaires.

<sup>877</sup> Voir en ce sens : TRANCHANT (B.), *Recherches...* (op.cit. note 764), p.36.

<sup>878</sup> Giscard forum set to unveil controversial EU 'exit clause'. *European Voice*, 3-9 Avril 2003, p 1.

<sup>879</sup> BECKER (U.), Kommentar ..(op.cit. note 771), p.2194. Voir aussi en ce sens : LECHNER (S.), *Das*

Par ailleurs, était avancé l'argument du rôle joué par cette clause pour faciliter l'entrée de nouveaux membres<sup>880</sup> qui auraient été sinon récalcitrants en raison du caractère irréversible de leur appartenance à l'Union. Cette clause était en effet considérée par de nombreux membres de la Convention issus des Etats d'Europe centrale et orientale comme "*psychologiquement nécessaire*" après l'expérience soviétique<sup>881</sup>. L'existence d'une telle clause était enfin présentée comme permettant de diminuer le poids des souverainistes<sup>882</sup>.

**618.** Nous ne partageons pas la satisfaction formulée par Rostane Medhi concernant le "*pragmatisme*" de la solution découlant "*du constat que la sécession, comme le retrait, soulève avant tout des problèmes de fait [...] que le droit doit être préparé à régler*"<sup>883</sup>. Nous aurions reconnu la valeur ajoutée d'une clause qui aurait permis de répondre aux différents problèmes pouvant se poser en cas de retrait, mais nous considérons que la clause de l'art.50 TUE ne répond pas à ces attentes et même peut accentuer les risques de conflits dans le cadre d'une sortie en l'absence de contraintes suffisantes s'imposant à l'Etat désirant se retirer.

Un des buts de l'inclusion de la clause de retrait était de permettre que dans le cas où un Etat n'aurait pas ratifié une modification des traités, il soit poussé à réfléchir à son retrait<sup>884</sup>. Cela avait été notamment beaucoup évoqué lors des débats de la Convention sur l'avenir de l'Europe en cas de non ratification du Royaume-Uni. Recourir à une nouvelle consultation d'un peuple après un rejet par référendum est ainsi, comme le souligne Rostane Medhi, critiquable du point de vue démocratique, et bloquer une révision du fait d'un seul membre apparaît tout aussi peu envisageable pour l'avenir<sup>885</sup>. Mais avec la clause de retrait prévue à l'art.50 TUE, rien ne contraint juridiquement un Etat à utiliser ce droit en cas de rejet d'une révision des traités. Dès lors la situation n'a pas évolué par rapport à la simple possibilité de pression politique antérieure. Une solution à ce problème de légitimité à faire revoter un peuple, ou à bloquer les autres Etats membres aurait été de prévoir qu'en cas de non ratification par un ou plusieurs membres, des négociations devaient avoir lieu et aboutir automatiquement à un vote au sein de l'Etat entre la solution proposée, adaptée le cas échéant par le biais d' "opt out" sur certains points<sup>886</sup>, et la sortie de l'Union européenne. Il aurait donc fallu revenir sur le principe d'une révision des traités à l'unanimité comme le proposait le projet Pénélope de la Commission européenne<sup>887</sup>. La seule possibilité juridique de faire pression en l'état actuel du droit de l'UE serait de renverser l'usage du droit de retrait, les Etats désireux d'avancer menaçant d'un tel retrait en cas de rejet de la proposition de révision des traités. L'intérêt d'une telle option est souligné alors que le nombre important d'Etats membres de l'UE augmente les risques de

---

*Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), p.15

<sup>880</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), *L'apport...*(*op.cit.* note 644), p.67 ; SUNSTEIN (C. ), *Constitutionalism...*(*op.cit.* note 732), p.653-654.

<sup>881</sup> HARBO (F.), *Constitutionalism...*(*op.cit.* note 713), p.142 : Liene Lepina, député lithuanienne, La Convention sur l'avenir de l'Europe débat d'une clause de sortie, *Le Monde*, 25Avril 2003.

<sup>882</sup> "*l'existence d'une telle disposition constitue un signal politique important pour ceux qui soutiendraient que l'Union est une entité rigide de laquelle il est impossible de sortir*" (CONV 724/03, p.134). Voir notamment abondant dans ce sens : VAHLAS (A.), *Souveraineté...*(*op.cit.* note 644), pp.1599-1600 ; DUHAMEL (O.), *Pour l'Europe. Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Seuil, 2003, p.236-237. Voir *a contrario* la proposition d'amendement précitée de Jürgen Meyer qui dans son explication du rejet d'une telle clause estime que bien loin de diminuer le poids des anti-européens, cette clause leur permettrait d'avoir un soutien juridique exprès à leur revendication, d'appeler à l'utiliser ([http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/pdf/46/Art46Meyer\(DEFREN\).pdf](http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/pdf/46/Art46Meyer(DEFREN).pdf))

<sup>883</sup> MEDHI (R.), art.I-60 (*op.cit.* note 781), p.737.

<sup>884</sup> GUILLARD (C.), *Le projet...*(*op.cit.* note 754), p.55 ; BLUMANN (C.), quelques réflexions sur le projet de Constitution de l'UE, *RDP*, 2003, n°5, p.1272. L'auteur parle de "*pousser un Etat vers la sortie*".

<sup>885</sup> MEDHI (R.), art.I-60 (*op.cit.* note 781), p.738.

<sup>886</sup> Sur la pratique des opt out voir : *supra* chap.I sect.I §1 B 1) a).

<sup>887</sup> Sur ce projet voir : BARNIER (M.), MATTERA (A.), "*Pénélope*", *projet de Constitution de l'Union européenne*, C. Juglar, 2003, 339 p.



blocage d'une intégration plus poussée<sup>888</sup>. Mais une telle perspective paraît peu probable. Il faudrait déjà un accord entre ces Etats pour aller vers un transfert important de compétence pour que cela ait un sens<sup>889</sup>, seul un véritable saut qualitatif, par opposition à de simples avancées même conséquentes dans différents domaines, pouvant justifier une telle extrémité. En outre, il ne faut pas sous-estimer le désir de maintenir une avancée collective de la part des Etats, même parmi ceux désireux d'une intégration plus poussée.

**619.** Un autre argument avancé en faveur d'une telle clause est que son existence pourrait permettre de diminuer les clauses d'opt out<sup>890</sup>. L'idée sous-jacente est qu'en dépit du maintien de la révision à l'unanimité, la pression sera plus importante qu'auparavant sur un Etat bloquant la ratification, et la propension à faire de nombreuses concessions plus réduite. On peut toutefois en douter car tout d'abord, comme nous le verrons avec l'étude proposée par Suzanne Lechner<sup>891</sup>, cela dépend de l'importance de l'Etat en question. Ensuite parce que pousser au retrait peut apparaître exagéré si le blocage provient simplement du refus d'un opt out. La question pourrait se résumer ainsi : est-on prêt au nom d'un renforcement de la cohérence à pousser un Etat au retrait ?

Il est également avancé que ce droit pourrait favoriser l'intégration, les Etats sachant qu'ils peuvent se retirer en cas de développement de l'UE dans un sens non souhaité<sup>892</sup>. Nous ferons la même réponse qu'à l'argument de la diminution des opt out. Un Etat raisonne de façon globale, il ne va pas quitter l'UE à cause d'une question particulière. Seule la perspective d'un droit de retrait partiel pourrait faire reculer, sans toutefois l'écarter complètement, le phénomène des opt out en permettant à un Etat méfiant de revenir en arrière dans un domaine dans lequel il avait des doutes ou réticences à transférer des compétences à l'UE. Mais elle serait une atteinte potentiellement plus grande encore à la cohérence de l'Union que l'opt out, et il est toujours possible qu'un Etat ne souhaite pas en dépit de cette garantie de retour en arrière, avancer sur ce point.

Enfin, l'explicitation du droit de retrait est présentée comme permettant de tenir compte de la dynamique propre de l'UE en donnant la possibilité d'une plus grande flexibilité de réaction à un Etat qui n'a pas forcément souhaité l'évolution de l'UE opérée depuis son adhésion<sup>893</sup>. Là encore, c'est moins l'explicitation, que la garantie qu'un tel droit existe qui compte.

**620.** Rostane Medhi s'étonne de ce que certains de ceux qui reconnaissent l'existence implicite d'un droit de retrait aient pu être opposés à l'explicitation d'un tel droit<sup>894</sup>. Ce paradoxe apparent s'explique pourtant par la crainte qu'une explicitation pousse les Etats à l'utiliser comme menace, là où le silence pouvait les pousser à être prudents.

---

<sup>888</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (*op.cit.* note 870), p.232 ; CALLIESS (C.), artikel I-60, in : CALLIESS (C.) (hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union : Kommentar der Grundlagenbestimmungen (Teil 1)*, München, Beck, 2006, pp.638 et s.

<sup>889</sup> LECHNER (S.), *Ibid.*, p.233.

<sup>890</sup> BLUMANN (C.), *L'apport...* (*op.cit.* note 644), p.55. Voir sur le problème de cohérence posé par ces clauses : *supra* partie II chap. II sect.I §1 B 1).

<sup>891</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (*op.cit.* note 870), 286 p.

<sup>892</sup> DOERING (D.), *Friedlicher...* (*op.cit.* note 728), p.56.

<sup>893</sup> En ce sens : Louis Michel et autres, proposition d'amendement (<http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/Art46MichelFR.pdf>) ; BRUHA (T.), NOWAK (C.), *Recht auf Austritt aus der Europäischen Union ?*, Anmerkungen zu. Artikel I-59 des Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, *Archiv des Völkerrechts*, 2004, vol.42 n°1, p.23 ; LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (*op.cit.* note 870), p.18.

<sup>894</sup> MEDHI (R.), art.I-60 (*op.cit.* note 781), p.739.

## 2) L'utilisation comme instrument de menace dans les négociations

621. Detmar Doering estime que l'existence d'un droit de sécession exprès est un élément permettant de favoriser un rééquilibrage entre niveau étatique et niveau fédéral. Il compare ainsi l'évolution de la part des dépenses fédérales dans les dépenses publiques globales en Allemagne, en Suisse et au Canada et estime qu'une explication à une augmentation moins importante dans le cas canadien s'explique par la pression des menaces de sécessions provenant du Québec<sup>895</sup>. Pourtant, rares sont les auteurs à partager une telle lecture optimiste de la menace de retrait (a). Pour étudier les risques de telles menaces, différents auteurs ont proposé des études fondées sur la théorie du jeu fondées sur des études des coûts et avantages d'une sécession pour un Etat<sup>896</sup> (b). Ces études, appliquées dans le cadre européen, permettent de mettre en évidence un risque limité de retrait en raison de l'interdépendance des Etats membres qui conduisent à relativiser le risque de menaces de retrait, ainsi que le risque de retrait (c). Enfin, nous présenterons une proposition d'inclusion d'un pouvoir d'exclusion comme sanction d'un abus de la menace de retrait ainsi que dans les cas d'un rejet d'un projet de révision des traités européens, même si nous considérons un tel pouvoir comme inadapté au contexte d'une Fédération (d).

### a) Caractérisation du danger

622. Claude Blumann évoque au sujet de l'introduction d'une clause de retrait dans les traités européens un tabou brisé<sup>897</sup>, introduction qu'il rapproche de la reconnaissance explicite de la possibilité de réviser les traités pour redonner des compétences aux Etats, ou de modifier des actes de droit dérivé pour redonner l'exercice d'une compétence aux Etats. Dans les deux cas, cette possibilité existait implicitement, mais cette "solennelisation" écarte le "*doute [qui] pouvait aussi inciter les Etats membres à rester dans l'expectative et à ne pas entreprendre des réformes susceptibles de nuire à l'acquis communautaire*"<sup>898</sup>.

L'inclusion de ce droit de retrait est par ailleurs critiquée comme conduisant à imprimer à l'Union européenne la marque d'une simple organisation internationale faisant fi du caractère d'union politique<sup>899</sup>, de communauté de destin qu'elle implique. Gijs de Vries, représentant du gouvernement des Pays-Bas à la Convention, soulignait en ce sens que "*l'UE n'est pas juste une union d'Etats, c'est aussi une union entre des peuples*", "*une union politique*", et justifiait sur cette base l'absence d'inclusion d'une clause de retrait<sup>900</sup>.

De plus, un certain nombre de membres de la Convention mettaient en garde contre une

<sup>895</sup> DOERING (D.), *Friedlicher...* (op.cit. note 728), p.29.

<sup>896</sup> Voir : SLAPIN (J.), Exit, Voice, and Cooperation : Bargaining Power in International Organizations and Federal Systems, *Journal of Theoretical Politics*, 2009, Volume 21 n°2, pp.187-211. LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (op.cit. note 870), 286 p. Voir aussi une proposition d'un modèle sur la théorie du jeu entre un Etat favorable à une intégration plus poussée et un opposant à une telle intégration poussée : CEDERMAN (L.-E.), SCHNEIDER (G.), The Change of Tide in Political Cooperation : A limited information model of European integration, *International Organization*, 1994, vol.48 n°4, pp.633-662).

<sup>897</sup> BLUMANN (C.), L'apport... (op.cit. note 644), p.53. Dans le même sens Baptiste Tranchant souligne que l'absence de disposition concernant le retrait pouvait avoir pour but de ne pas donner de réponse nette en raison de la sensibilité de la question (TRANCHANT (B.), *Recherches...* (op.cit. note 764), p.1).

<sup>898</sup> BLUMANN (C.), L'apport... (op.cit. note 644), p.65.

<sup>899</sup> En ce sens : GUILLARD (C.), Le projet... (op.cit. note 754), p.52 ; TELO (M.), L'Union européenne entre constitutionnalisation et différenciation. Un changement de la "polity" de l'UE ?, in : TELO (M.) et REMACLE (E.) (dir.), *L'Union européenne après Amsterdam. Adaptations institutionnelles, enjeux de la différenciation et de l'élargissement*, Fondation Paul-Henri Spaak et Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles, janvier 1998, p.3 ; BLUMANN (C.), quelques réflexions sur le projet de Constitution de l'Union européenne, *RDP*, 2003, n°5, p.1272 ; SCHERMERS (H.), BLOKKER (N.), *International institutional law*. §119; LOUIS (J.-V.), Le droit de retrait... (op.cit. note 754), pp. 313-314.

<sup>900</sup> Cité par : LOUIS (J.-V.), *Ibid.*, p.302.



utilisation comme moyen de chantage<sup>901</sup>. L'existence d'un droit explicite poussant selon eux plutôt à la menace stratégique pour obtenir le plus d'avantages qu'à la recherche saine de compromis, ils soulignent le risque d'une atteinte au bon déroulement du débat démocratique<sup>902</sup>. Un Etat pourrait ainsi avancer la menace de la sécession afin d'obtenir l'attention des autres membres et les Etats dans la minorité pourraient ainsi augmenter leur position de négociateur<sup>903</sup>.

A cet égard, est soulevée la question des compensations à accorder, sachant que leur niveau dépendra de l'importance des pertes de l'Union européenne en cas de retrait<sup>904</sup>, avec une complexification des négociations si plusieurs Etats menaçaient de se retirer en même temps<sup>905</sup>. Wolf Schäffer va même jusqu'à écrire que les menaces de retrait deviendraient un "*aspect de l'acquis communautaire*", qu'elles seraient intégrées aux règles de prise de décision<sup>906</sup>.

Enfin, comme le relève Cass Sunstein, le droit de sécession est distinct d'un droit de veto en raison de la charge émotionnelle qu'il comprend, c'est la raison pour laquelle, s'il concède que dans certains cas une clause expresse le prévoyant fera peut-être peu de différence en pratique, il considère dangereux de se baser sur une approche théorique là où le facteur émotionnel pourrait conduire à des situations non prévisibles<sup>907</sup>. L'auteur a plutôt ici à l'esprit les Etats issus du bloc communiste et le risque de conflits ethniques, sa remarque n'est donc pas directement transposable à l'UE. Le facteur émotionnel souligné peut par contre être repris pour la considération d'une menace de retrait dans une négociation. Ainsi, si la seule logique pouvait conduire à écarter le caractère sérieux d'une menace de retrait, le facteur émotionnel de l'amour propre d'un peuple pourrait jouer un rôle important d'où l'intérêt de mettre des étapes préalables à la procédure du retrait pour limiter le risque d'action impulsive.

## b) L'étude coût / avantage opérée par les Etats

**623.** Le coût du retrait supporté par l'Etat l'avançant ne doit toutefois pas paraître trop élevé pour qu'il puisse être crédible : la menace ne fonctionne pas si l'interdépendance est trop forte<sup>908</sup>.

**624.** Les risques et coûts potentiels d'un retrait sont importants pour un Etat membre. En partant tout d'abord de l'hypothèse d'une sortie sans accords particuliers de coopération ultérieur, l'Etat sortant risque une diminution du commerce en ne bénéficiant plus du Marché Unique. De même, ne bénéficiant plus de la libre circulation des capitaux, il peut subir un retrait à moyen et long terme de capitaux, et à court terme un arrêt de l'arrivée d'investissements directs étrangers<sup>909</sup>. Il faut également souligner le coût du rétablissement des contrôles aux frontières, et, pour les Etats membres de la zone euro, de la réintroduction de la monnaie nationale, pour le système de compte, pour la modification des programmes des distributeurs, ... L'Etat doit par ailleurs opérer un nettoyage du droit national et familiariser l'administration avec

---

<sup>901</sup> En ce sens Danuta Hübner, ministre polonaise des affaires européennes, et Jürgen Meyer, représentant du Bundestag allemand, membres de la Convention sur l'avenir de l'Europe (cités par HARBO (F.), *Constitutionalism...*(*op.cit.* note 713), p.142).

<sup>902</sup> En ce sens : SUNSTEIN (C. ), *Constitutionalism...*(*op.cit.* note 732), p.648.

<sup>903</sup> En ce sens : DIETRICH (F.), *Das Sezessionsrecht im demokratischen Verfassungsstaat*, Leviathan, *Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 2007, vol.35 n°1, pp.77-79, p.70 et p.75. LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), p.6.

<sup>904</sup> LECHNER (S.), *Ibid.*, p.113.

<sup>905</sup> *Ibid.*, p.6.

<sup>906</sup> SCHÄFER (W.), *Institutionenreform in der EU im Spannungsfeld von Integrationsvertiefung und -erweiterung*, in : CASSEL (D.), WELFENS (P.) (Hrsg.), *Regionale Integration und Osterweiterung der Europäischen Union*, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2003, p.218.

<sup>907</sup> *Ibid.*, p.650 et p.653.

<sup>908</sup> *Ibid.*, p.653 ; HARBO (F.), *Constitutionalism...*(*op.cit.* note 713), p.143.

<sup>909</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), pp.69-70.



les nouvelles règles. Une comparaison avec le coût de l'entrée dans l'UE est possible, mais on ajoutera que l'Etat ne bénéficie pas alors des aides européennes qu'il a pu avoir lors de son entrée<sup>910</sup>.

Les autres "coûts" d'un retrait sont difficilement calculables. Certains auteurs s'y sont essayés en comparant l'évolution de la situation de deux Etats, l'un devenu membre, l'autre pas<sup>911</sup>, mais leurs estimations ont été critiquées comme ayant tendance à être trop faibles<sup>912</sup>. Une analyse coût/avantage suppose une quantification monétaire, ne permettant notamment pas de mesurer les avantages qualitatifs immatériels d'une appartenance à l'UE tels que la confiance conférée dans les relations économiques, la protection conférée par l'UE<sup>913</sup>. Ainsi, l'entrée dans l'Union européenne donne un signal positif aux investisseurs car cela signifie pour eux plus de sécurité politique et économique, et la sortie peut avoir l'effet inverse<sup>914</sup>. En outre s'ajoute la possibilité que les autres Etats membres veuillent punir l'Etat s'étant retiré<sup>915</sup>, notamment lors de négociations politiques ou économiques menées après son retrait.

Ces hypothèses envisagent toutefois le scénario de l'absence de partenariat particulier ultérieur. Ainsi, le coût du rétablissement des frontières ne joue pas en cas de la participation à Schengen à l'instar de la Suisse, la Norvège et l'Islande. Mais un certain nombre d'éléments sont dans tous les cas perdus par l'Etat se retirant. Les Etats membres ont l'avantage d'avoir un droit de participation, notamment un droit de vote au Conseil, et leurs citoyens sont représentés au Parlement européen qui a également un tel pouvoir, alors que des Etats tiers comme la Suisse ayant des accords particuliers avec l'UE se voient imposer des contraintes du droit de l'UE sans participer aux discussions. Les Etats membres bénéficient par ailleurs d'informations avant les Etats tiers, et profitent de la coopération, du renforcement de la position dans les négociations commerciales avec les tiers à l'UE<sup>916</sup>. D'une façon plus générale, la capacité à résoudre des problèmes collectifs profite aux Etats membres<sup>917</sup>.

Il faut par ailleurs différencier le cas de l'absence de lien ultérieur avec l'UE de celui d'une appartenance à l'Espace économique européen (EEE) ou d'un accord comparable puisque le coût pour l'Etat se retirant ne serait pas le même<sup>918</sup>. Un Etat se retirant de l'UE tout en intégrant l'EEE aurait les avantages du Marché Unique sans les inconvénients des obligations et coûts supportés par les Etats membres de l'UE<sup>919</sup>. Il est en effet prévu art.8 TUE que l'Etat qui se retire peut conclure un accord de voisinage avec l'UE. Les conditions offertes à la sortie jouent un rôle primordial sur l'usage du droit de retrait. Un accord donnant la possibilité d'une forme d'intégration européenne à la carte pourrait pousser certains Etats à en faire usage. Dans ce cas le droit de retrait mettrait à l'épreuve la solidarité européenne et ferait dériver la construction européenne vers une intégration différenciée à l'envers ; des Etats pourraient en effet se retirer pour négocier un accord reprenant la participation à différentes politiques européennes<sup>920</sup>.

<sup>910</sup> Sur tous ces éléments cf. : LECHNER (S.), *Ibid.*, p.66.

<sup>911</sup> Cf. : BREUSS (F.), Österreich und Schweiz – Erfahrungen mit und ohne EU - Mitgliedschaft, WIFO Monatsbericht, 2005, n°10, pp.681-714 : [http://fritz.breuss.wifo.ac.at/Breuss\\_Oesterreich\\_Schweiz\\_Wifo\\_MB\\_10\\_2005.pdf](http://fritz.breuss.wifo.ac.at/Breuss_Oesterreich_Schweiz_Wifo_MB_10_2005.pdf). L'auteur compare l'Autriche et la Suisse, l'évolution dans les deux Etats ; LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), p.67 note 225.

<sup>912</sup> LECHNER (S.), *Ibid.*, p.67.

<sup>913</sup> *Ibid.*, p.73.

<sup>914</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>915</sup> *Ibid.*, p.67.

<sup>916</sup> *Ibid.*, pp.33 et p.40.

<sup>917</sup> PERKINS (R.), NEUMAYER (E.), Implementing multilateral environmental agreements : an analysis of EU directives. *Global Environmental Politics*, 2007, vo.7 n°3, p.180.

<sup>918</sup> TRANCHANT (B.), *Recherches...*(*op.cit.* note 764), p.6.

<sup>919</sup> Giscard forum set to unveil controversial EU 'exit clause'. *European Voice*, 3-9 Avril 2003, p 1. Dans le même sens LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), p.17.

<sup>920</sup> BRUHA (T.), NOWAK (C.), Recht auf Austritt aus der Europäischen Union? Anmerkungen zu. Artikel I-59

L'hypothèse d'un retrait partiel n'est toutefois pas prévue par les traités actuels.

Pendant la période de forte tension aux Etats-Unis dans les années 1828-1833, un économiste, Thomas Cooper qui enseignait en Caroline du Sud, a affirmé que le coût de la participation à l'Union américaine était plus grand pour les Etats du Sud que les avantages retirés, ce qui a été la base du slogan des radicaux du Sud : "*Il est temps de calculer le coût de l'Union*"<sup>921</sup>. Un certain nombre d'études menées au sein de l'UE ont repris ce slogan, estimant qu'une relativisation des avantages de l'UE devait être faite. Ainsi, Brian Hindley et Martin Howe ont conclu dans leur étude sur les bénéfices et les coûts de la participation à l'UE que les avantages étaient moins grands qu'on ne le pensait<sup>922</sup>.

**625.** Des avantages théoriques à une sortie de l'Union existent. L'Etat peut de nouveau déterminer librement le contenu de ses textes législatifs, de sa politique économique, il n'a plus à contribuer au budget de l'UE, ni à se soumettre à l'interdiction des aides d'Etats ou à des standards de production, ou encore des règles environnementales, ...<sup>923</sup>. L'Etat aura la possibilité d'importer des denrées agricoles à des prix plus réduits, mais n'aura plus d'aides européennes pour ses agriculteurs<sup>924</sup>, ce qui apparaît intéressant pour un Etat faiblement agricole comme le Royaume-Uni. Enfin, dans une économie mondialisée, le retrait d'un Etat n'entraîne pas une limitation des possibilités commerciales<sup>925</sup>. Toutefois, même en acceptant la réalité du bilan économique négatif, une simple vision économique de l'intégration européenne ne suffit pas<sup>926</sup>. Par ailleurs il faut relativiser ces avantages en raison des contraintes issues de la mondialisation, ou posées par le droit international. En outre, une partie de la liberté acquise par le retrait disparaît en cas d'accord particulier avec l'UE en matière d'union douanière, de libre circulation des personnes, ...

**626.** Dans le cas d'un Etat, Cass Sunstein estime que le droit de sécession sera invoqué chaque fois que les intérêts essentiels de l'unité en bénéficiant seront en jeu, et qu'une unité qui disposera de beaucoup de ressources par rapport à l'ensemble sera en mesure de négocier en ayant un gros avantage, lui permettant d'obtenir plus que nécessaire, mais sa remarque est transposable aux poids respectifs des menaces provenant de différents Etats dans une Fédération<sup>927</sup>.

A cet égard, Suzanne Lechner effectue une étude plus précise entre différenciant les Etats par rapport à la question des coûts et des avantages. Elle propose de caractériser l'importance d'un Etat à partir de différents critères : population, superficie, PIB de l'Etat, PIB par habitant<sup>928</sup>. Puis elle tente de dégager un index synthétique à partir de ces indicateurs pour déterminer l'importance d'un Etat<sup>929</sup>. Elle reconnaît toutefois la limite de l'entreprise, le poids de chacun des facteurs est en effet variable et chacun des critères doit être relativisé<sup>930</sup>.

---

des Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, *Archiv des Völkerrechts*, 2004, vol.42 n°1, p.24.

<sup>921</sup> Rapporté par : DOERING (D.), *Friedlicher...* (op.cit. note 732), p.33.

<sup>922</sup> Voir notamment : HINDLEY (B.), HOWE (M.), *Better Off Out? The benefits or costs of EU membership*, London, Institute of Economic Affairs, 1996, pp.67 et s.

<sup>923</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (op.cit. note 870), p.68.

<sup>924</sup> *Ibid.*, p.72.

<sup>925</sup> FAVARQUE (E.), *Breaking-up a nation, from the inside*, *Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Working Paper B20*, Bonn, 2000, p.6 : <http://www.zei.uni-bonn.de/dateien/working-papaer/B00-20.PDF>.

<sup>926</sup> En ce sens : DOERING (D.), *Friedlicher...* (op.cit. note 728), p.35.

<sup>927</sup> SUNSTEIN (C. ), *Constitutionalism...* (op.cit. note 732), pp.649-650.

<sup>928</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (op.cit. note 870), pp.119-129. Voir pour un tableau comparant les différents indicateurs : *Ibid.*, p.125

<sup>929</sup> *Ibid.*, pp.130-131.

<sup>930</sup> *Ibid.*, pp.132-133.

Ainsi, le poids d'un plus petit Etat dans une décision n'est pas mathématique, et étant donné le nombre important de petits Etats, ils peuvent former des coalitions. Ainsi, Susanne Lechner rappelle que ceux qui sont considérés comme de petits Etats sur la base de ces critères obtiennent néanmoins souvent des compensations importantes pour leur soutien lors de votes<sup>931</sup>. Elle donne l'exemple du Danemark, de l'Irlande et du Luxembourg qui obtiennent fréquemment plus de ressources européennes que ce à quoi un calcul rationnel aurait dû conduire. D'un autre côté, elle souligne la sécurité assurée par l'UE, le profit tiré des différentes politiques, et notamment celui du pouvoir de négociation important au niveau commercial. Elle conclut donc que les coûts de retrait sont trop importants pour un petit Etat<sup>932</sup>. James Buchanan considère quant à lui le coût de la sécession limité pour un grand pays membre de l'UE<sup>933</sup>, mais cette remarque est contestable comme l'illustre là encore l'étude de Suzanne Lechner.

Dans l'UE, un tel droit pourrait intéresser les Etats qui profitent le moins de l'UE, c'est-à-dire les contributeurs nets<sup>934</sup>. Toutefois, Suzanne Lechner estime qu'un regard sur la pratique permet de relativiser le bilan coût/avantage *a priori* négatif qui pourrait être tiré, ce qui rend le retrait d'un Etat bénéficiaire net *a priori* peu crédible<sup>935</sup>. Elle souligne en effet qu'en dehors des avantages indirects de l'appartenance à l'UE qui devraient être inclus, les Etats bénéficiaires nets obtiennent souvent des compensations lors du vote du budget européen.

Pour ce qui est du rôle de l'ancienneté des Etats, le coût du retrait des Etats participant depuis longtemps à l'intégration européenne est élevé, ce qui pourrait rendre leur menace moins crédible, mais à l'inverse cette ancienneté renforce le coût pour l'UE, leur départ pouvant être lu comme le signe de son affaiblissement<sup>936</sup>.

**627.** Suzanne Lechner évoque en outre la possibilité de blocage groupé. Elle rappelle que le Portugal, la Grèce, l'Irlande et l'Espagne ont exigé en contrepartie de leur accord pour la monnaie unique un renforcement des fonds de cohésion<sup>937</sup>. Mais il s'agit d'un amalgame avec le pouvoir de veto lors des révisions des traités.

**628.** Suzanne Lechner conclut à la supériorité des avantages pour les Etats membres en l'état actuel<sup>938</sup>. Dans le même sens, à la question de savoir si les Etats peuvent sortir de l'UE, Joschka Fischer répond que si, en théorie, ils le peuvent, en pratique "*un tel pas équivaldrait à un suicide économique et politique*"<sup>939</sup>. Au regard des différents critères, le Royaume-Uni semble le seul risque réel de retrait à l'heure actuelle. Il peut toutefois être également envisagé qu'une telle décision de retrait du RU entraîne d'autres dans un ou plusieurs autres Etats dans lesquels la population est assez peu europhile, ou que le renforcement de la zone euro conduise certains, parmi ces Etats dans lesquels la perspective d'une adoption est soutenue par une faible partie de la population, à réfléchir à un tel retrait.

**629.** Suzanne Lechner considère enfin la question du renouvellement du jeu. Au modèle étudié jusqu'alors en ne considérant qu'une menace ponctuelle, il faut ajouter les "*effets de*

---

<sup>931</sup> *Ibid.*, pp.135-136.

<sup>932</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), p. pp.136-139.

<sup>933</sup> BUCHANAN (J. M.), *Europe's Constitutional Opportunity*, in : VIBERT (F.) (dir.), *Europe's Constitutional Future*, London, Institute of Economic Affairs IEA Readings, 1990, p.15.

<sup>934</sup> SCHÄFER (W.), *Institutionenreform in der EU im Spannungsfeld von Integrationsvertiefung und –erweiterung*, in : CASSEL (D.), WELFENS (P.) (Hrsg.), *Regionale Integration und Osterweiterung der Europäischen Union*, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2003, p.513.

<sup>935</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), pp.140-142.

<sup>936</sup> *Ibid.*, p.146.

<sup>937</sup> *Ibid.*, p.184.

<sup>938</sup> *Ibid.*, p.74.

<sup>939</sup> FISCHER (F.), *Ein nationaler Riegel*, *Die Zeit*, 9 juillet 2009.



*l'apprentissage*", la réputation des joueurs, ...<sup>940</sup>. En effet, la menace n'a pas le même poids si elle est répétée. En outre, si un Etat répétait un tel comportement, un recours devant la CJUE pour atteinte au principe de coopération loyale serait en théorie envisageable. En ce sens, Jean-Victor Louis souligne que même si l'art.50 TUE ne s'y réfère pas, le principe de coopération loyale s'y applique<sup>941</sup>. Cela supposerait toutefois de rechercher la motivation de l'Etat, de contrôler s'il ne s'agit pas d'une simple manœuvre dilatoire pour obtenir de meilleures conditions dans le cadre d'une négociation.

Autre élément de relativisation à souligner, la menace de retrait ne peut être utilisée aussi facilement car elle implique une validation nationale. En effet, toute décision de retrait devra être ratifiée, ce qui nécessite un certain consensus politique, et surtout un soutien de la population à cette solution. Ainsi, un dirigeant ne peut menacer de retrait seul alors qu'il sait que sa population y est opposée. Bien sûr il est possible qu'il mène une campagne défendant son point de vue<sup>942</sup>, mais cela joue au moins contre une possibilité d'utilisation fréquente...

Ainsi, une telle menace ne paraît envisageable que par rapport à des questions fondamentales pour un Etat.

### c) Relativisation de la nouveauté de la menace

**630.** La question de la nouveauté de la menace de retrait appelle en outre également une relativisation.

Le général De Gaulle avait déjà avec sa politique de la chaise vide au Conseil réussi à obtenir que la recherche de consensus soit maintenue au détriment du vote majoritaire avec possibilité de veto au sein de cette institution en cas d'intérêt vital, ainsi qu'une évolution du budget de la CEE favorable à la PAC. Il était parvenu à avoir de fortes concessions, ce qui relativise la nouveauté des menaces permettant de bloquer un vote à la majorité<sup>943</sup>. Au-delà, si Suzanne Lechner considère que le général De Gaulle n'était pas allé jusqu'à une menace de retrait, Marc Blanquet rappelle qu'il n'y avait plus de fonctionnaires français aux réunions techniques du Conseil, et parle de "*retrait provisoire*", citant Michel Debré qui indiquait que "*la France ne p[ouvai]t réussir qu'en menaçant d'arrêter le Marché commun dans son ensemble*"<sup>944</sup>.

Par ailleurs, des menaces expresses de retrait ont déjà été avancées. Ainsi, on peut citer l'exemple de son utilisation par Margareth Thatcher en 1984 afin d'obtenir un allègement des paiements britanniques au budget européen. Mais le cas qui a été le plus loin est celui déjà évoqué, des travaillistes, qui avaient brandi une menace de référendum en 1974 en cas de refus de négociation sur des adaptations aux conditions de participation du Royaume-Uni à la CEE, ont été acculés à poser aux britanniques la question du retrait à la suite de la réponse négative des autres Etats membres.

De même, en 1981, le chef du parti socialiste avait annoncé un référendum sur le maintien de la Grèce dans la CEE s'il gagnait les élections. Toutefois, malgré sa victoire il n'a pu l'imposer, le Président de la République dont l'accord était nécessaire constitutionnellement l'ayant refusé<sup>945</sup>.

Le contexte de ces exemples était celui d'une intégration encore limitée, essentiellement économique, si bien qu'un retrait n'avait pas la même portée. En outre, la Grèce en 1981 et le

<sup>940</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (*op.cit.* note 870), p.203.

<sup>941</sup> LOUIS (J.-V.), *Le droit de retrait...* (*op.cit.* note 754), p.307. L'auteur fait la remarque au sujet de l'art.I-60 du projet de Traité constitutionnel qui était identique. Voir aussi : LECHNER (S.), *Ibid.*, p.7.

<sup>942</sup> En ce sens : LECHNER (S.), *Ibid.*, p.220.

<sup>943</sup> *Ibid.*, p. 6 et p.75 ; MEDHI (R.), art.I-60 (*op.cit.* note 781), p.743.

<sup>944</sup> La Nation, 14 septembre 1965. BLANQUET (M.), L'article 5 du traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté, LGDJ, 1994, p.131.

<sup>945</sup> HARBO (F.), *Constitutionalism...* (*op.cit.* note 713), p.140.



RU en 1974 venaient d'entrer dans la CEE, et le RU de 1984 n'était membre que depuis 10 ans et les domaines d'action de la Communauté restaient encore limités, facilitant là encore la légèreté de la menace.

David Cameron a certes menacé d'un référendum sur une renégociation des conditions de participation du RU à l'Union européenne<sup>946</sup> qui rappelle les exigences des travaillistes de 1974, mais le cas du RU ne peut être généralisé aux autres Etats membres. Par ailleurs, tout comme en 1974, les partenaires européens ne sont pas prêts à faire des concessions au RU sur une appartenance différenciée et le Premier ministre risquerait donc de se mettre dans une situation inconfortable. Ainsi, si les citoyens britanniques se prononçaient en faveur d'une renégociation lors de ce référendum, David Cameron serait, une fois un refus obtenu à Bruxelles, obligé de revenir vers eux pour leur demander s'ils désirent se retirer de l'Union européenne.

**631.** Il convient pour finir de distinguer la menace de retrait du blocage de la ratification de traités modificateurs, comme dans le cas du Traité de Lisbonne avec l'Irlande, la Pologne, la République tchèque, ou de textes législatifs. Le veto n'a pas les mêmes effets que la menace de retrait, même si la comparaison peut parfois être faite. En effet, le veto ne peut être juridiquement surmonté, là où le droit de retrait est une pression politique ne bloquant nullement juridiquement la prise de décision, si bien que les conditions de négociation ne sont pas les mêmes. Alors que pour le veto, l'Etat est libre du motif avancé, dans le cas d'un retrait, le facteur crédibilité joue un rôle fondamental, et notamment celui de la justification donnée à la menace. Ainsi, une menace paraissant peu sérieuse ne sera pas prise en compte par les partenaires

#### **d) Le contrepoids d'un pouvoir d'expulsion : une solution inadaptée**

**632.** A cet égard, il a été proposé de contrebalancer le pouvoir de menace de retrait par une menace d'exclusion. Toutefois, ce mécanisme apparaît inadapté au contexte de la Fédération et par rapport au fondement même qui pourrait être invoqué pour son utilisation.

Une proposition d'amendement faite dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe visait la possibilité pour le Conseil européen avec l'accord du Parlement européen après une décision sanctionnant un Etat pour "*abus du droit de retrait*", de décider d'expulser l'Etat en question<sup>947</sup>. Rostane Medhi regrette ainsi que la proposition d'un système d'exclusion n'ait pas été prévu dans les traités. Un tel mécanisme aurait permis selon lui de "*contrebalance[r]*" le droit de retrait" et de "*réduire le risque de chantage politique par le moyen de menaces de retrait*"<sup>948</sup>. L'avantage d'un pouvoir d'exclusion en cas d'abus des menaces de recours au droit de retrait serait en effet de permettre de reconnaître quand un droit de retrait est vraiment sérieux<sup>949</sup>.

Mais Rostane Medhi ajoute au soutien de son introduction qu'une telle clause "*existe dans beaucoup d'organisations internationales*"<sup>950</sup>. Or, l'Union européenne n'est pas une simple organisation internationale, c'est une union fédérale et le caractère existentiel du pacte fédératif qui est à son fondement ne permet pas de faire un tel parallèle. Ainsi, comme le note Anton Greber, l'exclusion d'un membre d'une Fédération contre sa volonté n'est pas admissible, elle ne peut être déduite de l'absence de droit au maintien du pacte fédératif et serait une arme de la

<sup>946</sup> David Cameron pour un référendum sur l'UE en Grande-Bretagne, *Le nouvel observateur*, 9 octobre 2012 : <http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/20121009.REU7763/david-cameron-pour-un-referendum-sur-l-ue-en-grande-bretagne.html>.

<sup>947</sup> Suggestion for amendment of Article I-59 :

[http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/46\\_Art%20I%2059%20Brok%20EN.pdf](http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/46_Art%20I%2059%20Brok%20EN.pdf).

<sup>948</sup> MEDHI (R.), art.I-60 (*op.cit.* note 781), p.746.

<sup>949</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (*op.cit.* note 870), p.222.

<sup>950</sup> MEDHI (R.), art.I-60 (*op.cit.* note 781), p.746.

majorité dangereuse pour l'équilibre fédéral<sup>951</sup>.

Permettre l'exclusion en cas de refus de ratification en dehors du cas de la sanction d'une violation du droit de l'Union européenne ne paraît pas envisageable car elle conduirait à remettre en cause le principe d'unanimité de la révision tout en se révélant moins légitime que de confronter l'Etat au choix du retrait en cas de vote à la majorité qualifiée. Le principe même à la base de l'exclusion est celui de comportement fautif justifiant d'y recourir, et y recourir en cas de refus d'une intégration plus poussée pose un problème de légitimité<sup>952</sup>.

Detmar Doering tente certes de justifier l'exclusion d'un Etat membre par un changement de perspective, à savoir en considérant qu'elle peut être vue comme le retrait de l'union fédérale par les Etats membres ayant décidé l'exclusion<sup>953</sup>. Mais, si cela peut être théoriquement défendu, sous la réserve que le pacte fédératif soit modifié en conséquence et qu'il soit précisé qu'il s'agit d'une nouvelle union fédérale, elle est juridiquement contestable.

## **B. Un encadrement très incomplet de l'exercice du droit de retrait**

**633.** S'il peut être conclu des développements précédents que la menace de retrait fondée sur l'existence d'un droit exprès de retrait est limitée, un problème se pose au regard de l'exercice du droit de retrait. L'Etat membre qui a décidé de se retirer est en effet dans une position de force dans le cadre de l'art.50 TUE puisque cette disposition, bien loin de le contraindre à une procédure stricte de négociation préalable à la sortie et de conclusion d'un accord de retrait, impose une obligation de moyen très limitée. En effet, celle-ci se restreint à une obligation de négociation pendant deux ans. Au bout de ce délai, l'Etat devient en théorie totalement libre de se retirer sans qu'un accord ait été conclu.

Dans le cadre de réflexions menées sur le droit de sécession, s'est posée la question de l'opportunité de limiter les motifs de justification permettant de recourir au droit de retrait. Cette solution a toutefois été écartée. Plus globalement, l'encadrement procédural du retrait prévue par l'art.50 TUE est très limité (1). L'absence de soumission à la conclusion d'un accord qui permettrait d'éviter certaines menaces est à cet égard particulièrement critiquable (2).

### ***1) L'encadrement limité des modalités d'exercice du retrait***

**634.** Il aurait été envisageable de restreindre les possibilités pour un Etat d'invoquer le droit de retrait aux cas de violation de son identité constitutionnelle ou de dépassement de compétence, mais cela suppose par définition la reconnaissance de l'autorité de l'institution opérant une telle constatation.

Au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe, plusieurs propositions avaient été faites qui visaient à ne permettre le retrait qu'en cas d'impossibilité pour un Etat d'adopter une révision du traité<sup>954</sup>, les cas visés ne concernaient toutefois pas l'atteinte à l'identité constitutionnelle de l'Etat ou le reproche par les institutions de l'Etat de dépassement de compétence, mais le cas d'un refus d'un traité modificateur. Ils visaient en effet en réalité à permettre aux Etats désireux de renforcer l'intégration européenne d'aller de l'avant sans qu'ils soient empêchés par un Etat. Toutefois, en raison de l'unanimité pour la révision des traités assurant déjà la protection de l'intégrité des Etats par rapport à un contenu qu'ils n'accepteraient pas, l'inclusion d'un droit de retrait en cas d'échec de la ratification d'une révision des traités,

<sup>951</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven...*(*op.cit.* note 693), p.247.

<sup>952</sup> En ce sens : LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), p.223. Voir aussi sur la question de l'exclusion prise dans une perspective plus générale de sanction d'une violation du droit de l'Union européenne : complément *infra* chap. II sect.I §2 B 3) b).

<sup>953</sup> DOERING (D.), *Friedlicher...*(*op.cit.* note 728), p.10 note 5.

<sup>954</sup> Voir en ce sens : art.103 du projet Pénélope (voir note 888) ; Propositions d'amendement de Dominique de Villepin :

<http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/46/Art46villepinFR.pdf>.



n'avait, comme le souligne Claude Blumann pas de sens<sup>955</sup>. A cet égard, une résolution du Parlement européen de 1995 évoquait déjà une possibilité de réfléchir à un droit de retrait en cas d'impossibilité de trouver une unanimité pour la révision des traités en dépit d'un soutien largement majoritaire<sup>956</sup>.

Ces limites n'ont pas été reprises notamment sur la base de la considération qu'il peut exister d'autres justifications à la volonté d'un Etat de quitter l'UE. Allen Buchanan souligne en outre le problème de l'arbitre habilité à déterminer si l'un des critères légitime de sécession énumérés dans un catalogue serait présent<sup>957</sup>. Enfin, si l'énumération exhaustive des circonstances permettant d'en justifier l'usage aurait certes eu pour effet de garantir contre toute menace abusive de retrait, nous avons déjà souligné qu'il fallait relativiser cette menace, et surtout une telle limitation ne serait pas conforme à la garantie de l'intégrité des Etats membres qui implique de les laisser se retirer s'ils en expriment la volonté.

**635.** Par contre, l'art.50 TUE ne précise pas la question d'un droit de retrait partiel. La question se pose par exemple dans le cas de la Grèce concernant le retrait de la zone euro. L'art.123§5 CE (devenu 140§3 TFUE), base juridique du règlement CE n°2596/2000 sur l'introduction de l'euro en Grèce, ne permet que l'introduction pas l'abolition de l'euro. Christoph Herrman considère qu'il serait envisageable de recourir à l'art.352 TFUE en se fondant sur la considération qu'il ne s'agirait que de retransférer une compétence<sup>958</sup>. Il ne s'agit toutefois pas de retransférer à l'ensemble des Etats une compétence, mais à un seul Etat, si bien que le raisonnement n'est pas selon nous transposable. Le même auteur estime par ailleurs l'art.50 TUE inclut une possibilité implicite de retrait partiel<sup>959</sup>. Toutefois, même si la proposition d'amendement ayant pour but de poser une interdiction explicite de retrait partiel<sup>960</sup> n'a pas été reprise, la majorité de la doctrine rejette une telle possibilité de retrait partiel.

Si dans un cas comme la Grèce, il semble possible de prévoir une révision ad hoc des traités pour lui permettre de sortir de la zone euro, il n'apparaît pas souhaitable d'intégrer une clause de retrait partiel qui serait manifestement contraire au souci de cohérence de l'Union européenne. Tout comme l'adhésion ne peut être partielle, le retrait ne se conçoit que globalement<sup>961</sup>. Nous rejoignons pour cette raison la majorité de la doctrine dans son affirmation d'un rejet d'un droit implicite de retrait partiel au sein de l'art.50 TUE.

**636.** Au-delà, certaines indications expresses ont été faites concernant la procédure de retrait. Ainsi il est posé une obligation de respect des dispositions constitutionnelles qui peut être vue comme une garantie en référence au rang constitutionnel de l'appartenance à l'Union européenne dans de nombreux Etats qui assure une procédure plus solennelle que la simple procédure de ratification des traités<sup>962</sup>. Certains auteurs ont toutefois *a contrario* parlé à son égard de

<sup>955</sup> BLUMANN (C.), L'apport...(*op.cit.* note 644), p.63.

<sup>956</sup> PARLEMENT EUROPEEN, résolution sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 - Mise en œuvre et développement de l'Union (17 mai 1995), *JOCE*, n°C 151 du 19 juin 1995, p.56, pt.17.

<sup>957</sup> BUCHANAN (A.), *Secession. The morality of political divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Oxford, Westview Press., 1991, p.156. Voir aussi dans ce sens : DOERING (D.), *Friedlicher...*(*op.cit.* note 728), p.47.

<sup>958</sup> HERRMANN (C.), Griechische Tragödie – der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone, *EuZW*, 2010, p.417. Voir dans le même sens : SEIDEL (M.), Der Euro – Schutzschild oder Falle, *Zentrum für Europäische Integrationsforschung Working Paper*, 2010, B 01, p.26.

<sup>959</sup> HERRMANN (C.), *Ibid.*, p.417. Voir dans le même sens : HARBO (F.), Constitutionalism...(*op.cit.* note 713), p.143.

<sup>960</sup> Proposition d'amendement d'Elmar Brok, József Szájer et autres :

<http://european-convention.eu.int/amendments.asp?content=46&lang=FR>.

<sup>961</sup> Voir par exemple : GUILLARD (C.), Le projet...(*op.cit.* note 754), p.60.

<sup>962</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), L'apport...(*op.cit.* note 644), p.68 ; LOUIS (J.-V.), Le droit de retrait...(*op.cit.*

précision inutile, ne faisant pas de sens<sup>963</sup>, certains membres de la Convention ont même parlé de précision "nuisible" car elle donnerait l'impression que la question du contrôle du respect de règles constitutionnelles internes des Etats relève de la compétence de l'Union européenne<sup>964</sup>. Si la compétence de la CJUE en la matière a pu trouver dans de rares cas des soutiens<sup>965</sup>, la seule compétence des organes constitutionnels de l'Etat concerné apparaît toutefois relever de l'évidence<sup>966</sup>.

Un délai de deux ans est par ailleurs fixé durant lequel l'Etat doit négocier avec l'UE pour déterminer le cadre de son retrait. Comme le souligne Baptiste Tranchant, le délai pourrait être utilisé afin de mener d'ultimes négociations permettant d'éviter le retrait<sup>967</sup>, même s'il a pu être rétorqué que toute interprétation permettant de revenir sur une demande de retrait risquait d'aboutir à un détournement de son objet et à son utilisation comme moyen de pression pour négocier<sup>968</sup>. Il semble en effet tout d'abord politiquement délicat de refuser à un Etat de revenir sur sa décision de se retirer. Par ailleurs, concernant le risque d'un tel détournement comme moyen de pression, nous renverrons à notre présentation concernant la menace de retrait.

Par rapport à l'éventualité de prolongation du délai pour conclure l'accord Jean-Victor Louis estime qu'elle doit être limitée car la poursuite de la participation d'un Etat qu'on sait devoir quitter l'UE pose problème<sup>969</sup>. Mais d'un autre côté cet accord est important pour les Etats membres et il peut apparaître justifié de prendre le temps nécessaire pour arriver à un résultat satisfaisant, malgré les éventuels inconvénients.

En outre, l'art.50 TUE prévoit la majorité qualifiée pour le vote concernant l'accord au Conseil, ce qui a été critiqué comme ne correspondant pas aux conséquences considérables d'un retrait sur l'UE et ne tenant pas compte du parallélisme des formes, la procédure d'adhésion requérant l'unanimité<sup>970</sup>. Le Présidium de la Convention avait soutenu une majorité qualifiée au Conseil pour ôter tout droit de veto et éviter ainsi à un Etat de conditionner son accord à son propre intérêt<sup>971</sup>. Outre cet argument, il aurait été étrange, en l'état actuel de la clause qui prévoit la possibilité d'un retrait à défaut d'une conclusion préalable d'un accord au bout de deux ans, d'exiger l'unanimité.

---

note 754), p.307. Jean-Victor LOUIS estime en outre que ce renvoi souligne l'impossibilité de changer d'avis en fonction des majorités partisans du gouvernement de l'Etat concerné en donnant l'exemple de la candidature de Malte à l'adhésion qui a fait l'objet de retraits (ibid, p.306).

<sup>963</sup> Voir : GUILLARD (C.), Le projet...(op.cit. note 754), p.58 ; ZEH (J.), Recht auf Austritt (op.cit. note 870), p.199.

<sup>964</sup> Proposition d'amendement d'Olivier Duhamel et Elena Paciotti (<http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/Art46-1Duhamel%28ITFR%29.pdf>). Voir aussi la position du secrétariat de la CIG de 2003 transmise au groupe de travail des experts juridiques de la CIG, (CIG 4/1/03 REV 1, 6 octobre 2003, p.127 : [http://www.consilium.europa.eu/igc/pdf/fr/03/cg00/cg00004\\_fr03.pdf](http://www.consilium.europa.eu/igc/pdf/fr/03/cg00/cg00004_fr03.pdf)).

<sup>965</sup> FRIEL (R.), Providing a constitutional framework for withdrawal from the EU : article 59 of the Draft European Constitution, *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, vol.53 n°2, p.425.

<sup>966</sup> En ce sens en réponse à l'auteur précité : HEINTSCHEL VON HEINEGG (W.), Kommentar zu Art. I-60. Freiwilliger Austritt aus der Union, in : VEDDER (C.), HEINTSCHEL VON HEINEGG (W.) (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag. Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p.256, pt.4.

<sup>967</sup> TRANCHANT (B.), *Recherches...*(op.cit. note 764), p.36. Voir aussi : COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit...*(op.cit. note 708), pp.733-734. Les auteurs font certes cette remarque dans le cas des traités internationaux classiques, mais elle est transposable ici.

<sup>968</sup> LOUIS (J.-V.), Le droit de retrait...(op.cit. note 754), p.308.

<sup>969</sup> Ibid..

<sup>970</sup> Voir la proposition d'amendement d'Oğuz Demiralp (<http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/46/Art%2046DemiralpFR.pdf>) ; GUILLARD (C.), Le projet...(op.cit. note 754), p.58. Et le même auteur de s'étonner de l'absence de consultation de la Commission pour cette même raison.

<sup>971</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(op.cit. note 870), p.23.

Enfin, il est prévu qu'une nouvelle demande d'adhésion est nécessaire, pour éviter une utilisation pour des raisons de politique intérieure ou de pression par des gouvernements<sup>972</sup>. Toutefois les amendements qui avaient proposé un délai avant de pouvoir réadhérer<sup>973</sup>, et qui visaient justement à éviter des retraits pour des motivations politiques de court terme ont été rejetés<sup>974</sup>. Il est néanmoins à relever que le coût, les conséquences juridiques importantes d'un tel retrait préviennent contre le risque d'un usage impromptu.

Le droit de retrait n'est au-delà pas conditionné par un accord entre l'UE et l'Etat concerné. Au bout d'un délai de deux ans à compter de la notification à la Commission de sa volonté de faire usage de son droit de retrait, l'Etat membre devient totalement libre de se retirer de l'UE.

## 2) Une problématique absence de soumission à la conclusion préalable d'un accord

637. Le Présidium de la Convention sur l'avenir de l'Europe avait certes appelé les membres de la Convention à réfléchir aux conséquences juridiques à tirer en l'absence d'accord entre l'Union et l'Etat se retirant, et à compléter si nécessaire la clause de retrait<sup>975</sup>, mais il avait dans le même temps justifié une absence de soumission de l'exercice du droit de retrait à la conclusion préalable d'un accord par le souci de "*ne pas vider de sa substance le concept de retrait volontaire*"<sup>976</sup>. L'idée qu'un accord conditionne le retrait apparaissait en outre pour le Présidium de la Convention contraire à l'idée largement partagée d'un droit de retrait existant même sans texte<sup>977</sup>.

Au-delà du risque de vide juridique, l'Etat se retirant pouvait être tenté, sachant que les traités ne lui seront plus opposables au bout de deux ans, d'utiliser la pression temporelle pour obtenir des concessions<sup>978</sup>. Le Présidium de la Convention avait rétorqué à l'argument que la proposition reprenait une procédure comparable à celle prévue dans la Convention de Vienne<sup>979</sup>.

A cet égard, l'art.56 de la Convention de Vienne pose un délai obligatoire de notification d'un an avant le retrait. L'art.65 de la Convention de Vienne prévoit une procédure de notification de la partie invoquant un droit de retrait. Un délai de trois mois est prévu durant lequel les autres parties peuvent faire des objections. En cas d'objection, les parties doivent utiliser une des voies de règlements pacifiques des litiges prévues à l'art.33 de la Charte des Nations Unies. En cas d'échec, toute partie au différend peut, à l'issue d'un délai de 12 mois à partir de la date à laquelle l'objection a été soulevée, saisir la CIJ ou demander au Secrétaire général de l'ONU de mettre en œuvre une procédure de conciliation prévue à l'annexe de la Convention de Vienne.

Toutefois, comme nous l'avons déjà souligné, l'argument que des règles existent pour des traités internationaux ordinaires ne permet pas de conclure qu'elles sont transposables à un pacte

<sup>972</sup> GUILLARD (C.), Le projet...(*op.cit.* note 754), p.60.

<sup>973</sup> Propositions d'amendement respectivement d'Alain Lamassoure (20 ans), et de Pal Vastagh (5 ans) : <http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/46/art46Lamassoure.pdf> ; <http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/46/art46vastagh.pdf>.

<sup>974</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...*(*op.cit.* note 870), p.215.

<sup>975</sup> Commentaire du Praesidium concernant le projet de clause de retrait de l'UE, in : CONV 648/03 (2 avril 2003)

<sup>976</sup> CONV 648/03 (2 avril 2003) commentaire du Présidium p.9.

<sup>977</sup> CONV 724/03, p.135 ; voir dans le même sens Rapport du Comité restreint "Union européenne" de la Chambre des Lords, présenté par Lord Tomlinson et Lord MacLennan CONV 708/03, p.8.

<sup>978</sup> En ce sens : FRIEL (R.), *Providing...* (*op.cit.* note 969), p.426.

<sup>979</sup> CONV 648/03 (2 avril 2003) commentaire du Présidium, p.9 : "*La procédure prévue dans cette disposition s'inspire en partie de celle prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités*".

existentiel comme les traités européens.

Une autre solution proposée pour éviter le vide juridique était l'adoption de mesures par le Conseil sur proposition de la Commission après approbation du Parlement européen<sup>980</sup>. Mais aucune solution n'a finalement été incluse permettant de répondre à ce vide juridique. Cette absence de prévision des conditions de retrait applicables à défaut d'un accord entre l'Etat demandeur et l'UE a été vivement critiquée<sup>981</sup>.

Jean-Victor Louis estime quant à lui qu'il aurait été possible de s'inspirer des conditions posées à l'exercice du droit de retrait dans l'UE avec celles existant dans le cadre de la Convention relative à l'Association Européenne de Libre Echange (AELE). Celle-ci prévoit un délai pour le retrait (art.57), une répartition des coûts engendrés par le retrait, et une obligation d'accord est posée comme condition à son exercice<sup>982</sup>. Certes, restait l'argument du présidium qui affirmait qu'une obligation de conclusion d'accord comme condition absolue du retrait aurait vidé le caractère unilatéral du droit de retrait, et celui, qui aurait pu être soulevé concernant l'AELE, qu'aucun moyen réel de faire respecter les obligations incluses dans le traité n'existe. Mais comme le rétorque Jean-Victor Louis, il était possible dans le cas de l'UE d'envisager une obligation de coopération loyale dans la négociation de l'accord dont la violation aurait pu faire l'objet d'un recours devant la CJUE tout au long du délai posé afin d'éviter un blocage de la procédure, et au-delà de ce délai, l'Etat concerné n'étant officiellement plus membre, il aurait été possible de prévoir la possibilité de saisir une juridiction internationale<sup>983</sup>. A cet égard, des membres de la Convention sur l'avenir de l'Europe avaient proposé des amendements prévoyant une contrepartie à la soumission du retrait à la conclusion préalable d'un accord, à savoir un droit de recours en cas de conflit entre : d'une part l'Etat désirant se retirer, et d'autre part les autres Etats membres et/ou institutions européennes. Ils soulignaient notamment que les conséquences sur les citoyens et les entreprises ne permettaient pas la comparaison qui avait été faite par le présidium avec un droit au sein d'une simple organisation internationale<sup>984</sup>.

**638.** Il est par ailleurs à souligner que l'absence d'un accord peut conduire au conflit que l'on voulait prévenir en introduisant la clause de retrait. De nombreux points peuvent en effet faire l'objet d'un litige dans le cas du retrait d'un Etat membre d'une Fédération.

La Cour suprême du Canada a, dans son avis sur la sécession du Québec, évoqué certains des éléments devant faire l'objet de négociations dans le cas d'une sécession : la répartition de la dette nationale, la délimitation des frontières nationales, le respect des droits des minorités linguistiques et culturelles, démantèlement d'entreprises nationales qui se trouveraient sur le territoire du Québec<sup>985</sup>. A cet égard, Detmar Doering souligne notamment l'importance de la question de la propriété fédérale en rappelant que la prise de Fort Sumter dans le port de Charleston, qui relevait de la propriété fédérale, par les troupes des Etats sécessionnistes du Sud

---

<sup>980</sup> Proposition d'amendement d'Olivier Duhamel et Elena Paciotti : <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/Art46-3DuhamI%28ITFR%29.pdf>

<sup>981</sup> HEINTSCHEL VON HEINEGG (W.), *Kommentar...*(*op.cit.* note 966) , p.527, pt.8 ; GUILLARD (C.), *Le projet...*(*op.cit.* note 754), p.59.

<sup>982</sup> LOUIS (J.-V.), *Le droit de retrait...*(*op.cit.* note 754), pp.309-310.

<sup>983</sup> *Ibid.*

<sup>984</sup> proposition d'amendement : Louis Michel et autres <http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/46/Art46MichelFR.pdf> ; Teija Tiilikainen et autres <http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/46/art46TiilikainenEN.pdf> . Voir aussi en ce sens : art.80 du projet de Constitution européenne de Robert BADINTER (Paris, Fayard, 2002, p.128). Article 80 de son projet de Constitution : Badinter (R.), *Une constitution européenne*, Fayard, Paris, 2002, p.128. Voir aussi sa proposition d'amendement : <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/pdf/46/art46badinterFR.pdf>. Rostane MEDHI regrette aussi la non intégration d'une telle obligation (art.I-60 (*op.cit.* note 781), pp.747-748).

<sup>985</sup> CSC, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pt.96.



a provoqué l'intervention de l'armée fédérale et le début des combats de la guerre de Sécession<sup>986</sup>. Cette liste aurait été transposable dans l'Union américaine. Par contre, elle n'est pas adaptée au contexte actuel de l'Union européenne.

Milica Zarkovic donne quant à lui une liste de problèmes à régler dans le cas d'une sécession, toujours au sein d'un Etat, mais qui semble néanmoins plus adaptée même si elle contient également des points non pertinents pour l'UE : dettes publiques, dettes extérieures, propriété publique, impôts restant à payer, investissements publiques à l'intérieur du territoire, problème de la délimitation du territoire, de la répartition de l'armée, de la nationalité des citoyens<sup>987</sup>.

Lors des négociations se poserait par contre des problèmes non mentionné ci-dessus, comme celui des élus au Parlement européen, de la répartition des voix au conseil tant que la pondération reste en vigueur ou encore la question des membres de l'administration européenne ayant la nationalité de l'Etat concerné<sup>988</sup>. S'ajoute la question de l'atteinte à la sécurité juridique des personnes qui pourrait justifier l'obligation de négociation de clause de protection<sup>989</sup>. Robert Badinter relevait en outre que la décision de retrait entraînait des dommages pour l'UE que l'Etat concerné devrait assumer<sup>990</sup>.

Enfin, en posant à l'avance un mode de calcul pour déterminer le coût du retrait par exemple fondé sur le PIB, on aurait pu, comme le souligne Susanne Lechner, éviter que l'exigence de payer des frais disproportionnés soit un moyen de pression pour empêcher le retrait<sup>991</sup> et atteindre un bon équilibre entre respect de la volonté de retrait, répartition équilibrée des charges.

**639.** Claude Blumann se demande si l'absence de conditions plus contraignantes posées au retrait ne s'explique pas en partie par la considération que les membres de la Convention pensaient donner un gage à l'autonomie des Etats à moindre risque étant donné les conséquences lourdes pour celui qui chercherait à s'en prévaloir<sup>992</sup>. En effet, il est peu vraisemblable qu'aucun accord ne soit conclu eu égard aux enjeux, l'Etat sortant ayant tout intérêt à garder de bonnes relations avec ses anciens partenaires<sup>993</sup>, mais également en raison de l'impact économique, juridique, et eu égard aux conséquences sur les droits des citoyens de l'Etat.

## ***Conclusion du chapitre II***

**640.** Nous avons vu que la protection de l'intégrité de l'Etat supposait de respecter la répartition des compétences prévue par le pacte fédératif, "l'identité" des Etats membres et, de manière ultime, de laisser à un Etat membre le droit de se retirer de la Fédération.

Une atteinte à la répartition des compétences par les autorités fédérales peut conduire à un conflit avec les autorités et les citoyens des Etats membres. A cet égard, des autorités étatiques peuvent être tentées de contrôler le respect de cette répartition. Cela a été le cas aux Etats-Unis

---

<sup>986</sup> DOERING (D.), *Friedlicher...* (*op.cit.* note 732), p.25.

<sup>987</sup> BOOKMAN (Z.), *The economics of secession*, Bookman St. Martin's Press, New York, 1992, p.119.

<sup>988</sup> Voir sur les éléments à négocier : HARBO (F.), *Constitutionalism...* (*op.cit.* note 713), p.143 ; ZEH (J.), *Recht auf Austritt* (*op.cit.* note 872), p.206 ; LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (*op.cit.* note 870), pp.25-26.

<sup>989</sup> En ce sens CALLIESS (C.), *artikel I-60*, in : CALLIESS (C.) (hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union : Kommentar der Grundlagenbestimmungen (Teil 1)*, Beck, München, 2006, p.638.

<sup>990</sup> "Les dommages causés éventuellement à l'Union par le retrait devront être assumés par l'Etat concerné" (cf. la proposition de Robert Badinter d'amendement à l'article 46; voir aussi la formulation proche de l'article 80 de son propre projet de Constitution (*Une constitution européenne*, p.128).

<sup>991</sup> LECHNER (S.), *Das Austrittsrecht...* (*op.cit.* note 870), p.217.

<sup>992</sup> BLUMANN (C.), *L'apport...* (*op.cit.* note 644), p.64.

<sup>993</sup> En ce sens position du secrétariat de la CIG de 2003 transmise au groupe de travail des experts juridiques de la CIG, (CIG 4/1/03 REV 1, 6 octobre 2003, p.127.



dans plusieurs Etats membres. Remis dans une perspective plus générale, il faut relativiser la menace de contrôle *ultra vires* comme risque de déstabilisation de la Fédération. Une telle menace utilisée avec mesure peut en effet aussi permettre des avancées<sup>994</sup>, comme l'illustre le rôle joué par la Cour constitutionnelle allemande dans le développement de droits fondamentaux au niveau européen<sup>995</sup>. La menace doit toutefois rester théorique et à une autolimitation du juge fédéral doit répondre une même autolimitation du juge étatique qui l'avance afin de ne pas déstabiliser la Fédération. La solution est "*un mélange de droit et de politique*"<sup>996</sup>. Comme le résume Joseph Weiler, il s'agit d'une "*guerre froide avec sa garantie paradoxale de coexistence, qui suit la célèbre logique de MAD : Mutual Assured Destruction [Destruction Mutuelle Assurée]*". Comme dans le cas de la guerre froide, l'usage de l'arme ultime est tellement dangereux et imprévisible qu'il n'y a quasiment pas de chance qu'on y ait recourt. En effet, "*le fait, pour [une cour constitutionnelle nationale] ..., de déclarer une norme de la Communauté contraire à la Constitution plutôt que de simplement menacer de le faire, serait un mouvement tellement hasardeux qu'il en devient improbable*"<sup>997</sup>. Andreas Voßkuhle, président de la Cour constitutionnelle allemande depuis 2010, précise dans le même sens qu'il s'agit d'un "*mécanisme de frein d'urgence*" qui, par sa seule existence, permet d'éviter le conflit, ajoutant que c'est ce qui a permis à la Cour de développer ses contrôles *ultra vires* et d'identité sans crainte<sup>998</sup>.

La question du contrôle de l'identité apparaît plus subtile car, comme le souligne Matthias Wendel, là où "*le concept d'acte ultra vires peut être défini d'une manière relativement claire, la notion d'identité reste obscure*"<sup>999</sup>.

Si nous avons pu constater une variation dans la protection juridique de l'identité des Etats, certains lui conférant un statut constitutionnel renforcé, alors que d'autres ne connaissent pas de mécanisme juridictionnel particulier de protection, le respect de cette identité s'impose à la Fédération sous peine de se confronter aux Etats membres concernés. Si nous prenons le cas américain, la crainte qu'il soit porté atteinte à l'esclavage a poussé les Etats du Sud à se retirer de la Fédération américaine et assurer la protection de cette institution dans le texte constitutionnel qu'ils avaient adopté.

*A contrario*, dans le cas européen, il n'y a pas de risque d'atteinte à l'identité relevant du domaine des valeurs car l'homogénéité européenne à cet égard est assurée. Quant à certaines particularités nationales, qui relèvent souvent plutôt d'une appréciation particulière d'une valeur commune, nous avons pu voir que la Cour de justice savait le cas échéant faire preuve d'autolimitation dans l'application du droit de l'Union européenne. La problématique au niveau européen porte sur les compétences essentielles qui doivent rester à un Etat et sur les domaines devant faire l'objet d'un approfondissement de l'intégration européenne, à l'instar de l'union économique et monétaire.

A cet égard, même s'il n'existe pas de conflit juridique avec le Royaume-Uni en la matière, c'est pourtant l'Etat qui pose le plus de problèmes, comme l'illustrent les nombreuses dérogations aux traités déjà évoquées. Ainsi, le risque qu'un conflit dans l'Union européenne ne

---

<sup>994</sup> En ce sens : MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung...*(*op.cit.* note 1515), p.357 ; HILF (M.), Solange II, Wie lange noch Solange, *EuGRZ*, 1987, p.2).

<sup>995</sup> Souligné par : CATA BACKER (L.), The extra-national State...( *op.cit.* note 14), p.214 note 183.

<sup>996</sup> Souligné par : BOOM (S.), The European Union...( *op.cit.* note 6), p.179.

<sup>997</sup> WEILER (J.), The reformation of European constitutionalism, *JCMS*, 1997, p.125 (cité et traduit par JAKAB (A.), La neutralisation... (*op.cit.* note 3), p.22). Andras JAKAB partage ce point de vue : il écrit que "*les deux camps ont leur big gun, mais personne n'ose l'utiliser, puisque les conséquences sont imprévisibles*" (*Ibid.*). Voir aussi dans le même sens : CARTABIA (M.), The Legacy of Sovereignty in Italy, in : WALKER (N.) (éd.) *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p.318 ; PONTTHOREAU (M.-C.), Constitution...( *op.cit.* note 410), p.8.

<sup>998</sup> VOBKUHLE (A.), Multilevel cooperation of the European constitutional courts : der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *European Constitutional Law Review*, 2010, vol. 6, p.196.

<sup>999</sup> WENDEL (M.), La jurisprudence...( *op.cit.* note 8), p.117.

puisse être résolu par la voie juridictionnelle ou par la voie de négociations politiques proviendrait d'une divergence majeure en matière de poursuite de l'intégration. Si un tel conflit devait éclater, l'ultime voie de recours s'offrant à l'Etat membre pour préserver son intégrité serait celle du retrait de l'Union européenne.

Enfin, le droit de retrait au sein d'une Fédération ne peut tout d'abord pas être conçu comme un pouvoir constitutionnel collectif d'amendement car cela ne garantirait pas le pouvoir pour un Etat d'assurer son intégrité. Nous avons ensuite pu constater qu'il ne peut pas non plus être interprété sur la base des règles existant en droit international en la matière puisque ces règles conçues dans la perspective des Etats ou des organisations internationales ne sont pas transposables aux Fédérations. C'est ainsi dans le pacte fédératif lui-même qu'il faut rechercher un tel droit qui ne peut se concevoir que comme un droit soumis à l'accord collectif des Etats membres comme c'est le cas au sein d'un Etat fédéral car l'intégrité de l'Etat ne pourrait alors être sauvegardée. Un droit implicite doit exister pour que l'on puisse parler de Fédération. Ce droit doit pouvoir être exercé en cas de conflit insoluble avec les autres Etats membres et/ou les autorités fédérales, mais également en dehors de tout conflit dans le cas où un Etat ne souhaite plus faire partie de la Fédération. La préservation contre un risque de retrait ne peut venir que d'une stabilisation de la Fédération par la voie du renforcement de l'interdépendance des Etats membres et du développement du sentiment d'appartenance. L'existence d'une clause expresse de retrait comme dans le cas européen n'augmente pas le risque de retrait.

Néanmoins le caractère existentiel du pacte fédératif conduit à encadrer ce retrait dans son exercice. L'Etat souhaitant se retirer doit conclure un accord et négocier loyalement afin d'aboutir à un tel accord, sachant que les autres Etats membres et les autorités fédérales sont également soumis à une obligation de fidélité fédérale lors des négociations pour éviter tout déséquilibre.

L'existence d'une clause expresse de retrait ne remet pas en cause la qualification de pacte fédératif des traités européens. Par contre, nous avons souligné que l'absence d'obligation de conclure un accord précisant les modalités du retrait était critiquable d'un point de vue juridique, mais que d'un point de vue pratique il semblait difficilement imaginable qu'un tel accord ne soit pas conclu.

## Conclusion de la Partie I

**641.** Nous avons proposé une définition renouvelée du concept de pacte fédératif destinée à contribuer à la compréhension des Fédérations classiques des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles et des Fédérations modernes, et susceptible de s'appliquer à l'Union européenne.

Le pacte fédératif est un acte conclu volontairement entre des Etats et conduisant à la fondation d'une Fédération impliquant pour ses membres une limitation de leur autonomie dans l'ensemble de leurs domaines d'action. Il s'agit d'une union politique qui se caractérise par l'attribution d'un statut d'appartenance aux ressortissants des Etats membres, sachant qu'elle peut reposer à l'origine sur un cœur de compétence plutôt économique ou défensif et que la seule contrainte s'imposant aux Etats membres est de ne pas participer à des conflits militaires dans lesquels ils seraient opposés. Enfin, concernant l'autonomie financière, nous avons indiqué qu'il ne s'agissait que d'un critère de stabilisation de la Fédération.

La définition du pacte fédératif proposée se caractérise ensuite par l'équilibre qui doit être assuré entre les autorités fédérales et les Etats membres et qui implique la garantie d'une stabilité de la Fédération d'une part, et une garantie de l'intégrité des Etats membres d'autre part.

**642.** La stabilisation de la Fédération nécessite non seulement d'assurer sa cohérence et l'effectivité de son droit, mais encore le développement d'un sentiment d'appartenance fédéral. La Fédération est d'autant plus fragile que ce processus en est encore à son début. Sur le premier point, l'Union européenne respecte bien cet impératif, mais sur le second un



renforcement reste nécessaire. Cela ne remet néanmoins pas en cause la qualification de Fédération de l'Union européenne car le processus d'institutionnalisation d'une Fédération n'est pas instantané mais s'inscrit dans la durée.

**643.** Si ce processus d'institutionnalisation est nécessaire à la stabilisation de la Fédération, il risque néanmoins de se heurter à l'autre critère essentiel d'un pacte fédératif qu'est le respect de l'intégrité des Etats membres.

Cette exigence inclut de ne pas porter atteinte à l'identité des Etats membres, ni de violer la répartition des compétences telle qu'elle est prévue par le pacte. Les autorités fédérales doivent s'autolimiter dans l'interprétation de leurs compétences et l'application du droit fédéral. Sur ces deux points, nous avons souligné qu'aucun problème réel ne se posait au niveau européen.

Lorsque la prévention d'un conflit avec un Etat ne peut fonctionner ou bien qu'un Etat estime qu'il n'a plus vocation à être membre de la Fédération, le respect de son intégrité implique de le laisser se retirer de la Fédération ; un droit de retrait est donc inclus implicitement dans tout pacte fédératif. Le retrait doit donner lieu à un accord négocié entre l'Etat sortant d'une part et les autres Etats membres d'autre part, afin d'assurer le respect des intérêts des différents Etats membres de la Fédération conformément à la nature d'union politique du pacte fédératif. L'Union européenne prévoit une clause de retrait qui s'avère certes en contradiction avec ce principe mais qui doit être relativisée en raison des risques de mesures de rétorsion qu'encourrait dans la pratique un Etat qui ne se plierait pas à la négociation de ses conditions de sortie.

**644.** Puisque les traités européens forment un pacte fédératif, il nous reste à définir les mécanismes de fonctionnement de l'Union européenne lui assurant une stabilité, ce qui nous conduira à faire d'éventuelles propositions de réformes au regard de la définition du pacte fédératif proposée et des enseignements des modèles fédéraux américain, suisse et allemand.

## Partie II : La traduction de l'équilibre impliqué par le pacte fédératif

**645.** L'équilibre impliqué par le pacte fédératif comporte un volet matériel et un autre institutionnel.

Au plan matériel, il existe une répartition des compétences entre les niveaux fédérale et fédéré qui doit être respectée. Le niveau fédéral ne dispose en effet que des compétences que le pacte fédératif lui attribue, même si dernier ne le précise pas toujours expressément<sup>1</sup>. Si une certaine extension des compétences fédérales et des obligations découlant de l'appartenance fédérale participe d'un côté à la stabilisation de la Fédération en renforçant la cohérence et l'interdépendance des deux niveaux, une action trop offensive du juge ou du législateur fédéral peut aboutir d'un autre côté à des tensions avec les gouvernements ou les juridictions des Etats membres. Le renforcement de l'intégration doit donc correspondre à un équilibre supportable pour les institutions des Etats membres et pour les citoyens. Jusqu'à présent, un tel équilibre a été atteint au plan européen (chapitre I), mais il importe de rechercher d'éventuels risques d'interprétations trop extensives par les institutions européennes de leur capacité d'action et des obligations étatiques imposées par l'appartenance à l'Union européenne, et de mettre dans de tels cas en évidence les mécanismes permettant de lutter contre ce type de dérives.

Au plan institutionnel, la garantie d'une prise de décision au niveau fédéral à la fois efficace et ne provoquant pas de tensions ni avec les institutions des Etats membres, ni avec les citoyens dans la perspective d'Etats membres démocratiques, implique la prise en compte des différents intérêts en présence (chapitre II). L'équilibre entre le poids de ces intérêts au plan institutionnel fédéral va varier en fonction du niveau d'intégration atteint et du contexte concret de la Fédération. Ainsi, quand l'intégration est limitée, que la Fédération dispose de compétences restreintes, comme dans le cas des anciennes Confédérations centrées sur la défense commune, une diète composée de délégués d'Etats suffit. Avec l'extension des compétences, un système institutionnel plus développé est requis. Le dégagement de l'intérêt commun ne peut en effet plus alors se restreindre au plus petit dénominateur commun entre les Etats membres, il est nécessaire d'avoir une institution chargée de représenter la Fédération dans son ensemble. Par ailleurs, avec l'augmentation du niveau d'intégration se pose dans les Fédérations composées d'Etats ayant un régime au moins partiellement démocratique<sup>2</sup>, la question de la légitimité démocratique des institutions fédérales. Si au départ, une diète de délégués d'Etats délégués par les parlements étatiques comme aux Etats-Unis, ou par des gouvernements responsables devant leurs parlements nationaux comme dans le cas européen suffit au regard du principe démocratique, par la suite, une assemblée élue par les citoyens des Etats membres doit être mise en place comme expression de la légitimité démocratique. Une

---

<sup>1</sup> Ainsi aucune mention n'en est faite dans le traité CEE avant le Traité de Maastricht, et on le faisait découler dans le cas suisse de l'art.3 aCS 1874 (art.3 aCS 1848) (Souligné par : DUBEY (B.), *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences*, Paris, LGDJ, 2002, p.49). On en trouve au contraire une expression dans le X<sup>e</sup> Amendement de la Constitution américaine de 1787, et à l'art.5§2 TUE. De même, une mention expresse existe dans la Constitution de 1999 à l'art.42 CS.

<sup>2</sup> Dans le cas allemand, les Constitutions de la Confédération du Nord et du Second Empire établissaient un régime mixte. Si l'Empereur et le Bundesrat composé des monarques des Etats membres relèvent de la légitimité monarchique, le Reichstag traduisait la légitimité démocratique. Si Bismarck a mis en place des verrous pour éviter l'évolution vers un régime parlementaire, il a dû concéder au Reichstag de larges pouvoirs car il ne pouvait pas faire l'impasse sur le mouvement démocratique national qui avait favorisé l'unification allemande.

traduction institutionnelle de cette légitimité démocratique est par ailleurs une condition préalable nécessaire au développement d'un sentiment d'appartenance fédéral.

Si l'étude des Fédérations du XIX<sup>e</sup> siècle est nécessaire pour comprendre la logique globale de fonctionnement de l'Union européenne en tant que Fédération, le caractère étatique des Etats fédéraux modernes américain, allemand et suisse ne les disqualifie pas pour tout titre de comparaison avec l'Union européenne. Bien au contraire, leur étude permet de comprendre certains aspects du fonctionnement de l'Union européenne là où la différence de contexte historique limite la comparaison avec les Fédérations du XIX<sup>e</sup> siècle. Nous évoquerons ainsi notamment peu les systèmes passés dans les développements aCS 1874 concernant le système partisan. De même, pour ce qui concerne la répartition des compétences, la nature étatique n'exclut pas l'intérêt de l'étude de phénomènes qui se rapprochent de ceux constatés au niveau européen, ou encore de mécanismes qui se sont révélés efficaces dans les Etats fédéraux pour garantir la répartition des compétences. Dans le jugement concernant l'Union européenne, nous conserverons toutefois à l'esprit cette nature étatique qui conduit à l'acceptation d'un niveau d'équilibre des intérêts entre les institutions fédérales, ou d'une répartition des compétences distincte de ce qui apparaît acceptable au sein d'une Fédération.

## ***Chapitre I: L'équilibre des compétences***

**646.** Olivier Beaud souligne avec raison que "*la défense de l'autonomie des Etats membres, et donc celle du respect de leurs compétences, est la condition indispensable de survie du système fédéral*", que "*la Fédération ne peut survivre en tant que telle que si l'équilibre dynamique est maintenu entre ses deux parties constitutives*"<sup>3</sup>. Il constate toutefois qu'en pratique "*ce point d'équilibre est rarement atteint, et le curseur se déplace tantôt dans un sens, tantôt dans un autre, manifestant le fait que l'une des finalités [...] l'emporte sur l'autre*". Le succès de l'opposition entre Confédération et Etat fédéral s'expliquerait ainsi en partie selon lui par une alternative simple à résumer : la "*primauté de la fin particulariste*" dans le cas de la Confédération et la primauté "*de la fin commune*" dans le cas de l'Etat fédéral<sup>4</sup>. Alors que la Fédération étant "*inévitavelmente le résultat d'un compromis politique*"<sup>5</sup>, elle est plus difficile à saisir. Néanmoins, dès lors qu'un équilibre global demeure, la répartition des compétences peut être modifiée, et l'exercice des compétences concurrentes peut évoluer en fonction de la nécessité<sup>6</sup> sans que cela remette en cause la qualification de Fédération.

La garantie de l'équilibre présentera des formes différentes selon le centre de gravité des types de compétences fédérales. Selon un premier système, les compétences fédérales sont pour l'essentiel exclusives. Dans ce cas les questions principales qui se posent sont alors d'une part en vertu du principe d'attribution des compétences l'existence d'une base juridique dans le pacte, et d'autre part la participation du niveau fédéré au processus décisionnel fédéral ainsi la coopération entre les deux niveaux ne se pose que dans une moindre mesure. Selon un second système, l'essentiel des compétences fédérales sont dites concurrentes, c'est-à-dire que le niveau fédéré peut les exercer tant que le niveau fédéral n'est pas intervenu. Dans ce cas la coopération

---

<sup>3</sup> BEAUD (O.), De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral, in : GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (É.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p.71.

<sup>4</sup> BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.282.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p.280.

<sup>6</sup> Dans le sens d'une subsidiarité appliquée au stade de la répartition des compétences lors de la révision des traités : CONSTANTINESCO (V.), Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?, in : *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*. Paris, Dalloz, 1991, p.38.



entre les deux niveaux et la participation des entités fédérées à la décision fédérale est primordiale, car c'est essentiellement au niveau de l'exercice des compétences que se joue l'équilibre. Dans les deux systèmes, un contrôle de la base juridique sera nécessaire, mais dans le second il devra être complété par des mécanismes de contrôle de l'exercice par le niveau fédéral de ses compétences. Que la question se pose au stade du choix de la base, ou de l'exercice d'une compétence partagée, les problématiques d'équilibre fédéral sont comparables<sup>7</sup>.

Le juge fédéral est chargé de veiller au respect de la répartition des compétences prévue par le pacte fédératif. S'il soutient le renforcement des éléments assurant l'unité nécessaire au fonctionnement de la Fédération, il doit en même temps être attentif au respect de la sphère de compétence des Etats. A cet égard, Markus Kenntner remarque qu'au début de l'Union américaine, le but était d'atteindre l'unité nationale et que presque toutes les décisions de la Cour avaient pour objet l'encadrement de réglementations étatiques<sup>8</sup>. Considérant à la fois le système américain et l'Union européenne, Koenraad Lenaerts estime également que "*la délimitation verticale du pouvoir par le juge n'a pas toujours été une décision neutre*"<sup>9</sup>. Antonio Estella parle à cet égard d' "*agenda politique de la Cour*" consistant à soutenir le processus d'intégration européen<sup>10</sup>. Comme le souligne Laurence Burgogme-Larsen cette "*jurisprudence constructive*" des débuts de la construction européenne se justifie car "*le but était logiquement d'obtenir un ancrage durable, dans le temps, du processus d'intégration*" d'autant plus important que la prise de décision au Conseil était bloquée<sup>11</sup>. Une telle absence de neutralité ne peut toutefois perdurer car une extension importante des compétences fédérales qui ne seraient pas supportées par les Etats membres et leurs citoyens pourrait conduire à une crise susceptible d'aboutir au retrait d'un ou plusieurs Etats membres de la Fédération, voire à sa disparition<sup>12</sup>.

Si l'Union européenne relève du système coopératif et appelle donc un contrôle particulier au niveau de la régulation de l'exercice des compétences par les institutions européennes (section II), il ne faut pas négliger la question de la répartition des compétences au regard de l'impératif d'équilibre entre cohérence fédérale et autonomie des Etats (section I).

## **Section I : Le difficile équilibre entre cohérence fédérale et autonomie des Etats**

**647.** Un premier facteur important pour assurer un équilibre entre les niveaux fédéral et fédéré est d'effectuer une délimitation la plus claire possible des compétences entre l'Union européenne

<sup>7</sup> BERMANN (G.), *Taking subsidiarity seriously : federalism in the European Community and the United States*, *Columbia Law Review*, vol.94, 2, March 1994, p. 337. L'auteur juge que même si la subsidiarité n'existe pas en tant que tel dans le constitutionnalisme américain, on trouve des questionnements proches sur l'équilibre fédéral.

<sup>8</sup> KENNTNER (M.), *Justitiabler Föderalismus : zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p.234.

<sup>9</sup> LENAERTS (K.), *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, 1988, p.646. Voir aussi : SENAT, Rapport d'information sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (rapporteur : HAENEL (H.)), 26 novembre 2009, p.15. Hubert HAENEL a intitulé une des parties "une protection des compétences insuffisamment assurée" et renvoie à divers exemples d'affaires dans lesquelles il estime que la Cour est allée trop loin dans son interprétation de la compétence de l'UE.

<sup>10</sup> ESTELLA (A.), *The EU principle of subsidiarity and its critique*, Oxford University press, 2002, p.167.

<sup>11</sup> BURGOGME-LARSEN (L.), Les résistances des Etats de droit, in : RIDEAU (J.), *De la communauté de droit à l'union de droit : continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, p.432.

<sup>12</sup> En ce sens : Laurence BURGOGME-LARSEN parle de "*transgression du principe d'attribution des compétences*" pour qualifier le fait que la "*Cour de justice [ait] pris ses aises avec des interprétations jurisprudentielles*", "*virant à la révision judiciaire des traités*" dans un certain nombre de cas (*Ibid.*).

et les Etats membres (§1). Il trouve toutefois une première limite dans la possibilité d'une interprétation extensive des compétences fédérales (§2). Un ensemble de mécanismes peuvent par ailleurs conduire à la réduction de la marge de manœuvre des Etats membres dans le cadre de l'exercice de leurs compétences propres (§3)<sup>13</sup>.

Nous aurons recours à l'étude des Etats-Unis, de l'Allemagne et de la Suisse dans une période plus contemporaine comme étalon de comparaison complémentaire à la perspective historique. Leur évolution de Fédération en Etats fédéraux ne remet en effet pas en cause l'intérêt des illustrations ainsi fournies de différents phénomènes d'extension des compétences fédérales déjà fortement en œuvre au niveau européen ou encore balbutiants<sup>14</sup>.

## ***§1. L'importance d'une délimitation a priori des compétences***

**648.** Les compétences fédérales sont soumises à des régimes juridiques différents selon qu'elles sont exclusives, concurrentes ou qu'elles permettent uniquement une intervention délimitée dans le domaine de compétences propres des Etats membres. La détermination de la catégorie à laquelle une compétence fédérale appartient est donc un élément important de la répartition des compétences (A). Au-delà, la répartition des compétences doit être suffisamment nette pour protéger les compétences des Etats membres et assez souple pour permettre l'action fédérale nécessaire. Cela explique en partie les difficultés pour trouver un moyen de renforcement adéquat de la délimitation des compétences dans l'Union européenne (B).

### **A. La répartition catégorielle des compétences fédérales**

**649.** Les Confédérations américaine de 1876, germanique de 1815, et suisse de 1815 ne connaissaient pas de différenciation entre plusieurs types de compétences, il faut attendre un renforcement de l'intégration fédérale pour que cette distinction émerge (1). Dans le cas européen, la consécration de cette distinction sera plus rapide (2).

#### ***1) L'émergence de la distinction dans les systèmes fédéraux américain, suisse et allemand***

##### **a) Le cas des Etats-Unis**

**650.** Aux Etats-Unis, la Constitution ne distingue pas entre compétences fédérales concurrentes et exclusives, mais la Cour suprême a pourvu à une telle distinction dès son arrêt *Gibbons v. Ogden* de 1824<sup>15</sup>. La Cour, sous la plume du juge Marshall, énonce tout d'abord que "si [...] la souveraineté du Congrès, bien que limitée à des objets précis, est plénière quant à ces objets, le pouvoir de réglementer le commerce avec les nations étrangères, et entre les divers Etats, appartient au Congrès d'une manière aussi absolue que si ce même pouvoir appartenait à un Etat unitaire dont la Constitution contiendrait des limites identiques à celles que l'on peut trouver dans la Constitution des Etats-Unis"<sup>16</sup>. La formulation de ce passage apparaît ambiguë car l'adjectif "plénière" pourrait faire songer à un caractère exclusif pour l'ensemble des compétences du Congrès qu'il vise. C'est dans la suite de l'arrêt que la

<sup>13</sup> On renverra aussi au rôle régulateur de la coopération loyale et de la fidélité fédérale, déjà évoqué, qui peut conduire à limiter ou plutôt encadrer la façon dont les Etats exercent leurs compétences : Partie I chap.I sect.I §3.

<sup>14</sup> Sur la répartition des compétences aux EU et dans l'UE et le rôle du juge fédéral dans son évolution voir aussi : AUBER (E.), *La répartition des compétences. Une comparaison Etats-Unis*, Paris, L'Harmattan, 2009, 160 p.

<sup>15</sup> 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824). En l'espèce un entrepreneur de bateau à vapeur voulait faire respecter son droit exclusif de concession conféré par le droit de l'Etat face à un concurrent, mais celui-ci arguait que ce droit violait une loi fédérale. La Cour reconnaît la contrariété à la loi fédérale en cause.

<sup>16</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p.186.



différenciation est esquissée, sans pour autant que des qualifications expresses soient employées<sup>17</sup>. Le juge Marshall distingue le pouvoir de commerce entre Etats de celui de lever et percevoir des taxes. Il estime que ce dernier "*est un pouvoir qui, de par sa nature propre, est susceptible d'être conféré et exercé par différentes autorités au même moment [...] pour des buts différents*". Ainsi, "*lorsque chaque gouvernement met en œuvre son pouvoir d'imposition, il n'exerce jamais celui de l'autre*" alors que "*si un Etat se mettait à réglementer le commerce avec les étrangères ou entre les divers Etats, [...] il exercerait bel et bien un pouvoir [...] dévolu au Congrès*".

Il était opposé par le défendeur que l'existence d'une interdiction expresse faite aux Etats de prélever des droits de douanes (art.I sect.10) signifiait *a contrario* qu'un pouvoir de réglementation du commerce parallèle existait au-delà de cette limitation<sup>18</sup>. Mais le juge Marshall répond que la compétence concernée par les droits de douane est celle de taxation et non de réglementation du commerce<sup>19</sup>. Il était par ailleurs argué au soutien d'une compétence concurrente du lien entre le pouvoir de prendre des lois d'inspection (sanitaire,...) qu'avaient les Etats, et le pouvoir de réglementer le commerce entre Etats. Le juge Marshall rétorque sur ce point que ces lois ont certes "*une lointaine et importante influence sur le commerce*" mais qu'il ne peut être admis "*que le pouvoir de réglementer le commerce soit la source dont dérive l'autorité pour les prendre*"<sup>20</sup>. Il est enfin possible, à l'appui d'une compétence exclusive en la matière, de citer Madison qui affirmait dans le cadre d'un discours au sein de la Convention de Philadelphie qu'"*il était de plus en plus convaincu que la réglementation du commerce était par nature indivisible et devait relever entièrement d'une seule autorité*"<sup>21</sup>.

Certes Koenraad Lenaerts relève que le juge Marshall n'énonce pas explicitement le caractère exclusif de la compétence du Congrès de réglementer le commerce entre Etats dans l'arrêt *Gibbons*, estimant qu'il "*a en réalité eu recours à la notion des sphères de compétence absolue*" en vertu de laquelle chaque niveau dispose de l'ensemble des pouvoirs dans son domaine de compétence<sup>22</sup>. Et il souligne de même que dans un arrêt ultérieur, *Willson v. The Blackbird Creek Marsh Company* de 1829<sup>23</sup>, "*le juge Marshall a encore évité de donner une réponse directe*"<sup>24</sup>. Mais si le juge Marshall n'emploie pas l'expression elle-même par souci de ne pas heurter les Etats, son explicitation du régime des deux compétences étudiées dans les passages précités rejoint néanmoins les définitions des compétences concurrentes et exclusives.

**651.** La caractéristique principale d'une compétence concurrente est de permettre aux Etats membres de réglementer dans un domaine tant que le niveau fédéral n'est pas intervenu, en vertu de la doctrine dite de la préemption. La portée de l'effet préemptif a donné lieu aux Etats-Unis à des interprétations variées de la part de la Cour suprême<sup>25</sup>. Une lecture stricte, appelée doctrine de "*l'occupation of the field*", a été développée dans l'arrêt *Southern Railway Company v. Railroad Commission of Indiana* de 1915<sup>26</sup>. Selon cette doctrine, les Etats ne peuvent plus, en présence d'une réglementation fédérale, légiférer dans le domaine concerné, quand bien même il

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp.188-189.

<sup>18</sup> Le défendeur indique ainsi que "*les limites de l'existence d'un pouvoir sont une preuve solide de l'existence ce pouvoir*" (*Ibid.*, p.189).

<sup>19</sup> *Ibid.*, p.190.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p.192.

<sup>21</sup> Extrait du discours du 15 septembre 1787 cité par : FARRAND (M.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol.2, New Haven, Yale University Press, 1911, p.625.

<sup>22</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), pp.128-129.

<sup>23</sup> 27 U.S. (2 Pet.) 245 (1829).

<sup>24</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.141. L'auteur cite : SCHMIDHAUSER (J.), *The Supreme Court as final arbiter in federal-state relations, 1789-1957*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1958, p.44.

<sup>25</sup> Pour des précisions sur l'évolution de cette interprétation cf. LENAERTS (K.), *Ibid.*, pp.178-185.

<sup>26</sup> 236 U.S. 439 (1915).



n'y aurait aucune contradiction entre les textes des deux niveaux. La Cour suprême l'a écartée dans l'arrêt *Rice v. Santa Fe Elevator Corporation* de 1947<sup>27</sup> au profit d'une interprétation plus souple. Selon cette dernière, elle détermine les aspects de la compétence couverts par la législation fédérale, puis étudie dans quelle mesure il est possible de considérer que le législateur fédéral avait pour but de légiférer de manière exhaustive. Dans un tel cas elle conclut à l'invalidité de la réglementation étatique. Elle assouplit encore sa jurisprudence dans la décision *California v. Zook* de 1949<sup>28</sup>. La Cour ne conclut pas à l'inconstitutionnalité de la réglementation étatique en cas de constatation de la volonté du législateur fédéral de réglementation exhaustive du domaine considéré, elle vérifie auparavant que si son intention était d'exclure toute réglementation étatique même compatible avec la législation fédérale. Le juge renverse ainsi la charge de la preuve, et, en raison de la difficulté de la preuve de la volonté d'exhaustivité du législateur fédérale, se confère en même temps un très large pouvoir d'appréciation<sup>29</sup>. Koenraad Lenaerts illustre la nature subjective et aléatoire de l'étude menée par le juge par la décision *Florida Lime and Avocado Growers v. Paul* de 1963<sup>30</sup>. En l'espèce les deux niveaux avaient réglementé la même question du degré de maturité des avocats nécessaire à leur vente et la Cour recherche si le législateur fédéral avait voulu simplement poser une exigence minimale ou exclure toute intervention étatique. Elle relève que la règle posée au niveau fédéral avait été prise sous la pression d'un lobby de producteurs de Floride. Considérant ce contexte d'adoption comme insuffisamment démocratique, elle exige alors une interprétation restrictive de la législation fédérale.

## b) Le cas allemand

**652.** Dans le cas allemand, la différenciation a été progressive. Dans le projet de Constitution de 1849, des formulations distinctes permettent de déduire des différences entre deux types de compétences fédérales, exclusives et partagées<sup>31</sup>. Il est à noter que pour un certain nombre de domaines l'expression "*le pouvoir impérial a le droit de légiférer*"<sup>32</sup>, alors que pour d'autres la Constitution indique que "*le pouvoir impérial a la compétence exclusive pour légiférer*"<sup>33</sup>. Dans les constitutions de la Confédération du Nord et de 1871, c'est encore l'étude du libellé des dispositions qui permet d'opérer la distinction entre les deux types de compétences fédérales. Si seules certaines dispositions expriment explicitement le caractère exclusif de certaines compétences impériales<sup>34</sup>, d'autres compétences étaient nécessairement exclusives par nature<sup>35</sup>. Sous le Second Empire allemand se développe peu à peu dans la doctrine l'expression compétence législative "*facultative*" pour qualifier les compétences impériales non exclusives<sup>36</sup>.

Mais c'est seulement avec la Constitution de Weimar que des dispositions délimitent expressément les formes de compétences selon une typologie expresse. Les compétences fédérales exclusives sont énumérées à l'art.6 WV. La Constitution n'emploient certes pas

<sup>27</sup> 331 U.S. 218 (1947).

<sup>28</sup> 336 U.S. 725 (1949).

<sup>29</sup> Voir pour des précisions sur cette affaire : LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.180.

<sup>30</sup> 373 U.S. 132 (1963) citée par : LENAERTS (K.), *Ibid.*, pp.180-181.

<sup>31</sup> En ce sens : NEUMEYER (C.), *Der Weg zur neuen Erforderlichkeitsklausel für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Abs. 2 GG), Renaissance alliierter Verfassungspolitik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p.20.

<sup>32</sup> § 24, 28, 31, 38, 41 et 47 du projet de Constitution de 1849.

<sup>33</sup> § 10, 13, 34, 40, 45 du projet de Constitution de 1849.

<sup>34</sup> Art.35§1 RV (35§1 CCN), art. 52§2 RV (50§2 CCN).

<sup>35</sup> art.4 n°14 RV (4 n°14 CCN) domaine militaire fédéral /de l'Empire ; art.4 n°7 RV (4 n°7 CCN) l'organisation d'une protection commune du commerce allemand à l'étranger. Voir en ce sens : LABAND (P.), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.2, 5. Aufl.*, Tübingen, Mohr, 1911, p.121.

<sup>36</sup> LABAND (P.), *Ibid.*, p.120 et p.122 ; STERN (K.), *der Bundesrepublik Deutschland, Bd.II*, München, Beck, §37 II 3 a.



d'expression particulière pour les compétences concurrentes, se contentant de préciser que les autorités fédérales ont compétence, avant d'énumérer les différents domaines concernés aux articles 7, 8 et 9 WV. Enfin, sont prévues des compétences limitées à l'énonciation de principes (Grundsatzgesetzgebung) aux articles 10 et 11 WV.

La Loi fondamentale reprend cette catégorisation en définissant en son art.71 LF le mécanisme des compétences exclusives, en son art.72 LF le régime des compétences concurrentes, et en son art.75 celui des compétences-cadre. Ce dernier type de compétence qui correspondait aux législations sous forme de principes connues sous Weimar a disparu avec la révision constitutionnelle de 2006.

**653.** L'effet de préemption des compétences concurrentes est particulièrement net dans le cas allemand où il bénéficie d'une explicitation textuelle dès la formalisation de la distinction entre les différents types de compétences. Une première expression se trouve ainsi dans la Constitution Weimar à l'art.12§1 qui énonce que "*tant que et dans la mesure où l'Empire n'a pas fait usage de leur droit de légiférer, les Länder conservent le droit de légiférer*", tout en précisant que "*cela ne vaut pas pour les compétences exclusives*". La Loi fondamentale inclut quant à elle une expression de ce principe à l'art.72§1 LF.

**654.** La révision constitutionnelle de 2006 sur la réforme du fédéralisme a toutefois limité les domaines soumis à la limitation d'exercice posée à l'art.72§2 LF<sup>37</sup> et diversifié les régimes des compétences concurrentes. Dans les domaines qui ne sont pas visés dans cette disposition "l'Etat fédéral et les Länder partent du *principe de la nécessité d'une législation fédérale*"<sup>38</sup>, le principe de préemption ne s'applique donc pas. Pour les compétences concurrentes qui ne sont visées ni au §2 ni au §3, il n'y a donc plus de limitation à leur exercice par le niveau fédéral. Pour les domaines énumérés à l'art.72§3 LF par contre, les Länder ont un pouvoir législatif dérogatoire ("*Abweichungsgesetzgebung*")<sup>39</sup>. Il s'agit de domaines de l'ancien art.75 LF, c'est-à-dire les anciennes compétences-cadre et la possibilité de législation s'écartant du droit fédéral est une compensation de l'extension des compétences fédérales dans ces domaines et de l'absence de soumission à la clause de l'art.72§2 LF<sup>40</sup>. Pour limiter les problèmes de va-et-vient législatif par application du principe de validité de la *lex posterior*, il est prévu que la loi fédérale n'entre en vigueur que six mois après son adoption. Cela permet aux Länder de prendre une réglementation à la place du législateur avant son entrée en vigueur. Le but du système était que le législateur fédéral cherche à obtenir un consensus acceptable par tous les Länder, et que ces derniers ne prennent alors que des lois pour compléter ou déroger aux lois fédérales sur des aspects très ponctuels<sup>41</sup>.

Confier aux Länder un tel pouvoir est une proposition qui remonte au rapport de la commission d'enquête de 1976 dans lequel un projet d'art.72a§1 LF prévoyait qu' "*en dérogation à l'art.72§1, les Länder peuvent dans le domaine des compétences concurrentes remplacer une loi fédérale par une loi du Land si dans un délai de trois mois après sa transmission le Bundestag ne soulève pas d'objection*"<sup>42</sup>. Quelques différences existent toutefois avec la réforme de 2006 : le projet d'art.72a §1 LF concernait tous les domaines législatifs concurrents, et le droit de dérogation qu'elle incluait était soumis à un droit d'opposition du

<sup>37</sup> Sur cette disposition cf. : *infra* sect.II.

<sup>38</sup> BT-Dr 16/813, p.9.

<sup>39</sup> C'est par ce biais une remise en cause de la jurisprudence de la Cour qui estimait que les Länder ne pouvaient modifier uniquement des parties de lois fédérales : cf. *infra* §2 C. 1).

<sup>40</sup> En ce sens : DEGENHART (C.), artikel 72 GG, in : SACHS (M.), *Grundgesetz : Kommentar*, 4. Aufl., München, Beck, 2007, p.1465.

<sup>41</sup> En ce sens : FROMONT (M.), La réforme du fédéralisme allemand de 2006, *RFDC*, n°70, 2007, p.237.

<sup>42</sup> Enquete-Kommission, Beratung und Empfehlungen zur verfassungsreform. Schlussbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, 9.12.1976, Bonn, Deutscher Bundestag, 1977, p.76 (cité par : SCHWANENGEL (W.), Die Malaise des deutschen Bundesstaates, *DÖV*, Juli 2004, n°13, p.557).

Bundestag ce qui limitait fortement son impact.

Un certain nombre d'auteurs étaient favorables à un tel pouvoir de dérogation des Länder limité à certaines compétences législatives<sup>43</sup>. Fritz Scharpf souligne notamment en ce sens qu'au contraire du transfert global de compétence aux Länder, un pouvoir de dérogation permet aux Länder d'agir sans pression de temps, et surtout d'expérimenter, de ne pas avoir à trouver une solution commune, favorisant une solution adaptée aux besoins locaux<sup>44</sup>. A l'opposé d'autres auteurs critiquaient une telle éventualité en ce qu'elle renverse la logique fédérale de suprématie du droit fédéral et comporte un risque d'un patchwork de législations contradictoires<sup>45</sup>.

### c) Le cas suisse

**655.** En Suisse, les constitutions suisses de 1848, 1874 et 1999 ne connaissent pas les expressions compétences exclusives et concurrentes, mais une différenciation entre ces types de compétences est "*sous-jacente à l'ensemble des dispositions attributives de compétences*"<sup>46</sup>. A cet égard, Bertrand Dubey précise que les rédacteurs de la Constitution de 1999 ont tenté d'uniformiser les expressions utilisées pour faciliter la classification des compétences.

La majorité de la doctrine distingue entre compétences exclusives et compétences concurrentes, puis différencie au sein de ces dernières les compétences conférées à titre global et celles limitées à la formulation de principes<sup>47</sup> qui sont comparables aux compétences cadres allemandes.

Au plan jurisprudentiel, Bernard Dubey note que le Tribunal fédéral utilise souvent une formulation négative plutôt qu'une qualification explicite de compétence concurrente<sup>48</sup>. Il souligne toutefois par ailleurs que les expressions qu'il a utilisées pour qualifier les compétences ont varié et que la classification qu'il a proposée entre compétences exclusives et concurrentes est inconstante, ce qui le conduit à conclure à son manque de fiabilité<sup>49</sup>.

**656.** L'absence de différenciation expresse entre les compétences exclusives et concurrentes dans les différentes constitutions explique que l'on ne trouve pas non plus d'expression de l'effet préemptif des compétences concurrentes. Il est par contre précisé dans la jurisprudence<sup>50</sup> et mentionné dans la majorité de la doctrine suisse<sup>51</sup>.

---

<sup>43</sup> SPREEN (H.), *Wachsende Zuständigkeiten von Bund und EU. Sind die Bundesländer noch zu retten ?*, ZRP, 2004, Heft 2, p.48. Voir aussi pour un avis favorable : SCHARPF (F.), *Föderalismusreform. kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt a. M., Campus Verlag, 2009, p.136

<sup>44</sup> SCHARPF (F.), *Ibid.*, p.136.

<sup>45</sup> Voir : HAUG (V.), *Die Föderalismusreform – Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat*, DÖV, März 2004, Heft 5, p.194 ; SCHWANENGEL (W.), *Die Malaise...*(*op.cit.* note 42), p.557.

<sup>46</sup> DUBEY (B.), *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences*, Paris, LGDJ, 2002, pp.150-151.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p.210. Bernard DUBEY relève toutefois que la doctrine ancienne suisse pouvait employer l'expression "compétences exclusives" dans un sens différent englobant également les compétences concurrentes distinguant les deux en fonction de leurs effets : les compétences exclusives ayant un effet préemptif originaire, les compétences concurrentes ne l'ayant qu'une fois exercées (*Ibid.*, p.165).

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.220. Voir par exemple : BGE 119 Ib 222 (10 août 1993) (p.225) : le Tribunal énonce que la Constitution attribue à la Confédération "*une compétence générale, mais pas exclusive*".

<sup>49</sup> Souligné par : DUBEY (B.), *Ibid.*, p.152. L'auteur en donne des exemples : *Ibid.*, pp.152-155. Il tente néanmoins à partir de la jurisprudence de dégager une liste des compétences exclusives (*La répartition...*(*op.cit.* note 46), pp.177-179) puis il se fonde sur la doctrine pour procéder au même exercice (*Ibid.*, pp.179-181) pour enfin proposer une synthèse (*Ibid.*, pp.182-192). Il donne enfin une liste des compétences concurrentes qui ne sont pas limitées aux principes (*Ibid.*, pp.236-247), ainsi qu'une autre des compétences concurrentes limitées aux principes (*Ibid.*, pp.249-253).

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp.215 et s.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.208. L'auteur renvoie à différentes références pour l'illustrer (*Ibid.* note 830).



657. Il est enfin à noter que la Confédération dispose dans certains domaines d'une compétence pour "soutenir", encourager", ou "accorder des subventions"<sup>52</sup>. Il en est ainsi par exemple sur la base de l'art.27<sup>quater</sup> aCS 1874 (art.66 CS) en matière de bourses d'études et d'aides à la formation, ou de l'art.27<sup>sexies</sup> aCS 1874 (art.64 CS) dans le domaine de la recherche scientifique.

## 2) L'émergence de la distinction dans l'Union européenne

658. Dans l'Union européenne, c'est la jurisprudence qui a consacré la distinction entre compétences exclusives (a) et partagées (b). Claude Blumann et Louis Dubouis considèrent cette absence de distinction dans les traités initiaux s'expliquerait par le fait que les rédacteurs du traité CEE ont pensé les compétences communautaires comme réduites et exclusives<sup>53</sup>. Il faut attendre le Traité de Maastricht pour qu'une mention expresse des compétences exclusives soit incluse dans les traités européens. Enfin, le Traité de Lisbonne a posé une classification des différents types de compétences, et précisé un troisième type de compétences jusqu'alors implicite, les compétences d'appui, de coordination et de complément (c), et peuvent être dans une certaine mesure rapprochée des compétences de soutien et d'encouragement suisses<sup>54</sup>.

### a) Les compétences exclusives

659. La Cour de justice a reconnu deux types de compétences exclusives, le premier provient d'une déduction des dispositions des traités et est appelé compétences exclusives par nature, le second est la conséquence de l'exercice complet d'une compétence<sup>55</sup>.

Le premier exemple de qualification de compétences exclusives par nature opéré par la CJUE permet de donner le régime de principe de la compétence exclusive. La Cour reconnaît tout d'abord cette nature à la politique commerciale commune, visée à l'actuel art.207 TFUE (ex. 133 CE ; 113 CEE) dès un arrêt *Indiamex* de 1973<sup>56</sup>. Dans son avis 1/75 de 1975, elle précise que cette qualification "*est [...] incompatible avec la liberté que les Etats membres pourraient se réserver, en invoquant une compétence parallèle, afin de poursuivre la satisfaction distincte de leurs intérêts propres dans les relations extérieures, au risque de compromettre une défense efficace de l'intérêt global de la Communauté*"<sup>57</sup>. Puis elle ajoute dans un arrêt *Donckerwolcke* de 1976 que dans le cadre des compétences exclusives européennes, les Etats ne peuvent agir que s'ils y sont habilités<sup>58</sup>. C'est la différence majeure avec les compétences partagées qui pour écarter la possibilité d'action des Etats dans un domaine précis doivent avoir été exercées de façon exhaustive par les autorités fédérales.

<sup>52</sup> Voir *Ibid.*, p.63, pp.282-283 et pp.289 et s.

<sup>53</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd. 2010, p.411.

<sup>54</sup> Voir pour une telle comparaison : DUBEY (B.), *La répartition...* (*op.cit.* note 46), pp.283 et s.

<sup>55</sup> Elle propose une présentation ramassée de ces deux cas dans son avis 2/91 du 19 mars 1993. *Rec.*1993 p.1061, pt.9 : La Cour estime que "*le caractère exclusif ou non de la compétence de la Communauté ne découle pas seulement des dispositions du traité, mais peut dépendre également de l'étendue des mesures qui ont été prises par les institutions communautaires pour l'application de ces dispositions et qui sont de nature à priver les États membres d'une compétence qu'ils pouvaient exercer auparavant à titre transitoire*".

<sup>56</sup> CJCE, 13 décembre 1973, *Indiamex*, aff. jointes 37 et 38/73, *Rec.*1973 p.1609, pt.24 : "*la réalisation d'une telle politique commerciale commune étant du ressort exclusif de la Communauté, l'égalisation des impositions autres que les droits de douane proprement dits pour tous les Etats membres ou leur suppression suppose une intervention de la Communauté*".

<sup>57</sup> Avis 1/75 du 11 novembre *Rec.*1975 p.1355.

<sup>58</sup> CJCE, 15 décembre 1976 *Donckerwolcke*, aff. 41/76, *Rec.*p.1921, pt.32 : "*des mesures de politique commerciale de caractère national ne sont [...] admissibles, à partir de la fin de la période de transition, qu'en vertu d'une habilitation spécifique de la part de la Communauté*".

La conservation des ressources halieutiques est le second cas de reconnaissance par la Cour de justice d'une compétence exclusive à partir des dispositions des traités. Il va lui permettre de préciser les possibilités d'adaptation du régime des compétences exclusives dans le cas d'une inaction des institutions européennes car les institutions européennes n'ont pas légiféré dans ce domaine dans les premières décennies de la CEE.

Dans un premier temps, la Cour va se prononcer sur la portée des obligations des Etats en la matière pendant la période de transition dans un arrêt *Kramer* de 1976<sup>59</sup>. Elle va tout d'abord effectuer une lecture combinée de différents textes : les dispositions du traité CEE sur la PAC, l'art.102 du traité d'adhésion du RU, du Danemark et de l'Irlande de 1972<sup>60</sup> qui imposait au Conseil de prendre des mesures de protection des ressources de la mer dans un délai de six ans à partir de l'adhésion, et les dispositions d'un règlement qui habilitait le Conseil à prendre des mesures dans le but de cette conservation<sup>61</sup>. Puis elle déduit par le biais du principe de parallélisme des compétences l'existence d'une compétence communautaire externe dans le domaine visé par ce règlement<sup>62</sup>. Le délai de transition n'étant pas écoulé et le Conseil n'ayant adopté aucune disposition en la matière, elle autorise les Etats à "*assumer [...] des engagements relatifs à la conservation des ressources biologiques de la mer*"<sup>63</sup>, tout en encadrant cette action des Etats sur la base du principe de coopération loyale<sup>64</sup>. Si elle ne parle pas encore de compétence exclusive en la matière, cette qualification peut se déduire de l'imposition faite aux Etats d'obligations alors même que les institutions européennes n'étaient pas intervenues dans le domaine et qu'un délai de transition était posé pour l'action du Conseil.

Dans l'arrêt *Commission c/ RU* de 1981 la Cour indique que la compétence de la Communauté en la matière est devenue complète, la fin de la période transitoire étant écoulée, et affirme qu'elle bénéficie désormais de tous les attributs d'une compétence exclusive<sup>65</sup>. La Cour de justice a réaffirmé dans ce contexte que le non exercice d'une compétence n'entraînait pas sa caducité<sup>66</sup>. Puis elle a fait preuve de pragmatisme en proposant une solution qui évitait tout vide juridique et permettait de conserver la complète capacité d'action des institutions européennes<sup>67</sup>. Elle laisse une marge d'action aux Etats tout en renforçant son encadrement par rapport à l'arrêt *Kramer*, afin de l'adapter à la nouvelle situation issue de la fin du délai de transition. Elle indique que les mesures de conservation des Etats en vigueur à l'expiration du délai de transition peuvent être maintenues et que des adaptations peuvent être effectuées pour tenir compte de l'évolution des connaissances sans que cela puisse aller jusqu'à une nouvelle orientation de la politique de conservation, celle-ci ressortant de la compétence des institutions communautaires<sup>68</sup>. Les Etats doivent en outre s'abstenir de prendre des mesures envers lesquelles la Commission aurait émis des objections ou des réserves, et collaborer avec elle par

<sup>59</sup> CJCE, 14 Juillet 1976, *Kramer*, aff. jointes 3, 4 et 6/76, *Rec.*1976 p.1279.

<sup>60</sup> *JOCE*, n° L 73 du 27 mars 1972 : aff. jointes 3, 4 et 6/76, pt.29.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pt.28.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pt.33.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pts.39-40.

<sup>64</sup> Elle leur interdit de prendre "*des engagements susceptibles de gêner la Communauté dans l'exercice de la mission*" (*Ibid.*, pt.42). Elle les oblige par ailleurs sur la base de l'art.116 CEE (abrogé depuis) à "*mener une action commune au sein de la commission des pêcheries*" (*Ibid.*, pt.43).

<sup>65</sup> CJCE, 5 mai 1981, *Commission c/ RU*, aff.804/79, *Rec.*1981 p.1045, pt.17 et pt.27.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pt.20. Elle l'avait déjà affirmé dans un arrêt du 14 décembre 1971, *Commission c/France*, aff.7/71, *Rec.*1991 p. 1003.

<sup>67</sup> En ce sens : PESCATORE (P.), La carence du législateur communautaire et le devoir du juge, in : LUKE (G.), RESS (G.) (Hrsg.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln, Heymans Verlag, 1983, p.559 ; GAUTIER (Y.), La compétence communautaire exclusive, in : BLANQUET (M.) (dir), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p.182.

<sup>68</sup> Aff.804/79, pts.21-22.

la remise d'informations précises et rechercher de "*bonne foi*" son approbation<sup>69</sup>.

**660.** Le deuxième type de compétences exclusives reconnu par la Cour est celui de l'exercice complet d'une compétence européenne. La partie de la PAC concernant les organisations communes de marchés (OCM) est souvent citée pour l'illustrer<sup>70</sup>. La Cour a en effet indiqué notamment dans un arrêt *Galli* de 1975 que "*les Etats membres ne peuvent plus intervenir, par des dispositions nationales prises unilatéralement, dans le mécanisme de la formation des prix tel qu'il résulte de l'organisation commune*"<sup>71</sup>. Cependant, et c'est là que l'on voit la différence par rapport au régime des compétences exclusives par nature, elle poursuivait dans cet arrêt que seuls les prix au stade de la production et du commerce de gros étaient concernés, laissant les Etats libres de réglementer les prix aux stades du commerce de détail et de la consommation, sous la réserve de l'absence d'atteinte aux "*objectifs*" et au "*fonctionnement de l'organisation commune de marché*"<sup>72</sup>. Il s'agit en réalité du stade ultime du jeu de la préemption dans le cadre d'une compétence concurrente, le recours à l'expression de compétences exclusives par exercice s'avère ainsi selon nous inutile. A cet égard, si l'on considère le système de la Loi fondamentale, il existe de nombreux domaines qui, bien que ressortant officiellement des compétences partagées, avaient déjà fait avant l'entrée en vigueur de la constitution de 1949 l'objet d'un exercice complet, et pourtant il n'a pas été jugé nécessaire de parler dans ce cas de compétence exclusive par exercice. Par ailleurs, cette expression peut conduire à une confusion quant au régime juridique de la compétence concernée<sup>73</sup>. En effet, les Etats recouvrent leurs compétences dès lors que la réglementation du domaine cesse d'être exhaustive alors que seule une modification des traités ou une habilitation expresse permet aux Etats d'intervenir dans un domaine de compétence exclusive par nature.

**661.** Il est par ailleurs à noter que la Commission avait en 1992 donné une liste de compétences exclusives qui était déduite de deux critères qu'elle proposait dans la même communication<sup>74</sup>. Un premier critère, fonctionnel, concernait "*l'obligation d'agir pour la Communauté qui est considérée comme seule responsable de l'accomplissement de certaines missions*" et un second critère matériel était posé en vertu duquel "*les Etats membres sont dessaisis du droit d'agir unilatéralement*". Mais comme le relève Jean-Paul Jacqué, ce second critère s'il visait indirectement la nécessité d'une habilitation pour permettre aux Etats d'agir, ne tenait pas compte des cas où les Etats ne peuvent pas agir individuellement et pour lesquels "*la référence au dessaisissement n'a aucun sens*", à l'instar du tarif douanier commun<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, pt.31

<sup>70</sup> Les différentes OCM ont été regroupées depuis le règlement n°1234/2007 du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur, *JOUE*, n°L 299 du 16.11.2007, p.1.

<sup>71</sup> CJCE, 23 janvier 1975, *Galli*, aff.31/74, *Rec.1975* p.64, pt.29. Voir aussi : CJCE 18 septembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, aff.48/85, *Rec.1986* p.2549, pt.12 : "*Il est de l'essence d'une organisation commune de marche que, dans les domaines couverts, les Etats membres ne peuvent plus intervenir par des dispositions nationales prises unilatéralement [...]. Leur compétence législative ne saurait être que résiduaire et se limite aux situations non régies par la règle communautaire et aux cas où celle-ci leur reconnaît expressément compétence*".

<sup>72</sup> *Ibid.*, pt.34.

<sup>73</sup> Voir pour un jugement comparable : DUBEY (B.), *La répartition...* (*op.cit.* note 46), p.170 et p.172. Il estime notamment qu' "*il n'est pas acceptable de considérer que l'exercice d'une compétence puisse en conditionner la nature*" et restreint l'utilisation de l'adjectif exclusif pour qualifier les compétences exclusives par nature.

<sup>74</sup> Communication sur la mise en œuvre du principe de subsidiarité du 27 octobre 1992, SEC (92), 1990 final, Bull. CE 10/92 p.122. La liste proposée par la Commission comprenait la suppression des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux; la politique commerciale commune; les règles générales de la concurrence; l'organisation commune des marchés agricoles, la conservation des ressources de pêche et les éléments essentiels de la politique des transports.

<sup>75</sup> JACQUE (J.-P.), La subsidiarité en droit communautaire, in : ONORIO (J.-B. d') (dir.), *La subsidiarité : de la*

## b) Les compétences partagées

**662.** Concernant les "compétences partagées", une première question terminologique se pose. Jean-Paul Jacqué estime ainsi que l'expression "*compétences partagées*"<sup>76</sup> donne l'impression d'une "*compétence simultanée*" des deux niveaux sur une même question ce qui lui fait préférer l'expression allemande de "compétences concurrentes"<sup>77</sup>. Bernard Dubey utilise également l'expression "compétences concurrentes", et a recours à l'expression "compétence partagée" pour désigner des domaines dans lesquels les deux niveaux peuvent agir simultanément<sup>78</sup>. Vlad Constantinesco critique au contraire dans sa thèse la qualification de compétence "concurrente" en ce qu' "*il n'y a jamais concours ou concurrence mais seulement exercice par l'un ou par l'autre des titulaires d'une seule et même compétence*" et proposait les expressions compétences "*successives*" ou "*alternatives*"<sup>79</sup>. Du côté de la doctrine allemande, cette même expression de "*compétences concurrentes*" est considérée par Josef Isensee comme pouvant induire en erreur<sup>80</sup>.

Dans sa thèse Valérie Michel propose des qualificatifs distincts pour préciser les différents aspects de cette catégorie de compétence<sup>81</sup>. Elle différencie tout d'abord les compétences "partagées" caractérisées par une action séparée des deux niveaux, des compétences "conjointes" où les Etats peuvent agir dans les limites d'un cadre posé par l'UE. Elles distinguent ensuite au sein des compétences partagées les compétences "parallèles", qui permettent une action simultanée des deux niveaux car elle vise des champs distincts, et les "compétences concurrentes ou successives" qui visent au contraire des cas où les deux niveaux peuvent potentiellement intervenir, et qui sont régis par le principe de subsidiarité pour permettre l'intervention de l'UE, et par la préemption dans le cas où une action de l'Union européenne est effective. En enfin, elle différencie au sein des compétences "conjointes" celles dans lesquels l'action de l'UE est dominante comme dans le cas du rapprochement des législations nationales de celle dans lesquels l'action de l'UE est limitée, soit qu'elle intervienne par le biais d'une coordination souple (recherche, emploi,...), soit qu'elle puisse avoir une action complémentaire (santé publique, protection des consommateurs,...).

Pour notre part, nous emploierons indifféremment les expressions compétences partagées et concurrentes, sauf précision contraire, dans le reste des développements.

**663.** Concernant l'effet préemptif attaché classiquement aux compétences concurrentes, il est à noter qu'il n'est pas énoncé dans le traité CEE. C'est la jurisprudence qui va dégager ce principe parallèlement à la différenciation entre les compétences exclusives et les compétences concurrentes. Lorsque l'Union européenne a adopté une réglementation dans un domaine de compétence concurrent, les Etats peuvent uniquement légiférer sur les questions qui n'y sont pas

---

*théorie à la pratique*, Téqui, Paris, 1995, p.103.

<sup>76</sup> Expression défendue notamment par TOTH (A.), *Is subsidiarity justiciable?*, *ELRev*, 1994, vol.19, n°3, p.269

<sup>77</sup> Il regrettait d'ailleurs que cette expression n'ait pas été reprise dans le projet de Traité constitutionnel, le Présidium de la Convention sur l'avenir de l'Europe l'ayant jugée "*peu compréhensible par le citoyen*" (JACQUE (J.-P.), art. I-12, catégories de compétences, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article, t.1, parties I et IV : a.Architecture constitutionnelle*, Bruylant, pp.206-207).

<sup>78</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.233 et p.282.

<sup>79</sup> CONSTANTINESCO (V.), *compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974, pp.279-280. Voir aussi en ce sens : BRIBOSIA (H.), *Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres*, *RMUE*, 1992, n°4, p.173.

<sup>80</sup> ISENSEE (J.), *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht : eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2. Aufl., 2001, p.359.

<sup>81</sup> MICHEL (V.), *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, éd. l'Harmattan, 2003, pp.131-192.



incluses, ou, dans les cas où la réglementation européenne est exhaustive, lorsque celle-ci l'habilite explicitement à le faire. Ce dernier cas traduit l'effet limite de la préemption qui rapproche la compétence concernée d'une compétence exclusive. La Cour de justice rappelle par ailleurs régulièrement que les Etats peuvent intervenir dans les domaines des compétences concurrentes en l'absence d'harmonisation dans le domaine, et même dans le cas où une réglementation d'harmonisation existe, elle vérifie si celle-ci recouvre le domaine concerné dans l'espèce et si tel est le cas si elle est exhaustive. Elle opère notamment cette étude comme préalable à l'examen des justifications des entraves aux libertés de circulation avancées par les Etats auxquelles elles sont reprochées<sup>82</sup>. Comme le remarque Michel Fromont, pour les textes législatifs soumis au seul principe de préemption, "la différence avec la compétence exclusive" du niveau fédéral "est en fait mineure"<sup>83</sup>, d'où l'importance d'un encadrement de l'exercice des compétences dans des cas comme l'UE ou l'Allemagne où le domaine des compétences concurrentes est extrêmement large<sup>84</sup>. En l'absence d'encadrement, le niveau fédéré risquerait de connaître un évidement complet de ses domaines d'action au profit du niveau fédéral, et avant d'être arrivé à un tel stade un conflit ne manquerait pas d'éclater entre les autorités étatiques et les autorités fédérales.

### c) Les compétences d'appui, de coordination et de complément

**664.** Enfin, la catégorie des compétences d'appui, de coordination et de complément n'existait pas en tant que telle avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Cependant, les expressions "encourager", "appuyer", "compléter" employées dans le traité CE, permettaient déjà de la mettre en évidence. Ainsi, le Traité de Maastricht avait intégré un nouveau chapitre éducation et formation professionnelle<sup>85</sup> incluant des dispositions conférant des compétences très limitées aux institutions européennes les Etats soucieux de ne pas permettre un trop grand développement de l'action européenne en la matière. Toute harmonisation en la matière est ainsi exclue et seules des actions d'encouragement ou d'appui ainsi que des recommandations sont possibles<sup>86</sup>. Christian Callies souligne toutefois que la formulation des conditions d'action en matière de formation professionnelle est un peu moins stricte que pour l'éducation<sup>87</sup>. Le nouveau titre culture intégré par le Traité de Maastricht inclut également une limitation très importante des possibilités d'intervention de l'UE<sup>88</sup>. On retrouve l'exclusion de toute harmonisation et la restriction à des actions d'encouragement, d'appui ainsi qu'à des recommandations. Il est par ailleurs uniquement prévu que l'UE "*contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres*" et l'adjectif nécessaire précède le recours à l'action d'appui et de complément.

<sup>82</sup> Voir pour des exemples par rapport à la libre circulation des marchandises : CJCE, 13 mars 1984, *Prantl*, aff.16/83, *Rec.*1984 p.1299, pt.25 ; CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.*1977 p.1629, pt.36.

<sup>83</sup> FROMONT (M.), *La réforme...*(*op.cit.* note 41), p.235. Visé dans le cas allemand, mais transposable dans le cas de l'UE avant l'introduction du principe de subsidiarité.

<sup>84</sup> Koenraad LENAERTS écrivait de même en 1990 qu'en raison de la primauté, "*chaque pièce du droit communautaire crée pro tanto un périmètre de compétence exclusive de la Communauté*", ce qui a des conséquences importantes étant donné que "*les traités donnent à la Communauté de larges compétences législatives non exclusives*" (Constitutionalism and the many faces of federalism, *American Journal of Comparative Law*, 1990, p.220).

<sup>85</sup> Auparavant l'art.125 CEE faisait seulement référence à la formation professionnelle comme un des objets du fonds social européen.

<sup>86</sup> art.126 et 127 CEE (150 CE ; 165 et 166 TFUE).

<sup>87</sup> CALLIES (C.), *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1996, p.117. L'adjectif nécessaire n'est employé que dans le cas de l'éducation pour viser l'appui ou le complément d'action des Etats, stade supérieur au simple encouragement à la coopération entre Etats. Par ailleurs, l'UE met en œuvre une politique de formation professionnelle et peut adopter des "*mesures*" alors qu'elle ne fait que contribuer au développement d'une éducation de qualité.

<sup>88</sup> art.128 CEE (151 CE ; 167 TFUE).

## **B. La recherche d'une délimitation plus stricte des compétences**

**665.** La Communauté a été conçue comme un ensemble fonctionnel, il en découle que les compétences communautaires sont définies en fonction d'objectifs à atteindre par la CE<sup>89</sup>. Mais comme le souligne Olivier Beaud, les pactes fédératifs posent au départ généralement des buts à la Fédération plutôt qu'une répartition des compétences<sup>90</sup>, ce que l'on constate avec les Articles de la Confédération aux Etats-Unis, le pacte suisse de 1815, l'Acte fondateur de la Confédération germanique de 1815.

Cependant, avec le renforcement de l'intégration fédérale, une répartition plus précise des compétences est généralement recherchée par les Etats membres soucieux de mieux garantir leurs compétences propres contre les risques d'empiètements fédéraux, phénomène que l'on retrouve dans le contexte européen.

A cet égard, il est intéressant de se pencher sur les réflexions menées et sur les réformes mises en œuvre pour tenter d'améliorer la délimitation des compétences en Allemagne (1) et en Suisse (2), un certain nombre de problèmes rencontrés se retrouvant au plan européen (3).

### ***1) L'apport de l'expérience allemande***

**666.** Dans le projet de Constitution de 1849, il n'y a pas de catalogue des compétences du niveau fédéral mais des compétences éparpillées dans le texte. Il en est de même de la Constitution de 1871. C'est avec la Constitution de Weimar qu'est pour la première fois donnée une liste des compétences par catégorie aux articles 6 et s. La Loi fondamentale parfait encore le système en présentant dans des articles distincts le régime (art.71 et 72) et les listes des différents types de compétences (articles 73, 74, 74a et 75<sup>91</sup>).

Lors des discussions de la Convention d'Herrenchiemsee, certains membres étaient favorables à l'interdiction de la révision du catalogue des compétences concurrentes afin qu'il ne puisse être allongé, par le biais d'une référence dans le futur art.79§3 LF, mais cette proposition a été rejetée car elle était considérée comme incompatible avec la flexibilité nécessaire pour adapter l'action fédérale aux besoins<sup>92</sup>. Par ailleurs, il avait été tenté de réduire les types de compétences à deux, concurrentes et exclusives, mais finalement le type compétences cadres avait été ajouté, alors même que la catégorie équivalente des compétences limitées à l'énoncé de principes existant sous Weimar avait posé des problèmes, notamment d'interprétation<sup>93</sup>, et en dépit des réticences des Alliés qui craignaient un usage trop intensif de ces dernières<sup>94</sup>.

**667.** La Cour constitutionnelle pose des principes stricts à l'utilisation des bases de compétences cadres dans une décision de 1954. Elle précise tout d'abord qu'une réglementation cadre ne peut être de la même intensité qu'une législation relevant du domaine des compétences concurrentes<sup>95</sup>. Elle affirme ensuite que même si leur dénomination a été modifiée, les limitations des pouvoirs du législateur reconnues par la doctrine de la République de Weimar

---

<sup>89</sup> CONSTANTINESCO (V.), MICHEL (V.), *Compétences communautaires*, Répertoire communautaire, Paris, Dalloz, 2002, p.7.

<sup>90</sup> BEAUD (O.) *Théorie...*(*op.cit.* note 4), p.275.

<sup>91</sup> L'art.74a LF donnait une liste complémentaire de compétences concurrentes et l'art.75 LF comprenait le régime et la liste des compétences cadres : ces deux dispositions sont abrogées par la révision constitutionnelle de 2006.

<sup>92</sup> Dok. Nr.13, p.481 (cité par NEUMEYER (C.), *Der Weg...*(*op.cit.* note 31), p.33 note 29).

<sup>93</sup> OETER (S.), *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht : Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, Mohr, 1998, p.122.

<sup>94</sup> NEUMEYER (C.), *Der Weg...*(*op.cit.* note 31), p.55. L'auteur renvoie à : Bericht des B. d. M. Bad Godesberg vom 03.03.1949 über das alliierte Memorandum vom 02.03.1949, BA, Bestand Z 12, Bd. 123, Bl. 196 FF. [p.197].

<sup>95</sup> BverfGE 4, 115 (p.127 ; pt.49).



trouvent toujours à s'appliquer<sup>96</sup>. Le législateur fédéral doit ainsi laisser aux Länder un périmètre de réglementation "*d'un poids substantiel*" leur permettant d'exprimer leur volonté, ne les limitant pas à un simple choix entre plusieurs options<sup>97</sup>. En l'espèce, la Cour affirme que le fonctionnariat est un des "*éléments fondamentaux de l'organisation des Länder*" et constate que la loi cadre fédérale sur la rémunération des fonctionnaires des Länder faisant l'objet du recours ne respecte pas ce cadre et l'invalide<sup>98</sup>. La Cour précise par ailleurs dans une décision de 1977 qu'une réglementation exhaustive avec effet direct n'est admissible que pour un domaine restreint et uniquement quand il existe un intérêt légitime et fort à l'unification réglementaire<sup>99</sup>.

Malgré tout, le législateur fédéral va adopter des réglementations de plus en plus détaillées dans ces domaines<sup>100</sup>. Les Länder se sont alors coordonnés afin d'éviter que les conditions d'intervention fédérales ne soient remplies<sup>101</sup>. Cela a notamment donné lieu à l'institutionnalisation sous la forme d'une "*conférence permanente des ministres du culte des Länder dans la République fédérale d'Allemagne*" pour traiter des questions d'enseignement qui a permis d'écartier la création d'une compétence fédérale qui était réclamée<sup>102</sup>.

Une proposition de suppression de ces compétences cadres avait été faite par la commission d'enquête dans son rapport de 1976, mais elle n'avait pas été suivie<sup>103</sup>. Finalement, avec la révision constitutionnelle de 1994, les conditions du recours à des lois-cadres sont durcies dans le but d'aller contre la pratique qui ne laissait aux Länder souvent qu'une compétence résiduelle<sup>104</sup>. Un §2 est introduit à l'art.75 LF qui précise qu'il ne peut être recouru que de manière exceptionnelle aux lois-cadres pour adopter des règles ayant un effet direct sur les particuliers. En contrepartie, un §3 renforce les pouvoirs fédéraux de contrôle de la transposition des lois-cadres et précise qu'un délai de transposition est fixé dans ces lois<sup>105</sup>.

**668.** Un autre problème posé en Allemagne est l'enchevêtrement des compétences. Hans Nawiasky le critiquait déjà en 1950 en raison des nombreux domaines de compétences concurrentes mais surtout de la catégorie des compétences-cadres qui appellent une coordination entre les deux niveaux et remettent en cause un partage clair des responsabilités<sup>106</sup>. Il critiquait plus globalement le résultat de la répartition des compétences issu des discussions

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, p.128 ; pt.52.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p.129 ; pt.53.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p.136 ; pt.66.

<sup>99</sup> BVerfGE 43, 291 (1<sup>er</sup> sénat 8 février 1977, *numerus clausus II*) (p.343).

<sup>100</sup> Voir en ce sens notamment BT-Drs. 12/6633, p. 9 et BT-Drs. 71019, p.10 ; cette pratique est rappelée également par la Cour constitutionnelle dans BVerfGE 111, 226 (2<sup>e</sup> sénat 27 juillet 2004, *Juniorprofessur*) (pt.90).

<sup>101</sup> Voir sur ce point : KÖTTGEN (A.), *Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung*, *JöR N.F.*, 1954, Bd.3, pp.143 et s. . Voir aussi sur le fédéralisme coopératif horizontal en Allemagne : HÄFELIN (U.), *Der Kooperative Föderalismus in der Schweiz*, ZSR, 1969, vol.II, pp.667-670.

<sup>102</sup> OETER (S.), *Integration...*(*op.cit.* note 93), pp.169-170. Voir aussi en ce sens : HÄFELIN (U.), *Ibid.*, pp.694-695.

<sup>103</sup> *Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform*, 9 décembre 1976, BT-Drs.7/5924.

<sup>104</sup> La commission constitutionnelle commune a intitulé le nouvel art.75§2 LF "*garantie du caractère cadre*" (Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission du 05.11.1993, BT-Drs.12/6000, p.36). Voir sur la question de la clause de besoin/ clause de nécessité et sur l'interprétation jurisprudentielle des modifications apportées en 1994 *infra* section II.

<sup>105</sup> Si le projet de 1976 proposait de mettre fin aux compétences cadres, il prévoyait l'inclusion d'adoptions de directives et c'est par rapport à ces dernières qu'un projet d'art.72§4 LF précisait : "*Si la Fédération exerce ses compétences par l'adoption de directives pour le législateur fédéral, les Länder sont obligés de les mettre en œuvre par une loi du Land dans l'espace du délai raisonnable déterminé par la loi*" (*Schlußbericht...*(*op.cit.* note 103), BT-Drs.7/5924).

<sup>106</sup> NAWIASKY (H.), *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland : systematische Darstellung und kritische Würdigung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1950, p.45.



de préparation de la Loi fondamentale comme n'étant que le résultat du hasard des compromis politiques<sup>107</sup>.

Le gouvernement fédéral estimait quant à lui dans un avis rendu au sujet du projet de révision constitutionnelle de 1994 qu'il devait rester au législateur fédéral "*une marge de manœuvre adaptée pour pouvoir tenir compte des exigences, conceptions et développements nouveaux et successifs*", mais reconnaissait la nécessité d'une délimitation claire des compétences pour permettre à la Cour constitutionnelle de trancher des conflits de compétence en droit, une imprécision dans la répartition des compétences conduisant à l'obliger à rendre des décisions plus politiques<sup>108</sup>. Enfin, l'enchevêtrement politique conduit comme le souligne Fritz Scharpf à ce que "*des décisions importantes ne puissent encore être atteintes que par un « système de négociation forcée », dans lequel aucun acteur ne peut agir seul sans l'accord des autres*"<sup>109</sup>.

Toutefois les problèmes d'enchevêtrement des compétences, de transparence du processus de décision et de perte de pouvoir des Landtag ne préoccupaient pas véritablement les gouvernements des Länder ou l'opinion publique<sup>110</sup> ce qui explique le temps mis pour aboutir à une réforme.

La réforme du fédéralisme de 2006 vise une séparation plus stricte des compétences législatives entre les deux niveaux. Elle supprime notamment à cet effet la catégorie des compétences cadres. Toutefois le but de désenchevêtrement n'est pas atteint puisqu'une bonne partie de ces compétences a été transféré dans le domaine des compétences concurrentes<sup>111</sup>. Le but d'augmentation des compétences propres des Länder présente lui aussi des résultats limités<sup>112</sup>. Enfin, loin de présenter un système simplifié, la réforme de 2006 a pour effet une multiplication des régimes de compétences concurrentes<sup>113</sup>.

## 2) L'apport de l'expérience suisse

**669.** Dans le cas de la Suisse, il n'y a pas de liste de compétences, mais seulement un ensemble de dispositions particulières conférant des compétences à la Confédération<sup>114</sup>. La Constitution de 1999 propose certes désormais dans son titre 3 chapitre 2 un "catalogue des compétences fédérales" réparties en dix sections, mais ce catalogue n'est pas exclusif de l'existence de dispositions attributives de compétences complémentaires dans d'autres parties de la Constitution<sup>115</sup>.

Un premier mécanisme protecteur des compétences des cantons réside dans la prévision dans certaines dispositions constitutionnelles de réserves expresses de compétence protégeant les domaines concernés contre les interprétations extensives des compétences fédérales<sup>116</sup>. On en trouve notamment dans les dispositions posant des compétences fédérales limitées à l'énoncé

<sup>107</sup> *Ibid.*, pp.48 et s. Voir aussi : *Ibid.*, p.75.

<sup>108</sup> Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs.12/7109, 17 mars 1994, p.13.

<sup>109</sup> SCHARPF (F.), *Föderalismusreform...*(*op.cit.* note 43), p.28.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>111</sup> En ce sens notamment : FROMONT (M.), *La réforme...*(*op.cit.* note 41), p.233.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p.231. Voir pour les cas de transfert de compétences jusqu'alors fédérales aux Länder (*Ibid.*, p.233) et pour l'augmentation des compétences fédérales et la répartition au sein des types de compétences fédérales (*Ibid.*, p.232).

<sup>113</sup> Voir *infra* : sect.II.

<sup>114</sup> Jean-François AUBERT indiquait ainsi au sujet de la Constitution de 1874 qu'"il n'existe nulle part, chez nous, de belles listes, comme il est possibles d'en trouver en Allemagne", que "*les articles attributifs de compétences sont dispersés par petits groupes*" (*Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Éd. Ides et calendes, 1967, p.234).

<sup>115</sup> Voir : DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), pp.79-80.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p.56.



de principes<sup>117</sup>.

D'autres dispositions attributives de compétence peuvent ensuite inclure des précisions relatives aux moyens pour atteindre un objectif fédéral : soit par une soumission à la mise en œuvre d'une autre compétence fédérale<sup>118</sup>, soit en restreignant aux seuls cas qui "intéressent la Suisse ou une partie considérable du pays"<sup>119</sup>. Bernard Dubey l'explique notamment par la volonté d'assurer l'adoption par référendum des dispositions lors des révisions constitutionnelles<sup>120</sup>.

**670.** Cela ne signifie pas que le système de répartition des compétences suisse était satisfaisant. Une interpénétration des compétences était en effet constatée depuis la Constitution de 1848 entre les niveaux fédéral et cantonal<sup>121</sup>, interpénétration qui s'était accentuée avec la révision totale de 1874 et les différentes révisions partielles, conduisant à une situation qui était présentée comme la "principale maladie" de la Suisse<sup>122</sup>. Les commentateurs considéraient ainsi que le fédéralisme suisse avait évolué de plus en plus vers un "fédéralisme d'exécution", au détriment d'un "fédéralisme de subsidiarité"<sup>123</sup>.

La réforme constitutionnelle de la péréquation financière et de la répartition des tâches adoptée en 2004 vise à lutter contre cet enchevêtrement. "Mettant en exergue le principe de la subsidiarité", elle vise à "désenchevêtrer autant que possible les tâches, les compétences et les flux financiers entre la Confédération et les cantons" afin "d'accroître aussi bien la marge de manœuvre politique et financière de la Confédération que celle des cantons"<sup>124</sup>. Parmi les tâches communes, une partie a ainsi été transférée à la Confédération ou aux cantons<sup>125</sup>. Pour les tâches qui demeurent communes, le but suivi a été la rationalisation de leur fonctionnement, la Confédération voyant son action limitée à la "direction stratégique concernant la définition des principes généraux, des objectifs et des programmes pluriannuels", et les cantons étant compétents pour "les questions opérationnelles, dans les projets particuliers ou dans la réglementation de détail"<sup>126</sup>.

La réforme de 2004 s'est aussi traduite par une expression plus explicite de l'obligation fédérale de respect de l'autonomie des cantons qui était exprimée à l'art.47 CS<sup>127</sup>. Le nouveau §2 introduit dans cet article précise désormais que la Confédération "laisse aux cantons suffisamment de tâches propres et respecte leur autonomie d'organisation", et qu'elle "leur laisse des sources de financement suffisantes et contribue à ce qu'ils disposent des moyens

<sup>117</sup> Par exemple l'art.75§1 CS énonce que "la Confédération fixe les principes applicables à l'aménagement du territoire", mais poursuit que "celui-ci incombe aux cantons".

<sup>118</sup> Par ex. en matière d'énergie : art.24§1<sup>octies</sup> aCS 1874 (art.89§1 CS) : "Dans les limites de leurs compétences, la Confédération et les cantons s'emploient à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et compatible avec les exigences de la protection de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie".

<sup>119</sup> Par ex. pour les travaux publics : art.23§1 aCS 1874 (art.81 CS).

<sup>120</sup> DUBEY (B.), *La répartition...* (op.cit. note 46), p.66.

<sup>121</sup> HÄFELIN (U.), *Der Kooperative...* (op.cit. note 101), p.701.

<sup>122</sup> SALADIN (P.), *Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat*, ZSR, 1984, vol.II, p.522.

<sup>123</sup> Souligné par exemple par : MOTTU (E.), *Réforme de la péréquation financière et principe de subsidiarité*, *Swiss Political Science Review*, 1997, vol.3 n°3, p.6.

<sup>124</sup> DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons*, Berne, Département fédéral des finances, <http://www.nfa.ch/septembre2007>, p.6.

[http://www.efv.admin.ch/f/downloads/finanzpolitik\\_grundlagen/finanzausgleich/revisionp\\_grundlagen/NFA-Brochure\\_f.pdf](http://www.efv.admin.ch/f/downloads/finanzpolitik_grundlagen/finanzausgleich/revisionp_grundlagen/NFA-Brochure_f.pdf).

<sup>125</sup> Pour la nouvelle répartition précise, cf. *Ibid.*, pp.19-22.

<sup>126</sup> MOTTU (E.), *Réforme...* (op.cit. note 123), p.11.

<sup>127</sup> Souligné par : AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit constitutionnel suisse, vol.1*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, Staempfli, 2006, p.366.



*financiers nécessaires pour accomplir leurs tâches*". Enfin, le nouvel art.5a CS énonce expressément que *"l'attribution [...] des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité"* et le nouvel art.43a CS est notamment compris comme *"une ligne directrice pour l'attribution des compétences au niveau constitutionnel"*<sup>128</sup>. Ce dernier s'intitule *"principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques"* et énonce notamment dans son §1 que *"la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération"*.

**671.** Plusieurs éléments spécifiques au système suisse limitent toutefois la comparaison avec le contexte européen. L'extension importante des compétences fédérales résultant de la révision constitutionnelle de 1874 a tout d'abord été compensée par l'introduction de nouveaux droits populaires directs dont le référendum législatif facultatif<sup>129</sup>. Le législateur fédéral voit donc son action encadrée par la possibilité de faire annuler une loi qui empièterait sur les compétences des cantons, ce qui le conduit à s'autolimiter.

La protection des compétences cantonales par le Tribunal fédéral ne peut ensuite que rester limitée en l'absence de compétence pour déclarer une loi fédérale ou un traité fédéral inconstitutionnel<sup>130</sup>, l'art.113§3 aCS 1874, repris à l'art.190 CS imposant, comme nous l'avons vu, au Tribunal fédéral d'appliquer les lois fédérales et les traités conclus par la Confédération<sup>131</sup>. Le Conseil fédéral explique que cette obligation est *"issue, historiquement, d'un temps où les compétences de la Confédération étaient extrêmement restreintes et la liberté des citoyens menacée avant tout par les cantons, alors plus puissants"*<sup>132</sup>. Mais elle souligne qu'elle a pour effet que *"la Confédération et les cantons ne sont pas à armes égales"*, *"la Confédération p[ouvant] [...] citer les cantons devant le Tribunal fédéral lorsque leur législation viole le droit fédéral"* alors que *"les cantons ne peuvent pas se plaindre auprès du Tribunal fédéral d'une inobservation par la Confédération des règles constitutionnelles de répartition des compétences"*<sup>133</sup>. Dans la pratique, le juge fédéral a toutefois fait un usage mesuré de la possibilité d'interpréter les bases juridiques de compétences fédérales, ce qui relativise la portée de ce déséquilibre procédural. Bernard Dubey note certes qu'il a eu recours à des *"interprétations téléologiques extensives des compétences fédérales"* pendant les décennies qui ont suivi l'adoption de la Constitution de 1874 afin *"d'asseoir l'autorité et de favoriser l'efficacité de la Confédération"*<sup>134</sup>. Mais il poursuit que *"si la pratique suisse a fait appel, lorsqu'elle l'estimait nécessaire, à l'interprétation extensive des dispositions attributives de compétences"*, elle n'en a jamais abusé, *"suggérant plutôt de recourir à une révision formelle de la Constitution lorsqu'une nouvelle compétence fédérale s'avérait nécessaire"*<sup>135</sup>.

Olivier Beaud note enfin que la doctrine suisse a également veillé à éviter une interprétation extensive comme aux Etats-Unis de la clause de prospérité commune de l'art.2

<sup>128</sup> *Ibid.*, p.365.

<sup>129</sup> En ce sens : SCHINDLER (D.), *Schweizerischer Föderalismus - europäischer Föderalismus*, in : HALLER (W.), KÖLZ (A.), MÜLLER (G.), THÜRER (D.) (Hrsg), *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zürich, Schulthess, 1989, p.54 et p.57.

<sup>130</sup> Cette critique est ancienne : cf. BLUMER (J.), MOREL (J.), *Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes*, ed. C. Baader, 3<sup>e</sup> ed., 1891, p.211 ; FLEINER (F.), GIACOMETTI (Z.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Polygraph. Verlag, Zurich, 1949, p.873. Ces derniers décrivent la protection des cantons pour cette raison comme précaire.

<sup>131</sup> Cf. *supra* : partie I chap.I sect.I §2 A 2) b).

<sup>132</sup> Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle constitution fédéral, *FF* 1997 I p.513.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p.517.

<sup>134</sup> Il en donne quelques exemples : DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), pp.430-432. Aussi en ce sens : AUBERT (J.-F.), *Traité...*(*op.cit.* note 114), p.328 ; HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5. Aufl., Zürich, Schulthess, 2001, p.303.

<sup>135</sup> DUBEY (B.), *Ibid.*, p.433.

aCS 1848<sup>136</sup>.

### 3) Le renforcement de la délimitation dans l'Union européenne

**672.** Le souci de lisibilité pour le citoyen européen, l'objectif d'une meilleure délimitation du périmètre d'action de l'Union européenne, et la volonté de faciliter le contrôle démocratique par les parlements nationaux du respect par les institutions européennes de ses limites de compétences<sup>137</sup> expliquent la recherche d'une présentation des compétences par catégorie sous forme de listes<sup>138</sup> (a).

Plusieurs propositions de dispositions visant à protéger les domaines de compétences propres des Etats ont par ailleurs été faites, dont une partie a été introduite lors des différentes révisions des traités (b).

#### a) La mise en place de listes par type de compétences

**673.** La déclaration de Laeken soulignait le besoin d'une répartition, ainsi que d'une meilleure définition des compétences de l'Union européenne. Reprenant les apports du projet de Traité constitutionnel, le Traité de Lisbonne cherche à y répondre en introduisant une distinction formelle entre plusieurs types de compétences ainsi que des listes pour chacune de ces catégories comme c'est le cas dans la Loi fondamentale. L'art.2 TFUE énonce les différentes catégories de compétences de l'UE et précise leur régime. L'art.4§1 TFUE pose par ailleurs la qualification de compétence partagée comme qualification subsidiaire pour toute compétence ne relevant pas des articles 3 et 6 TFUE. Suivent ensuite la liste des domaines par catégorie de compétence.

**674.** La simplification apportée est à relativiser pour plusieurs raisons. Les types de compétences et donc les différents régimes sont tout d'abord nombreux. Il est en outre toujours nécessaire de lire les autres dispositions des traités pour déterminer le périmètre concret de la compétence<sup>139</sup>. Enfin l'ambiguïté caractérise les listes de compétences. Le rattachement des domaines à un type de compétence a en effet été marqué par une "*démarche, hautement politique*", comme le souligne Valérie Michel qui relève notamment la différence entre les propositions du rapport du groupe de travail V de la Convention et la liste définitive des compétences d'appui<sup>140</sup>. L'absence de rattachement de la coordination des politiques économiques et de l'emploi permettrait ainsi d'entretenir un flou propice à satisfaire les soutiens d'une intégration plus poussée en la matière qui peuvent déduire de l'art.4§1 TFUE sa nature de compétence partagée, tout comme ses opposants, la référence à l'expression "coordination" faisant écho aux mécanismes des compétences d'appui<sup>141</sup>. Bien que relevant expressément des compétences partagées, des domaines comme la "*recherche, le développement technologique, et l'espace*" et "*la coopération au développement et l'aide humanitaire*" visés aux §3 et §4 de l'art.4 TFUE se rapprochent des actions d'appui, de coordination ou de complément de l'art.6 TFUE<sup>142</sup>. Les §3 et §4 précisent ainsi que "*l'exercice de cette compétence ne peut avoir pour*

<sup>136</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 4), p.317.

<sup>137</sup> CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), La question des compétences communautaires : Vues d'Allemagne et de France, *Notre Europe*, Paris, juillet 2002, p. 4. Voir également : JACQUE (J.-P.), article I-12 (*op.cit.* note 77), p.194.

<sup>138</sup> En ce sens notamment : JACQUE (J.-P.), *Ibid.*, p.201.

<sup>139</sup> Pour Jean-Paul JACQUE, "*c'était le prix à payer pour ne pas procéder à une mise à plat complète des traités*" (*Ibid.*, p.203).

<sup>140</sup> MICHEL (V.), Article I-17, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 77), p.256. L'auteur renvoie à : CONV 375/1/02, p.8.

<sup>141</sup> En ce sens : MICHEL (V.), *Ibid.*, p.257.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p.258.



*effet d'empêcher "les Etats membres d'exercer la leur"*, soulignant l'absence de soumission au principe de préemption, et que l'action de l'UE se restreint pour l'essentiel à la mise en œuvre de programmes et d'actions de soutien<sup>143</sup>. Un tel rattachement ne serait ainsi qu'une volonté d'afficher une action européenne plus importante qu'elle ne l'est pour satisfaire les défenseurs d'une intégration plus poussée dans ces domaines<sup>144</sup>. La protection du consommateur fait également partie de ces domaines de compétence marqués par l'ambiguïté. Elle est rattachée au domaine des compétences partagées, mais l'art.169§2 b) TFUE vise l'adoption de mesures afin d'appuyer et compléter l'action des Etats. Dans le même temps, elle n'exclut pas l'harmonisation.

Par ailleurs si un catalogue de compétences permet une meilleure lisibilité pour le citoyen européen, sa participation à une meilleure garantie de l'équilibre des compétences apparaît plus discutable. Les institutions européennes ont toujours dû se fonder sur une base juridique pour pouvoir agir, et les dispositions des traités précisaient déjà bien plus le périmètre des compétences que ne le peuvent une simple énumération sous forme de listes<sup>145</sup>.

Enfin, cette révision du traité de Lisbonne ne procède pas comme il serait nécessaire de le faire à une adaptation de la répartition des compétences fondée sur la subsidiarité, elle est, tout comme les révisions précédentes, fondée sur "*d[es] compromis empiriques passés entre les gouvernements*", méthode que critiquait Jean-Louis Bourlanges dans un rapport de 2002 comme conduisant au "*sentiment d'inadaptation, voire d'absurdité, produit par une intervention excessive de l'Union dans des domaines qui ne devraient pas être les siens*"<sup>146</sup>.

## **b) Les tentatives de protection complémentaire des compétences propres des Etats**

**675.** La protection de certains intérêts essentiels des Etats était déjà assurée par des réserves de compétences posées dans différentes dispositions (art.296§1 b) CE (346§1 b) TFUE<sup>147</sup>), art.64§1 CE (72 TFUE<sup>148</sup>). Le Traité de Lisbonne en ajoute<sup>149</sup>.

L'art.2§5 al.2 TFUE pose par ailleurs une interdiction d'harmonisation dans les domaines relevant des compétences d'appui, et les dispositions propres à chaque domaine dans le traité reprennent l'affirmation de cette interdiction qu'elles énonçaient déjà avant le Traité de Lisbonne. Enfin, l'art.6§1 al.2 TUE précise que "*les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités*". Un autre moyen que l'exclusion complète de l'action normative européenne expresse est de donner aux Etats le droit de prendre des réglementations plus protectrices dans le domaine.

Toujours dans le but de rassurer les Etats, un durcissement de la formulation du principe d'énumération des compétences a été opéré par le Traité de Lisbonne. Selon l'art.5§2 TUE "*l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent*", là où l'art.5§1 CE

<sup>143</sup> MASTROIANNI (R.), Article I-14, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 77), pp. 233-234. L'auteur les qualifie pour cette raison de compétences concurrentes "*spéciales*".

<sup>144</sup> En ce sens : JACQUE (J.-P.), article I-12 (*op.cit.* note 77), p.208 .

<sup>145</sup> MAYER (F. ), Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, *ZaöRV*, 2001, n°61, p.583.

<sup>146</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur la typologie des actes et la hiérarchie des normes dans l'Union européenne, rapporteur Jean-Louis BOURLANGES, (2002/2140(INI)), 3 décembre 2002, pp.18-19.

<sup>147</sup> art.346§1 b TFUE : "*tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre*".

<sup>148</sup> Art.72 TFUE : le Titre V concernant l'espace de liberté, de sécurité, et de justice "*ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure*".

<sup>149</sup> Voir par exemple l'art.194§2 al.2 TFUE : Les mesures prises sur la base de cette disposition "*n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique*".



précisait que "la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité". La volonté est ici de freiner la jurisprudence extensive de la Cour de justice par une obligation de référence cumulative aux compétences et aux objectifs de l'Union européenne là où l'art.5 CE semblait les présenter comme alternatifs.

En dépit de la redondance par rapport à la première phrase, la seconde phrase de l'art.5§1 TUE dispose par ailleurs que "toute compétence non attribuée à l'Union dans la Constitution appartient aux Etats membres", et l'art.4§1 TUE reprend ce même énoncé. On retrouve le même type de lapalissade visant à satisfaire formellement le souci des Etats de limiter l'action de l'Union européenne dans le protocole n°25 annexé au Traité de Lisbonne. Ce dernier précise que dans le cas des "compétences partagées, lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine".

Par ailleurs, s'il pose l'impératif de cohérence entre les actions de l'Union européenne, l'art.7 TFUE rappelle aussi le principe d'attribution des compétences. Il souligne en effet que la cohérence ne peut être utilisée comme moyen pour empiéter sur les compétences des Etats membres.

Enfin, il est à noter que le §4 de la déclaration n°18 qui concerne la répartition des compétences précise que "les représentants des gouvernements des États membres, réunis en Conférence intergouvernementale, [...] peuvent décider de modifier les traités sur lesquels l'Union est fondée, y compris en vue d'accroître ou de réduire les compétences attribuées à l'Union dans lesdits traités". Cette disposition a été notamment interprétée comme une remise en cause du caractère contraignant de l'acquis communautaire vis-à-vis des auteurs des traités<sup>150</sup>, et peut être vue comme un moyen de faciliter le transfert par certains Etats de compétences à l'UE.

**676.** Un certain nombre d'autres propositions faites pour améliorer l'encadrement des compétences de l'UE ont été écartées.

Afin de lutter contre les larges fondements de compétence sur la base des articles 94 et 95 C, il avait été suggéré de remplacer ces dispositions par plusieurs bases de compétences plus précises, ou au moins d'en modifier l'énoncé<sup>151</sup>. Une autre proposition visait un encadrement de la portée de la notion d'aide d'Etat, laissant aux Etats la liberté de déterminer les services d'intérêt économique général sous la simple réserve d'un contrôle de l'erreur manifeste<sup>152</sup>.

La Commission avait également proposé d'établir une liste des "principaux domaines de compétences réservés aux Etats membres plutôt que de s'en tenir à l'affirmation selon laquelle la règle est la compétence nationale"<sup>153</sup>. A son encontre il était avancé qu'une telle liste était inutile puisque les Etats ont une compétence de principe<sup>154</sup>, ou *a contrario* qu'elle risquait de conduire à une rigidité, à par exemple écarter l'adoption de réglementations européennes

<sup>150</sup> En ce sens : JACQUE (J.-P.), article I-12 (*op.cit.* note 77), p.206 : la "possibilité de retour en arrière vient démentir la position des auteurs qui voyaient dans le respect de l'acquis un principe constitutionnel contraignant". Sur la position classique sur l'acquis voir : SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd, PUF, 2001, pp.108-111.

<sup>151</sup> Proposition du groupe d'études chrétien-démocrate du 26 Novembre 2001 (citée par : CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *La question...*(*op.cit.* note 137), p.9). Voir dans le même sens : CALLIES (C.), *Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa : Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung. Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz-Urteils des BverfG*, *EuGRZ*, 2003, Heft 7-10, p.182.

<sup>152</sup> En ce sens une autre proposition du groupe d'études chrétien-démocrate du 26 novembre 2001 et la réunion du Bundesrat allemand du 14 décembre 2001 citées par CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *Ibid.*, p.9.

<sup>153</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Le principe de subsidiarité – Communication au Conseil et au Parlement européen*, *RTDE*, 1992, vol.28 n°4, p.734.

<sup>154</sup> En ce sens par exemple : EHLERMANN (C.-D.), *Quelques réflexions sur la communication relative au principe de subsidiarité*, *RMUE*, 1992, n°4, p.216.



d'harmonisation pour le bon fonctionnement du marché intérieur en raison de leur impact dans ces domaines<sup>155</sup>.

677. Les propositions visant à préciser la répartition des compétences sont nombreuses, mais même si elles étaient toutes mises en œuvre, cela ne suffirait pas à garantir que l'équilibre entre les niveaux fédéral et fédéré soit réellement respecté. En effet, comme le résumait Ingolf Pernice et Vlad Constantinesco, "*il y a [...] une certaine naïveté à penser que l'on pourrait exprimer avec clarté et précision ce qui en définitive résultera d'un arbitrage politique concernant le point d'équilibre actuel entre le centre et la périphérie*"<sup>156</sup>. Une interprétation extensive des bases juridique se trouvant dans les traités reste toujours possible.

## **§2. Une interprétation large des compétences fédérales**

678. Dans un rapport de 2009, Hubert Haenel donne des exemples d'affaires ayant présenté selon lui des interprétations extensives empiétant sur les compétences des Etats membres<sup>157</sup>. Ainsi, il relève que par son arrêt dit "*poissons sous taille*" de 2005<sup>158</sup>, la cour de justice a condamné la France à une amende forfaitaire ainsi qu'à une astreinte alors que l'art.228 CE posait le caractère alternatif et non cumulatif de ces dispositifs<sup>159</sup>.

Nous nous focaliserons dans la suite des développements sur deux cas d'extension. Le premier repose sur les compétences implicites et subsidiaires. Après une période de forte utilisation, il est fait un usage plus mesuré de ce type de fondement (A). Le second concerne les bases juridiques visant à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur (B). Il continue de jouer un rôle important, mais le contrôle de la Cour de justice s'est intensifié. Nous comparerons dans les deux cas avec le système américain qui connaît des possibilités d'extension des compétences fédérales par le biais de la "*necessary and propre clause*" et de la clause de commerce entre Etats, possibilités d'extension vis-à-vis desquelles la "*clause de sûreté*" que constitue le 10<sup>e</sup> amendement a joué un rôle variable selon les périodes<sup>160</sup>.

### **A. Le recours aux pouvoirs implicites et subsidiaires**

679. Pour comprendre le mécanisme des pouvoirs implicites, il faut revenir sur sa consécration aux Etats-Unis où il a bénéficié jusqu'à aujourd'hui d'une large application, là où en Allemagne son utilisation est restée assez modeste, la Suisse se situant dans une position intermédiaire (1). Koenraad Lenaerts estimait en 1988 que l'application de la doctrine des pouvoirs implicites n'avait pas connu dans l'UE la même portée que dans le cas américain, rapprochant l'usage qui en avait été fait du cas allemand<sup>161</sup>. Il relevait au contraire le recours important à l'art.235 CEE (308 CE; 352 TFUE), disposition dont il soulignait le potentiel d'extension des compétences encore plus grand que la "*necessary and proper clause*" de la Constitution américaine. Nous

<sup>155</sup> En ce sens : CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *La question...* (*op.cit.* note 137), p.13 ; LENAERTS (K.), *La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne ?*, *JTDE*, février 2002, pp.29-43 notamment p.38.

<sup>156</sup> CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *Ibid.*, p.5. Voir aussi en ce sens : SENAT, rapport sur la répartition des compétences dans l'Union européenne, 19 février 2002 (rapporteurs : HAENEL (H.), BLIN (M.), LAGAUCHE (S.), VICON (S.)), p.7. Les rapporteurs estiment toutefois possible d'orienter l'action de l'Union sur des questions qui apparaissent prioritaires dans la rédaction des traités.

<sup>157</sup> SENAT, Rapport Haenel (*op.cit.* note 9), 2009, p.15.

<sup>158</sup> CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.2005* p. I-6263

<sup>159</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>160</sup> En ce sens : GUNLICKS (A.), *Föderative Systeme im Vergleich : die USA und Deutschland*, in : ARNIM (H.-H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp.43-44.

<sup>161</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...* (*op.cit.* note 9), pp.648-649.

verrons toutefois que l'utilisation de cet article a retrouvé un rôle limité et que la portée de la théorie des compétences implicites dans l'Union européenne a été moins restreinte que l'auteur ne l'affirme, même si ses effets ont été également restreints (2).

### *1) Une utilisation inégale selon les systèmes fédéraux*

#### **a) La large utilisation de la "necessary and proper clause"**

**680.** Dans le cas américain, la portée de la "necessary and propre clause", incluse à l'art.I sect.8 cl.18 de la Constitution de 1787, a fait l'objet de vifs débats entre fédéralistes et antifédéralistes. Thomas Jefferson et Alexander Hamilton se sont ainsi notamment opposés sur la question de la validité du fondement sur cette clause de la loi ayant établi la seconde banque fédérale. Le premier proposait une interprétation restrictive de la clause, confinant son utilisation au seul cas où "*l'exercice d'une compétence fédérale expresse*" serait rendue "*tout à fait impossible*". Le second en étendait au contraire l'application au cas où il existe un "*rapport naturel entre l'exercice de la compétence fédérale implicite litigieuse*" et une compétence expressément attribuée<sup>162</sup>. La Cour suprême tranche la question dans le cadre de son arrêt *Mac Culloch v. Maryland* de 1819<sup>163</sup>. En l'espèce, un litige opposait un caissier de la banque fédérale à l'Etat du Maryland. Le caissier invoquait l'inconstitutionnalité de la loi étatique qu'on lui reprochait d'avoir violée en raison de son incompatibilité avec la loi fédérale établissant la seconde banque fédérale, et l'Etat rétorquait que cette loi fédérale était inconstitutionnelle. L'avocat du Maryland arguait de la nature de traité de la Constitution de 1787 pour imposer le recours à une interprétation littéral de la "necessary and proper clause". Il affirmait en suivant cette méthode que le terme "*nécessaire*" qui y était inclus limitait "*le droit de légiférer aux seules lois indispensables à l'exécution des pouvoirs concédés et sans lesquelles le pouvoir conféré serait inopérant*", et qu'il imposait au Congrès de choisir le moyen "*le plus direct et le plus simple*"<sup>164</sup>. Le Juge Marshall rejette l'interprétation restrictive qu'il juge "*néfaste dans ses effets*"<sup>165</sup> et précise que "*la clause a été insérée parmi les pouvoirs du Congrès, et non parmi les limitations à ces pouvoirs*"<sup>166</sup>. Il relève par ailleurs que, contrairement aux Articles de la Confédération, aucune disposition de la Constitution de 1787 ne reprend la référence à l'adverbe "*expressément*" pour restreindre le domaine des compétences attribuées au niveau fédéral<sup>167</sup>. Il énonce enfin que la nature constitutionnelle de l'acte de 1787 impose une interprétation extensive afin de donner au niveau fédéral les moyens d'exercer les compétences qui lui ont été attribuées<sup>168</sup>. Il conclut dans l'espèce que la Constitution énumère des pouvoirs qui suggèrent qu'une banque peut être créée.

Au-delà de la consécration de compétences implicites en matière financière illustrée par l'arrêt *Mac Culloch*<sup>169</sup>, la Cour a déduit de cette clause le pouvoir de prendre des

---

<sup>162</sup> Résumé des positions proposé par : *Ibid.*, pp.119-120. L'auteur rappelle que l'introduction de la "Necessary and proper clause" fait partie des concessions que les antifédéralistes, dont Jefferson fait partie, ont dû accepter pour permettre l'adoption de la Constitution de 1787 (*Ibid.*, p.115).

<sup>163</sup> 17 U.S. 316 (1819).

<sup>164</sup> ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), p.140.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p.142.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.147.

<sup>167</sup> ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), p.135. Il précise que les rédacteurs de la Constitution conscients des effets néfastes que ce terme avaient eu "*l'omirent probablement pour éviter ces embarras*", et ajoute que ce n'est pas l'objet d'une constitution que de prévoir dans les détails les pouvoirs découlant des compétences attribuées comme pour un code législatif (*Ibid.*, pp.135-136).

<sup>168</sup> *Ibid.*, p.136.

<sup>169</sup> Voir pour un autre exemple en la matière la validation sur cette base d'une loi fédérale qui avait autorisé l'émission de papier monnaie dans le but de financer la guerre contre les Etats sécessionnistes du Sud (*Legal Tender Cases (Knox v. Lee)*, 79 U.S. (12 Wall.) 457, (1871) (p.537)).

réglementations dans le but d'assurer le respect des engagements internationaux américains<sup>170</sup>.

On relèvera par ailleurs, son utilisation, alternativement ou en combinaison avec la clause de commerce, dans le but de développer un droit pénal fédéral à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Dès un arrêt *United States v. Fox* de 1877 la Cour énonce ainsi qu'"il n'y a aucun doute quant à la compétence du Congrès de prévoir des sanctions appropriées pour l'exécution de toutes les lois nécessaires ou utiles à l'exécution des pouvoirs qui lui sont confiées"<sup>171</sup>. Nous citerons comme application plus récente l'arrêt *Sabri v. United States* de 2004 qui valide sur cette base une réglementation fédérale imposant des sanctions pénales dans le cas de la corruption de fonctionnaires étatiques et locaux gérant des programmes fédéraux, estimant que le Congrès n'exerce que les pouvoirs permettant d'assurer que les financements fédéraux ne sont pas détournés de leurs buts<sup>172</sup>.

Le Congrès se voit enfin conférer sur ce fondement la compétence pour prendre des mesures permettant d'assurer le libre exercice des droits fondamentaux énoncés dans la Constitution fédérale<sup>173</sup>.

## b) Une utilisation limitée en Allemagne

**681.** Dans le cas allemand, la Cour constitutionnelle utilise avec mesure la théorie des compétences fédérales implicites ce qui s'explique notamment par les larges possibilités d'intervention déjà ouvertes au niveau fédéral par le biais des compétences expresses qui lui ont été conférées. Cette théorie renvoie selon la doctrine à trois cas dans le contexte allemand. Le premier est la compétence fédérale par nature qui est obligatoirement une compétence fédérale exclusive et qui renvoie à des compétences telles que celle de déterminer la capitale fédérale<sup>174</sup>. Un arrêt de la Cour de 1961 en donne un exemple par défaut puisque Karlsruhe y énonce qu'une compétence d'organisation des émissions de radio n'est pas une compétence fédérale par nature du seul fait que ces émissions ont une diffusion transrégionale<sup>175</sup>.

Le second cas concerne les compétences "*en raison du lien matériel*" (kraft Sachzusammenhang) et les compétences annexes<sup>176</sup>. Ces dernières visent à assurer une bonne préparation ainsi qu'une exécution efficace des lois fédérales, là où les compétences "*en raison du lien matériel*" doivent permettre une souplesse relative au périmètre d'action. La Cour indique ainsi qu'il existe une compétence accessoire en matière d'ordre et de sécurité publique dans tous les domaines dans lesquels il existe une compétence fédérale<sup>177</sup>.

Même à l'époque où les Länder ont encore un poids important comme sous le Second Empire, cette théorie n'a pas contribué comme aux États-Unis à une extension notable des compétences fédérales, parce qu'un tel biais n'était pas nécessaire pourrait-on dire, et n'a été

<sup>170</sup> La Cour valide ainsi une loi prise en matière de protection des oiseaux migrateurs estimant qu'elle est nécessaire pour respecter un traité conclu avec la Grande Bretagne en la matière (*Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920)).

<sup>171</sup> *United States v. Fox*, 95 U. S. 670 (1877) (p.672). Voir pour un autre exemple : *United States v. Hall*, 98 U.S. 343, (1879) : La Cour se fonde sur cette clause pour valider une loi fédérale punissant dans le cadre d'une tutelle le détournement par le tuteur de fonds provenant de versements du gouvernement fédéral.

<sup>172</sup> *Sabri v. United States*, 541 U.S. 600 (2004)

<sup>173</sup> Voir pour une illustration : *Ex parte Yarbrough*, 110 U.S. 651 (1884). En l'espèce, un afroaméricain avait été battu par des membres du Ku Klux Klan qui voulaient l'empêcher d'exercer son droit de vote. Or une loi fédérale visait à lutter contre les intimidations exercées contre les citoyens dans le but de les empêcher d'exercer leurs droits fédéraux. Ayant été condamnés devant les juridictions fédérales inférieures sur la base de cette loi, ils invoquent son inconstitutionnalité, mais la Cour valide cette loi sur le fondement de la "Necessary and proper clause".

<sup>174</sup> DEGENHART (C.), *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 20. Aufl. Heidelberg, 2004, p.59

<sup>175</sup> BVerfGE 12, 205 (2<sup>e</sup> sénat 28 février 1961 *Rundfunkentscheidung*) (pp.242-243; pt.130)

<sup>176</sup> DEGENHART (C.), *Staatsrecht I...*(*op.cit.* note 174), p.60.

<sup>177</sup> Voir pour un exemple en matière économique : BVerfGE 8, 143 (2<sup>e</sup> sénat 29 avril 1958 *Beschußgesetz*) (pp.149 et s.; pt.13)

utilisée que conformément à son but initial de flexibilité permettant une adaptation aux oublis ou imprécisions de la Constitution.

### c) La situation intermédiaire suisse

**682.** Dans le contexte suisse, le projet de Constitution de 1833 restreignait les compétences fédérales aux attributions constitutionnelles expresses, alors que la Constitution de 1848 ne le précise plus<sup>178</sup>.

Les compétences implicites renvoient aux compétences nécessaires à l'exercice d'une compétence fédérale expresse, à celles découlant de la nature des choses, ou à celles qui sont dans un lien logique avec l'une d'entre elles, mais elles peuvent également être déduites des buts conférés à la Confédération quand les compétences expresses ne constituent pas des moyens suffisants pour les atteindre<sup>179</sup>. Ainsi par exemple l'art.64 aCS 1874 donnait une compétence à la Confédération dans le domaine du droit civil et laissait aux cantons la compétence en matière d'organisation juridictionnelle et procédurale, mais le Tribunal fédéral a reconnu une compétence implicite fédérale en la matière dans la mesure où cela était nécessaire afin d'"assurer une application uniforme et juste du droit matériel" civil<sup>180</sup>.

Il n'y a pas par contre de clause expresse de compétences fédérales subsidiaires comparable à l'art.352 TFUE, mais Bernard Dubey souligne que d'autres moyens ont été trouvés en Suisse pour pallier les lacunes en matière de base juridique expresse de compétences et ajoute qu'une telle clause pourrait aboutir à des abus alors même que le Tribunal fédéral n'a pas compétence pour écarter une loi fédérale pour contrariété à la Constitution fédérale<sup>181</sup>.

Une variation importante dans le recours aux compétences tacites en Suisse peut être constatée. Il y a eu ainsi un recours assez important au moment où il a fallu pallier aux manques de bases de compétences fédérales alors que des actions fédérales étaient nécessaires, mais une fois des bases spécifiques créées, le recours à ces moyens palliatifs a reculé<sup>182</sup>.

## 2) La normalisation du recours aux compétences implicites et subsidiaires dans l'Union européenne

**683.** Le recours aux compétences subsidiaires a connu dans le contexte européen une même variation qu'en Suisse. Il y a eu un recours important à ce fondement dans les années 1970 et jusqu'au milieu des années 1980 s'expliquant par la restriction des bases juridiques expresses d'action de la CEE, mais avec l'introduction de telles bases juridiques expresses, son utilisation a reculé (b). Par contre la théorie des compétences implicites continue à jouer un rôle important, mais la jurisprudence en a limité les effets (a).

### a) La limitation des effets de la théorie des compétences implicites

**684.** La Cour de justice a affirmé l'applicabilité de la théorie des compétences implicites au niveau européen dès son arrêt *Fédéchar* de 1956 rendu dans le cadre de la CECA. Elle indique dans cette décision que les "*normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile*"<sup>183</sup>. Cette formule se rapproche des cas visés en

<sup>178</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.94.

<sup>179</sup> Cf. *Ibid.*, p.94-95 et p.98 ; AUBERT (J.-F.), *Traité...**op.cit.* note 114), p.238.

<sup>180</sup> Bernard DUBEY donne l'exemple d'un arrêt rendu en matière de divorce concluant à une compétence implicite sur cette base : BGE 107 Ib 160 (29 janvier 1981) (p.164) (DUBEY (B.), *Ibid.*, p.96). Voir pour d'autres exemples : *Ibid.*, pp.96-97.

<sup>181</sup> *Ibid.*, pp.129-130.

<sup>182</sup> Souligné par *Ibid.*, p.131.

<sup>183</sup> Arrêt du 9 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité dite "Fédéchar"*, aff.

Allemagne, et présente la même portée limitée. La Cour a notamment déduit sur cette base la compétence du Conseil d'encadrer la compétence d'exécution déléguée à la Commission<sup>184</sup>, ainsi que l'adoption d'actes non prévus par la nomenclature énoncée à l'art.189 CEE (249 CE ; 288 TFUE)<sup>185</sup>.

**685.** L'absence de compétence générale européenne en matière de relation internationale a par contre conduit la Cour de justice à conférer aux compétences implicites une portée importante en matière internationale dans un arrêt dit "AETR" de 1971<sup>186</sup>. Elle affirme qu'une compétence de la CEE pour prendre des engagements internationaux "résulte non seulement d'une attribution explicite du traité [...] mais peut découler également d'autres dispositions du traité et d'actes pris par les institutions de la Communauté"<sup>187</sup>. Elle explicite les effets de ce mécanisme de parallélisme des compétences internes et internationales en indiquant qu' "en particulier chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les Etats membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les Etats tiers des obligations affectant ces règles ou en altérant la portée"<sup>188</sup>.

La Cour élargit ses effets dans son avis 1/76 de 1977 en énonçant que le principe de parallélisme entre l'existence d'une compétence interne et l'existence d'une compétence externe s'applique dans la mesure de la nécessité de la réalisation d'un des objectifs communautaires<sup>189</sup>, et en précisant que ses effets ne sont pas conditionnés à l'existence de normes internes de droit dérivé dans le domaine<sup>190</sup>. Dans l'espèce, la Cour souligne que la compétence externe de la Communauté avait été exercée en même temps que la compétence interne, et que l'effectivité de l'acte interne adopté appelait une action internationale concomitante<sup>191</sup>. L'émergence de la compétence est doublement implicite. La Cour de justice effectue tout d'abord une lecture systématique des dispositions du traité CEE, notamment au regard des objectifs, pour déduire l'existence d'une compétence interne<sup>192</sup>. Puis elle fait découler une compétence externe du principe de parallélisme des compétences.

Comme le souligne Valérie Michel, c'est "une audace jurisprudentielle susceptible de générer la résistance des États" que d'avoir reconnu une compétence externe exclusive, même

---

8/55, Rec.1955 p. 291 (ici p.304).

<sup>184</sup> CJCE, 17 décembre 1970, Köster, aff. C-25/70, Rec., p.1161 pt.9.

<sup>185</sup> En ce sens : ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union Européenne*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2006, p.54.

<sup>186</sup> CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil* dit "AETR", Aff. 22/70, Rec.1971 p.263.

<sup>187</sup> *Ibid.*, pt.16.

<sup>188</sup> *Ibid.*, pt.17.

<sup>189</sup> "chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard" : CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, Rec.1977 p.741, pt.3.

<sup>190</sup> "Cette conclusion s'impose notamment dans tous les cas où la compétence interne a déjà été utilisée en vue d'adopter des mesures s'inscrivant dans la réalisation des politiques communes. Elle n'est cependant pas limitée à cette éventualité" (*Ibid.*, pt.4).

<sup>191</sup> "Si les mesures communautaires internes ne sont adoptées qu'à l'occasion de la conclusion et de la mise en vigueur de l'accord international, [...] la compétence pour engager la Communauté vis-à-vis des Etats tiers découle néanmoins de manière implicite des dispositions du traité établissant la compétence interne, pour autant que la participation de la Communauté à l'accord international, comme en l'occurrence, est nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté" (*Ibid.*).

<sup>192</sup> La simple existence d'un objectif ne suffit pas sinon cela reviendrait à faire une interprétation plus souple que pour l'émergence d'une compétence interne (Souligné par : MICHEL (V.), *Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique*, Europe, 2006, n°10, pt.5).

si cela "correspondai[t] à cette époque de l'affermissement du droit communautaire"<sup>193</sup>.

La Cour de justice restreint les effets du parallélisme des compétences dans son avis 1/94 de 1994<sup>194</sup>. Si elle exige toujours l'existence d'une compétence interne dans le domaine comme condition nécessaire et suffisante pour consacrer une compétence externe, elle revient par contre sur l'exclusivité d'une compétence externe qui était jusqu'alors déduite du principe de parallélisme des compétences. Elle rappelle la formule de l'arrêt AETR qui conditionnait la déduction d'une compétence externe exclusive à l'exercice préalable d'une compétence interne de la Communauté<sup>195</sup>. Puis, elle fait une interprétation restrictive de l'avis 1/76, affirmant que les conditions de l'espèce avaient justifié la consécration d'une compétence externe exclusive en dépit de l'absence d'exercice préalable de la compétence au niveau interne : l'adoption d'une réglementation interne ne pouvait permettre d'atteindre l'objectif que si un accord international avec la Suisse était conclu en même temps<sup>196</sup>. Ce retour à une exigence d'exercice préalable de la compétence interne pour conclure à une compétence externe exclusive démontre un plus grand respect de la compétence des Etats<sup>197</sup>, même si cette décision a fait l'objet de commentaires critiques<sup>198</sup>. Cette évolution jurisprudentielle a été interprétée comme le signe de la prise en compte de la menace de Karlsruhe d'effectuer un contrôle de dépassement de compétence<sup>199</sup>, mais également du souci de tenir compte du principe de subsidiarité qui avait été introduit par le Traité de Maastricht<sup>200</sup>.

Valérie Michel souligne toutefois l'ambiguïté de la jurisprudence ultérieure concernant les deux stades de qualification en donnant l'exemple de l'avis 1/03 de 2006 qui ne les distingue pas clairement<sup>201</sup>. La situation est loin d'être clarifiée par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne puisque l'art.3§2 TFUE reprend une formule de l'art.I-13§2 TC dont le même auteur estimait qu'elle "instaur[er]ait un lien automatique entre la reconnaissance d'une compétence implicite et l'exclusivité de celle-ci"<sup>202</sup>.

## b) Une diminution du recours aux compétences subsidiaires

**686.** En dehors des compétences implicites consacrées par la jurisprudence, il est à noter que les auteurs du traité instituant la CEE ont, dès l'origine, intégré un art.235 (308 CE ; 352 TFUE) qui permet de compléter l'action de la Communauté dans des domaines qui font partie des objectifs communautaires, mais pour la réalisation desquels les pouvoirs expresses attribués

<sup>193</sup> MICHEL (V.), *Ibid.*, pt.2.

<sup>194</sup> Avis 1/94 du 15 novembre 1994, *Rec.*1994, p.I-5267.

<sup>195</sup> *Ibid.*, pt.77 renvoyant à l'aff.22/70 AETR, pts.17-18.

<sup>196</sup> Avis 1/94, pt.85.

<sup>197</sup> MICHEL (V.), Les compétences...(*op.cit.* note 192), pt.2.

<sup>198</sup> Voir par exemple : GAUTIER (Y.), La compétence ...(*op.cit.* note 67), p.188 ; SIMON (D.), La compétence de la Communauté pour conclure l'accord OMC : l'avis 1/94 de la Cour de justice, *Europe*, 1994, p.1 ; EMILIOU (N.), The death of exclusive competence ?, *ELRev.*, 1996, vol.21 n°4, p.294.

<sup>199</sup> BVerfGE 89, 155 (p.210; pt.157) (souligné par : GAUDIN (H.), Les principes d'interprétation de la CJCE et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, pp.13-16).

<sup>200</sup> GAUDIN (H.), *Ibid.* On peut aussi le considérer comme une réponse à Vlad CONSTANTINESCO qui se demandait avant que la Cour ait rendu cet avis, si elle aurait pu développer une jurisprudence si poussée en matière de parallélisme des compétences si le principe de subsidiarité avait alors existé : (*Subsidiarité...vous avez dit subsidiarité ?*, *RMUE*, 1992, n°4, p.230).

<sup>201</sup> MICHEL (V.), Les compétences...(*op.cit.* note 192), pt.27.

<sup>202</sup> MICHEL (V.), Article I-13, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...op.cit.* note 77), p.214. Art. 3§2 TFUE "L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée".



dans le traité sont insuffisants<sup>203</sup>. Le sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de Paris des 19-21 octobre 1972 fait toutefois dévier la disposition de son but originel en appelant à "*utiliser aussi largement que possible toutes les dispositions du traité, y compris l'article 235*"<sup>204</sup>. L'art.235 CEE (352 TFUE) a tout d'abord permis la création du FEDER en 1975. Il a par ailleurs été comme fondement, seul<sup>205</sup> ou avec l'art.100 CEE (114 TFUE), afin de permettre l'adoption de textes en matière de protection de l'environnement et de protection des consommateurs<sup>206</sup>.

**687.** Le recours à l'art.235 CEE (352 TFUE) n'a jamais donné lieu à une constatation de dépassement de compétence de la part de la CJUE, mais seulement à des arrêts concluant à une base juridique erronée<sup>207</sup>. Cela n'a pas empêché les critiques. Jean-Paul Jacqué estimait ainsi en 1995 que "*l'article 235 [a] été analysé comme un moyen d'étendre les compétences de la Communauté alors que, stricto sensu, il ne devrait s'appliquer que dans les hypothèses où il existe une compétence sans pouvoir correspondant*"<sup>208</sup>. Le large recours à cette disposition est souvent relativisé en soulignant sa soumission à un vote à l'unanimité au Conseil et que cette utilisation extensive était soutenue par les gouvernements des Etats membres<sup>209</sup> rappelée ci-dessus, mais c'est oublier que cette disposition ne soumet pas l'entrée en vigueur de l'acte qu'elle fonde à une ratification par les parlements nationaux, ce qui renvoie à la problématique démocratique<sup>210</sup>. Il est à souligner que le Traité de Lisbonne corrige le déficit démocratique engendré par cette disposition, puisque l'art.352 TFUE prévoit désormais une soumission à l'approbation du Parlement européen.

**688.** L'Acte Unique crée des bases juridiques expresses pour de nombreux domaines dans lesquels on avait jusqu'alors eu recours à l'art.235 CEE (352 TFUE) et la Cour de justice affirme une nouvelle jurisprudence plus restrictive sur le recours à cette disposition. Ce double phénomène va conduire à une diminution de son utilisation, restreinte à l'objectif pour lequel il avait été introduit. Au surplus, la Cour constitutionnelle allemande a clairement mis en garde dans son arrêt Maastricht contre toute interprétation des traités qui entraînerait un dépassement des compétences attribuées par une interprétation trop extensive de l'art.235 CEE (352 TFUE)<sup>211</sup>.

**689.** Le Traité de Lisbonne étend l'objet de cette disposition à l'ensemble des objectifs de l'UE, là où elle était jusqu'alors restreinte à ceux du traité CE, et la référence complémentaire au cadre de "fonctionnement du marché commun" est remplacée par "le cadre des politiques

---

<sup>203</sup> Art.235 CEE : "*si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité, après proposition de la commission et après consultation de l'assemblée, prend les dispositions appropriées*".

<sup>204</sup> Déclaration du sommet de Paris, Bull. CE, 1972, n°10, p.15.

<sup>205</sup> Directive n°79/409 du Conseil du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages, *JOCE*, n° L 103 du 25.04.1979 p.1.

<sup>206</sup> Directive n°76/160 du Conseil du 8 décembre 1975 concernant la qualité des eaux de baignade, *JOCE*, n° L 31/1 du 5.2. 1976, p.1. Directive n°80/778 du Conseil du 15 juillet 1980 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, *JOCE*, n° L 229 du 30.8.1980, p.11.

<sup>207</sup> Sur la problématique du conflit de bases juridiques : cf. chap. II sect.II §1 B 2).

<sup>208</sup> JACQUE (J.-P.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.87. Voir pour un autre exemple en ce sens : LACHMANN (P.), *some Danish reflections on the use of article 235*, *CMLR*, 1981, n°18, pp.447-461.

<sup>209</sup> MICHEL (V.), *Recherches...*(*op.cit.* note 81), p.37.

<sup>210</sup> Voir la nouvelle procédure introduite pour cette raison en Allemagne de soumission de l'accord du gouvernement allemand au Conseil à l'accord du Parlement dans le cas d'un recours à l'art.352 TFUE. Voir sur la question du déficit démocratique dans l'UE : *infra* chap.II sect.II §3 A.

<sup>211</sup> BVerfGE 89, 155 (p.210, pt.157). Dans sa décision Lisbonne, elle a imposé en outre le recours à une habilitation préalable du Parlement pour tout vote du représentant allemand au Conseil dans le cadre de l'art.352 TFUE (BVerfGE 123, 267 (pt.328)).



définies par les traités". Mais la généralisation n'est toutefois pas absolue puisque l'art.352§4 TFUE exclut la poursuite des objectifs de la PESC. Il est enfin à noter qu'il est précisé à l'art.352§3 TFUE qu'il ne peut être utilisé pour fonder un texte d'harmonisation concernant l'un des domaines où une telle harmonisation est écartée par les autres dispositions des traités.

## **B. Une lecture extensive des bases juridiques d'intégration économique**

**690.** Alors que le recours extensif à l'art.352 TFUE est attaché à une période réduite de la construction européenne, le large recours aux bases juridiques d'intégration économique est toujours d'actualité.

A cet égard, il existe une tentation du législateur européen à interpréter largement les bases de compétence visant à favoriser les libertés de circulation économique, soutenue par la Cour de justice même si son contrôle s'est intensifié (1). Ce phénomène est comparable à l'utilisation faite aux Etats-Unis par le Congrès de la clause de commerce entre Etats, Jean-Paul Jacqué voyant notamment dans l'art.100 CEE (95 CE ; 114 TFUE) "*vraisemblablement l'écho assourdi*" de cette dernière<sup>212</sup> (2). Clayland Boyden Gray se plaignait ainsi en 1983 de "*l'acceptation dénué de jugement critique dans de nombreux domaines de l'idée que le gouvernement fédéral est le niveau de gouvernement le mieux placé pour établir des programmes de régulation*"<sup>213</sup>. De même, l'agence intergouvernementale chargée des relations entre les niveaux fédéral, étatique et local nommée (U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR)), disparue depuis, estimait dans un rapport de 1993 que l'action fédérale intensive, et l'absence de protection constitutionnelle suffisante pour les Etats auprès des juridictions fédérales contribuait "*à un déséquilibre sérieux et grandissant dans le système fédéral*"<sup>214</sup>.

Nous écarterons par contre de l'étude ci-dessous les contextes allemands et suisses. Dans le premier cas, il n'y a pas d'utilisation plus particulièrement intense d'une base de compétences soutenant l'intégration économique jusqu'à la Loi fondamentale. Par ailleurs, si l'art.72§2 LF vise bien le motif unité économique du pays comme justification à une intervention législative fédérale, il s'inscrit dans une clause, qui vise à encadrer l'exercice par le législateur fédéral de ses compétences concurrentes, et que dont nous étudierons les effets dans la section II de ce chapitre. Dans le cas suisse, l'art.31<sup>bis</sup>§2 aCS 1874 introduit en 1937 énonce que la Confédération peut édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie et prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions<sup>215</sup>. Bernard Dubey souligne qu'un parallèle peut être fait entre ces dispositions constitutionnelles suisses et les libertés de circulation communautaires, "*notamment quant à leur fonction centralisatrice – ou, en d'autres termes, leur fonction constitutive du marché intérieur*"<sup>216</sup>. Toutefois, le même auteur relève que la Confédération n'a utilisé l'art.31<sup>bis</sup> que de façon très limitée par le législateur fédéral à telle point qu'une étude fédérale dans les années 1990 constatait les

<sup>212</sup> JACQUE (J.-P.), La subsidiarité...(*op.cit.* note 75), p.196.

<sup>213</sup> BOYDEN GRAY (C.), Regulation and federalism, *Yale Journal of Regulation*, 1983, n°1, p.93.

<sup>214</sup> *Federal regulation of state and local governments : the mixed record of the 1980s*, 1993, p.5 : <http://www.library.unt.edu/gpo/acir/Reports/policy/a-126.pdf>.

<sup>215</sup> L'art.95 CS précise quant à lui que la "*Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées*" et qu'elle "*veille à créer un espace économique suisse unique*".

<sup>216</sup> DUBEY (B.), *La répartition*...(*op.cit.* note 46), p.466. Aussi en ce sens : WUNDER (K.), *Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Union*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, pp.43 et s. et pp.213 et s. ; COTTIER (T.), MERKT (B.), La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi fédérale sur le marché intérieur suisse : l'influence du droit européen et du droit international économique, in : ZEN-RUFFINEN (P.), AUER (A.) (Hrsg.), *De la constitution, Mélanges en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp.449-471, notamment pp.456 et s.



entraves aux libertés de circulation à l'intérieur de la Suisse<sup>217</sup>. Quant à la loi fédérale sur le marché intérieur suisse adoptée en 1995<sup>218</sup> suite à ce constat, elle se limite à poser un cadre de règles minimales, par opposition à une harmonisation profonde des réglementations nationales, Bernard Dubey soulignant que "*de l'aveu même des autorités fédérales, l'auto-limitation que s'impose le législateur fédéral dans l'exercice de ses compétences normatives [...] a pour objectif de préserver au maximum le fédéralisme*"<sup>219</sup>.

### **1) La portée de la limitation de l'autonomie des Etats européens**

**691.** L'art.114 TFUE (100 A CEE ; 95 CE)<sup>220</sup>, l'art.115 TFUE (100 CEE ; 94 CE)<sup>221</sup> et les autres bases spécifiques d'harmonisation visant à faciliter l'exercice des libertés de circulation<sup>222</sup> interviennent en complément des interdictions d'atteintes aux libertés de circulation dans le but de faciliter leur exercice. Le problème est de tracer la limite au rattachement à ces fondements juridiques. Avec la directive n°85/374 sur la responsabilité des produits défectueux du 25 juillet 1985, la Communauté est intervenue comme le souligne George Bermann dans un domaine dans lequel elle n'avait pas compétence, la responsabilité civile, grâce au recours à l'art.100 CEE (115 TFUE)<sup>223</sup>. De même, cet article a été utilisé avant l'Acte Unique pour développer des politiques en matière de protection de l'environnement et de protection des consommateurs alternativement ou en combinaison avec l'art.235 CEE (352 TFUE)<sup>224</sup>.

Le contrôle plus ou moins intensif du juge a un impact décisif sur l'autonomie des Etats membres. Or, si la CJUE continue à soutenir le processus de renforcement de l'intégration économique, elle effectue un contrôle plus strict du recours aux bases juridiques d'harmonisation ayant pour objectif un tel renforcement (a). La nature d'une compétence ayant également un effet sur l'autonomie des Etats, la nature des compétences d'harmonisation a été

<sup>217</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), pp.471-472.

<sup>218</sup> Loi fédérale sur le marché intérieur suisse, 6 octobre 1995 : RS 943.02.

<sup>219</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.474.

<sup>220</sup> Art.114 TFUE "1. *Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire [...] arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.* 2. *Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.* (...)". La procédure d'adoption a été modifiée par rapport à l'art.100 A CEE. L'article comprend en outre la possibilité de clauses de sauvegarde ainsi qu'une référence au niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé.

<sup>221</sup> Art.115 TFUE : "[...] *le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen [...], arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur*".

<sup>222</sup> L'art.49 CEE (40 CE ; 46 TFUE) visant les "*mesures nécessaires en vue de réaliser la libre circulation des travailleurs*", l'art. 51 CEE (42 CE ; 48 TFUE) visant "*dans le domaine de la sécurité sociale [...] les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs*" ; art.54 CEE (44 CE ; 50 TFUE) pour faciliter la liberté d'établissement; Art.57 CEE (47 CE ; 53 TFUE) et art.66 CEE (55 CE ; 62 TFUE) directives concernant l'harmonisation des diplômes pour faciliter la liberté d'établissement et la libre prestation de service et plus largement l'accès profession non salariée; art.63 CEE (52 CE ; 59 TFUE).

<sup>223</sup> BERMAN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.357.

<sup>224</sup> Directive n°70/357 du Conseil, du 13 juillet 1970, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les substances ayant des effets antioxygènes et pouvant être employées dans les denrées destinées à l'alimentation humaine, *JOCE*, n° L 157 du 18 juillet 1970, p.31 ; Directive n°70/220 du Conseil, du 20 mars 1970, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux mesures à prendre contre la pollution de l'air par les gaz provenant des moteurs à allumage commandé équipant les véhicules à moteur, *JOCE*, n° L 76 du 06 avril 1970, p.1.

par ailleurs l'objet de débats (b).

### a) Un contrôle jurisprudentiel renforcé

692. L'avocat général Fennelly rappelait dans ses conclusions dans l'affaire "*publicité sur le tabac*" la nécessité d'un contrôle strict de la justification de l'intervention des institutions européennes pour assurer le principe de répartition des compétences soulignant qu' "*il incombe à la Cour [...] de s'acquitter de cette fonction difficile de maintien de la séparation constitutionnelle des pouvoirs respectifs de la Communauté et des États membres, sur la base de critères objectifs*", étant entendu qu' "*un contrôle juridictionnel par trop restreint pourrait permettre aux institutions communautaires de jouir, en pratique, d'un pouvoir général ou illimité*"<sup>225</sup>. Il soulignait certes que la Cour avait eu l'occasion de rejeter l'utilisation comme base juridique de l'art.114 TFUE en affirmant que si certaines dispositions du texte peuvent limiter voire exclure la liberté de circulation, le texte pris dans sa globalité doit contribuer à faciliter son exercice<sup>226</sup>. Ainsi, dans un arrêt dit "*Déchets I*" de 1993 la Cour relève que l'objet de la directive qui lui était soumise ne visait pas la libre circulation des déchets mais autorisait au contraire les Etats à empêcher leur mouvement notamment sur la base du principe de correction à la source, qui consiste en un traitement des déchets au plus près de leur production et en conclut que l'art.100 A CEE ne pouvait lui servir de base juridique<sup>227</sup>. Toutefois, il s'agissait d'un problème de choix de la base juridique, de contournement de procédure et non d'un reproche de dépassement par la CE de ses compétences<sup>228</sup>.

Au contraire, dans l'arrêt *publicité sur le tabac* de 2000 la Cour s'est prononcée sur un tel cas de dépassement de compétence, d'absence de base juridique dans les traités, et elle y propose une interprétation plus stricte que par le passé du recours aux bases d'harmonisation pour le fonctionnement du marché intérieur, et en particulier à l'art.95 CE<sup>229</sup>. La Cour réaffirme que l'exclusion de toute harmonisation dans le domaine de la santé posée à l'art.152§4 CE (168§2 TFUE) n'a pas pour conséquence l'interdiction de réglementations adoptées sur d'autres bases juridiques qui auraient une influence en matière de santé, mais seulement du recours à d'autres bases juridiques ayant pour but de la contourner<sup>230</sup>. Elle pose ensuite le cadre du recours à l'art.95 CE. Elle rejette tout d'abord toute interprétation fondant "*une compétence générale pour réglementer le marché intérieur*" comme "contraire au libellé même" de la disposition, "*mais également incompatible avec le principe*" d'attribution des compétences<sup>231</sup>. Elle affirme ensuite que le "*risque abstrait d'entraves aux libertés de circulation ou de distorsions de concurrence*" déduit de "*la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales*" reviendrait à nier tout contrôle réel du recours à cette base

<sup>225</sup> Conclusions dans l'aff.C-376/98, *publicité du tabac*, pt.4.

<sup>226</sup> *Ibid.*, pts.83.

<sup>227</sup> CJCE, 17 mars 1993, *Commission c/ Conseil*, aff. C-155/91, *Rec.*1993 p. I-939, pts.13 à 15. Voir dans le même sens : CJCE 28 juin 1994, *Parlement c/Conseil* dit "*Déchets II*", aff. C-187/93, *Rec.*p. I-2857, pts 23 et 26.

<sup>228</sup> On verra toutefois que le poids du Conseil dans l'adoption du texte, et la procédure de vote à l'unanimité ou à la majorité en son sein ont indirectement un impact sur le pouvoir des Etats (*infra* chapitre II).

<sup>229</sup> Voir en ce sens : DELFAQUE (L.), PERTEK (J.), STEINFELD (P.), VIGNERON (P.), *Libre circulation des personnes et des capitaux : rapprochement des législations*, 3<sup>e</sup> éd., Éd. de l'Université de Bruxelles, 2006, p.207. Les auteurs notent que "*par cette jurisprudence, la Cour a voulu infléchir l'équilibre existant entre « l'élément libéralisateur » et « l'élément régulateur » contenus dans l'article 95*", et qu'elle affirme une rigueur dans le contrôle du respect du principe de répartition des compétences. Ils le comparent à l'arrêt *Keck* rendu en matière de liberté de circulation des marchandises (CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes. C-267/91 et 268/91, *Rec.*p. I-6097) (cf. *infra* §3 A. 1) b). Voir aussi : GOSALBO BONO (R.) : L'arrêt "*Tabac*" ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences, *RTDE*, 2001, pp.790-808.

<sup>230</sup> CJCE, 5 octobre 2000, *publicité du tabac*, aff.C-376/98, *Rec.*2000 p. I-2247, pts. 78-79.

<sup>231</sup> *Ibid.*, pt.83.



juridique<sup>232</sup>. Les obstacles futurs potentiels doivent ainsi être "*vraisemblables*" et les distorsions de concurrence être "*sensibles*"<sup>233</sup>. Elle précise par ailleurs que certaines mesures peuvent contenir des dispositions qui ne contribueront pas à lutter contre les entraves, mais uniquement dans la mesure où elles apparaissent nécessaires pour rendre effective les autres dispositions du texte qui doit dans sa globalité viser le renforcement du marché intérieur<sup>234</sup>. Enfin, elle indique que l'interprétation proposée pour l'art.95 CE (114 TFUE) est applicable aux articles 47 CE (53 TFUE) et 55 CE (62 TFUE)<sup>235</sup>. Cette interprétation restrictive a été confirmée par sa jurisprudence ultérieure<sup>236</sup>.

La Cour rappelle par ailleurs dans l'arrêt "*publicité du tabac*" que le niveau élevé de protection de la santé est visé par l'art.95§3 CE et que l'art.152§1 CE impose lui-même que les actions de l'UE respectent un tel niveau élevé de protection de la santé<sup>237</sup>. En effet, comme le résume l'avocat général Maduro souligne dans ses conclusions dans l'affaire *Vodafone* il faut distinguer la justification du recours à l'art.95 CE, qui renvoie à la constatation de l'existence d'entraves au bon fonctionnement du marché intérieur, du contenu de l'harmonisation qui doit pouvoir tenir compte des objectifs visés par les réglementations nationales qu'elle remplace<sup>238</sup>. Interpréter l'art.95 CE comme visant une dérégulation des marchés ou à imposer une réglementation correspondant au niveau moyen de l'ensemble des règles nationales ne trouve pas de soutien dans les dispositions du traité<sup>239</sup>. Dans le même sens, la Cour considère dans son arrêt *Vodafone* de 2010 que les conditions du recours à l'art.114 TFUE étant remplies, rien n'empêche le législateur européen d'être guidé par la protection du consommateur dans le contenu de sa réglementation<sup>240</sup>. Il est en effet indispensable que l'harmonisation ne conduise pas à une diminution des standards dans les domaines sociaux, de santé, d'environnement,...

## b) La nature juridique des compétences d'harmonisation à but d'intégration économique

**693.** La question de l'exclusivité de certaines ou de l'ensemble des bases juridiques d'harmonisation ayant objectif général d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, comme les articles 114 et 115 TFUE, ou pour objet plus particulier de faciliter l'exercice d'une liberté économique, a été résolue positivement par une partie de la doctrine<sup>241</sup> et des avocats généraux. Dans ses conclusions dans une affaire *RU c/ Conseil*, l'avocat général Léger considère qu' "*il serait illusoire d'attendre des seuls États membres la réalisation de l'harmonisation attendue, celle-ci supposant nécessairement une action d'envergure supranationale*"<sup>242</sup> et la Cour reprend dans son arrêt du 12 novembre 1996<sup>243</sup> une formule comparable. Dans ses conclusions dans l'affaire dite "*Garantie des dépôts*", l'avocat général Léger se réfère expressément à ce passage de l'arrêt pour renforcer son argumentation sur la nature des bases juridiques d'harmonisation<sup>244</sup>. Il indique que "*lorsque la compétence exclusive de la*

<sup>232</sup> *Ibid.*, pts.84 et 106. Voir aussi : CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08, *Rec.*2010 p. I-4999, pt.32.

<sup>233</sup> Aff. C-376/98, pt.86 et pt.106. Voir aussi : aff.C-58/08, *Vodafone*, pt.33.

<sup>234</sup> C-376/98, pt.100. Voir aussi les développements de l'avocat général dans ses conclusions sur cette affaire : *Ibid.*, pt.86.

<sup>235</sup> *Ibid.*, pt.87.

<sup>236</sup> Voir : CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff.C-154 et 155/04, *Rec.*2005 p.I-6451, pts.28 et s. ; aff.C-58/08, *Vodafone*, pts.32 et s.

<sup>237</sup> Aff. C-376/98, *publicité du tabac*, pt.88.

<sup>238</sup> Conclusions dans l'aff.C-58/08, *Vodafone*, pt.8.

<sup>239</sup> En ce sens : *Ibid.* ; conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'aff.C-376/98, *publicité du tabac*, pt.85.

<sup>240</sup> Aff.C-58/08, *Vodafone*, pt.36.

<sup>241</sup> Voir par exemple : TOTH (A.), *Is subsidiarity...*(*op.cit.* note 76), p.285.

<sup>242</sup> Conclusions dans l'aff.C-84/94, *RU c/ Conseil*, pt.129.

<sup>243</sup> CJCE, 12 novembre 1996, *RU c/ Conseil*, C-84/94, *Rec.*1996 p.I-5755, pt.47 : "*harmoniser, dans le progrès, les conditions existant dans ce domaine, la réalisation d'un tel objectif par voie de prescriptions minimales suppose nécessairement une action d'envergure communautaire*".

<sup>244</sup> Conclusions dans l'aff.C-233/94, *Allemagne c/ Conseil*, dit "*garantie des dépôts*", *Rec.*1997 p.I-2405, pt.83.



Communauté est [...] limitée à l'harmonisation des législations", les Etats restent libres tant que l'harmonisation n'a pas eu lieu et même dans un tel cas une "marge [...] leur est consentie [...] fonction du degré d'harmonisation retenu"<sup>245</sup>. La référence au jeu de la préemption s'expliquerait ainsi par le caractère particulier de la compétence qualifiée d'exclusive, fonctionnelle et non matérielle. Une telle qualification de compétence exclusive a été critiquée car elle apparaissait incompatible avec l'affirmation concomitante qu'il existe toujours une possibilité d'intervention des Etats tant que l'UE n'a pas légiféré<sup>246</sup>. L'avocat général Léger obscurcit encore sa position dans la suite de ses conclusions. En effet, il indique que "*la réalisation du marché intérieur ne relève pas toujours de la compétence exclusive de la Communauté*", et s'il relève que la formulation de l'art.57 du Traité CE conduit à exclure de prime abord la compétence des Etats, il poursuit que dans les articles 100 A du traité CE et 118 A du traité CE (137§2 CE ; 153§2 TFUE), "*le partage des compétences est clairement énoncé*"<sup>247</sup>. Dans ses conclusions dans l'affaire dite "*publicité sur le tabac*", l'avocat général Fennelly propose un raisonnement qui apparaît plus clair. Il qualifie les compétences sur la base des articles 57 et 100 A du Traité CE d'exclusives par nature<sup>248</sup>. Il explique notamment que "*l'action individuelle est exclue, ce qui tombe sous le sens, et [que] l'action collective des quinze États membres (par exemple, par la voie d'un traité conclu en droit international public) est exclue, à [son] avis, du point de vue juridique, eu égard, en particulier, aux termes de l'art.5 du traité CE (devenu art.10 CE)*"<sup>249</sup>. Sans pour autant conclure à la nature exclusive des compétences d'harmonisation pour le bon fonctionnement du marché intérieur ou la facilitation de l'exercice des libertés de circulation, Jean-Paul Jacqué concède que "*les Etats ne peuvent réaliser seuls le marché intérieur*"<sup>250</sup>.

A l'encontre de la qualification de compétence exclusive de l'UE de ces dispositions, on peut relever que leur objet est de compléter l'action des articles du traité interdisant les atteintes aux libertés de circulation et non de conférer une compétence générale de réglementation du marché intérieur<sup>251</sup>.

Finalement, le Traité de Lisbonne tranche la question en rangeant le marché intérieur dans la liste des compétences concurrentes de l'art.4 TFUE.

## **2) La délimitation du recours à la clause de commerce entre Etats**

**694.** Alors que dans l'Union européenne les art.114 et 115 TFUE fixent le but de favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur et les autres bases d'harmonisation évoquées le renforcement des libertés économiques, sans viser de manière précise, dans le cas américain une compétence est donnée pour réglementer une matière, le commerce entre Etats, sans préciser d'objectif particulier pour cette réglementation.

---

<sup>245</sup> *Ibid.*, pt.85.

<sup>246</sup> Voir en ce sens : *Ibid.*

<sup>247</sup> "*au contraire, l'article 57 n'évoque à aucun moment la compétence des Etats membres*" et qu'il "*confie à la seule Communauté le soin de procéder à la coordination des normes nationales dans ce domaine*". Cela "*montre, que, dès l'origine, les auteurs du traité ont considéré que la coordination en matière d'accès aux activités non salariées et d'exercice de celles-ci étaient mieux atteinte par une action communautaire que par une action au niveau national*". *Ibid.*, pts 80-81. Il déduit une compétence exclusive de la Communauté (*Ibid.*, pt.86).

<sup>248</sup> Conclusions dans l'aff. C-376/98, *publicité du tabac*, pt.142.

<sup>249</sup> *Ibid.*, pt.136.

<sup>250</sup> JACQUE (J.-P.), article I-12 (*op.cit.* note 77), p.207.

<sup>251</sup> En ce sens : l'avocat général Maduro (dans ses conclusions dans l'aff.C-58/08, *Vodafone*, pt.7) qui précise qu'en outre une interprétation trop large poserait problème par rapport à l'utilisation d'autres bases juridiques du traité.



Dans l'arrêt *Gibbons* de 1824<sup>252</sup>, le juge Marshall a amorcé le développement des implications de la clause de commerce entre Etats. Il affirme que la notion de commerce ne doit pas être comprise de manière restrictive, qu'elle ne se limite pas à l'échange de marchandises et inclut plus particulièrement en ce qui concerne l'espèce la navigation entre Etats<sup>253</sup>. S'il souligne ensuite comme limite que "*le commerce purement intérieur à l'Etat doit être tenu pour réservé à l'Etat lui-même*"<sup>254</sup>, une partie de la loi fédérale peut toutefois réglementer le commerce interne à l'Etat s'il s'agit d'un accessoire nécessaire car cela "*n'emporte aucune prétention à exercer un pouvoir direct de réglementation du commerce purement interne à l'Etat*"<sup>255</sup>.

La Cour n'a toutefois véritablement l'occasion de se prononcer à nouveau sur l'utilisation de cette clause comme base juridique qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, quand le Congrès cherche à intervenir de manière plus intense dans les échanges de marchandises avec des lois de régulation économiques<sup>256</sup>. La jurisprudence est alors restrictive (a), et il faut attendre l'arrivée au pouvoir de Roosevelt pour qu'elle se modifie en faveur d'une interprétation très extensive de la clause (b). Cette jurisprudence a été critiquée pour son atteinte à l'autonomie des Etats et un revirement de jurisprudence dans le milieu des années 1990 est revenu vers une appréhension plus stricte de son utilisation (c).

### a) Une première période d'interprétation restreinte

**695.** Une première illustration du caractère strict de la jurisprudence de cette première période peut être donnée par l'affaire *United States c/ E.C. Knight Co* de 1895<sup>257</sup> qui concernait la loi anti trust Sherman. La Cour reprend la distinction entre commerce et production et, si elle reconnaît la tentative de créer un monopole de production du sucre, elle estime que le trust concerné ne touche qu'indirectement le commerce entre Etats<sup>258</sup>, et ne constitue ainsi pas un monopole au stade du commerce pouvant faire l'objet d'une réglementation sur la base de la clause de commerce<sup>259</sup>. Elle poursuit que "*s'il était jugé que le terme englobe la réglementation de toutes les fabrications qui sont faites avec l'intention d'être ultérieurement introduites dans les transactions commerciales*", "*tous les secteurs de l'industrie humaine*" seraient compris car il existe toujours "*un débouché sur le marché américain*"<sup>260</sup>. Au-delà, la Cour souligne la complexité d'une distinction se fondant sur la volonté du producteur d'exporter ou non alors même que l'effet sur le commerce interétatique a été jugé très indirect<sup>261</sup>.

Afin de contourner cette interdiction de la réglementation de la production par le niveau fédéral, le Congrès adopte le "Child Labor Act" mais la Cour va l'annuler dans son arrêt *Hammer c/ Dagenhart* de 1918<sup>262</sup> pour inconstitutionnalité. Cette loi illustre l'utilisation par le Congrès de la clause de commerce pour développer les droits fondamentaux des citoyens américains. Cette loi prévoyait l'interdiction du commerce entre Etats de biens produits par des enfants de moins de 14 ans, et une limitation du temps de travail des enfants entre 14 et 16 ans. La Cour estime que le pouvoir de réglementer est celui de "*prescrire les règles qui gouvernent*

---

<sup>252</sup> 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

<sup>253</sup> ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), p.178.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p.185.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p.193.

<sup>256</sup> En ce sens : KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), p.213 ; LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), pp.122-123.

<sup>257</sup> 156 U.S. 1 (1895).

<sup>258</sup> "*si l'exercice de ce pouvoir [de contrôler la fabrication] peut certes concerner le fonctionnement du commerce, [...] il ne l'affecte que de manière incidente et indirecte*" (ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), p.289).

<sup>259</sup> *Ibid.*, p.295.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p.291.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p.292.

<sup>262</sup> 247 U.S. 251 (1918).



le commerce" et "contrôler les moyens par lesquels le commerce se réalise, ce qui est exactement le contraire d'un prétendu droit de l'empêcher, et même de l'interdire, s'agissant de certaines marchandises"<sup>263</sup>. Elle rejette l'argument de la concurrence déloyale en raison des différences de réglementation entre Etats, estimant qu'"il n'existe aucun pouvoir attribué au Congrès d'exiger des Etats qu'ils exercent leur pouvoir de police afin d'empêcher une possible concurrence déloyale"<sup>264</sup>. Une opinion dissidente, soutenue par quatre juges, annexée à cette décision en dénonce le caractère politique, le but de lutte contre l'augmentation des pouvoirs du Congrès en matière de régulation de l'économie<sup>265</sup>. Elle défend par ailleurs une extension de l'utilisation de la clause de commerce par la théorie de l'affectation du commerce, et affirme que le pouvoir de réglementer le commerce comprend celui de l'interdire<sup>266</sup>. Toutefois il faut attendre le New Deal pour que la jurisprudence change.

## b) Le tournant de la présidence Roosevelt

**696.** Le New Deal se caractérise par le recours à cette théorie afin de voter des textes en matière de droit du travail, de droit social et de droit économique n'ayant qu'un lien très indirect avec le commerce entre Etats, et en principe, une révision constitutionnelle était nécessaire pour permettre une intervention législative fédérale, mais les procédures prévues rendent toute modification extrêmement complexe, voire quasiment impossible. La Cour va dans un premiers temps chercher à résister à cette évolution, afin de protéger les Etats face à l'évidement de leurs compétences et d'empêcher une régulation économique contraire à sa vision très libérale<sup>267</sup>. L'une de ses décisions les plus emblématiques de cette période, *Schlechter Poultry Co. c/ United States* de 1935<sup>268</sup>, qui déclare inconstitutionnelle le "National Industrial Recovery Act" qui avait conféré au Président de larges pouvoirs en matière de réglementation économique.

Le Président Roosevelt présente publiquement cette jurisprudence comme réactionnaire, et sa réélection nette en 1936 souligne alors le soutien public aux réformes et apparaît comme une censure de la jurisprudence, d'autant que l'opposition avait fait campagne sur le thème de l'inconstitutionnalité du programme de Roosevelt<sup>269</sup>. Un problème de conflit de légitimités se pose entre les juges chargés d'interpréter la Constitution et l'expression démocratique populaire<sup>270</sup>, sachant que la jurisprudence de la Cour ne peut être que très difficilement surmontée par une révision constitutionnelle. Roosevelt menace alors d'augmenter le nombre de juges à la Cour suprême<sup>271</sup>, à la suite de quoi un juge démissionne, entraînant une modification de la majorité<sup>272</sup>. Cela traduit le principe "*qu'une Cour appelée à interpréter la constitution d'une entité politique ne peut durablement juger en contradiction avec les développements économiques et sociaux fondamentaux*"<sup>273</sup>. Replacé dans le contexte fédéral, cela signifie a

<sup>263</sup> ZOLLER (E.), *Grands...* (op.cit. note 16), p.346.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p.350.

<sup>265</sup> Voir en ce sens aussi l'introduction à cet arrêt d'Elisabeth ZOLLER (*Ibid.*, p.345).

<sup>266</sup> *Ibid.*, p.355.

<sup>267</sup> Dans l'affaire *Railroad Retirement Board c/ Alton R. Co* 195 U.S. 330 (1935), elle considère que la question de la mise à la retraite et des retraites n'avaient pas un lien réel avec le fonctionnement des transports ferroviaires. Dans l'affaire *United States c. Butler* 297 U.S. 1 (1936), la production agricole est considérée comme activité purement locale et la clause du commerce n'est pour cette raison pas appliquée.

<sup>268</sup> 295 U.S. 495 (1935).

<sup>269</sup> En ce sens : SCHARPF (F.), *Grenzen der richterlichen Verantwortung. Die political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*, Karlsruhe, Müller, 1965, pp.336 et s.

<sup>270</sup> En ce sens : KENNTNER (M.), *Justitiabler...* (op.cit. note 8), p.217.

<sup>271</sup> Le "court packing plan" prévoyait la nomination de juges plus jeunes pour chaque juge fédéral depuis plus de 10 ans en poste et âgé de plus de 70 ans, il aurait en pratique touché six juges de la Cour suprême et changé les rapports de majorité.

<sup>272</sup> KENNTNER (M.), *Justitiabler...* (op.cit. note 8), pp.218-219.

<sup>273</sup> EHMKE (H.), *Wirtschaft und Verfassung: die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, 1961, p.143.



*contrario* qu'une extension des compétences fédérales peut se faire malgré l'atteinte importante à l'autonomie des Etats membres dès lors que celle-ci est soutenue par la population.

697. La nouvelle jurisprudence de la Cour est initiée par l'arrêt *NLRB c/ Jones et Laughlin Steel Corp* de 1937<sup>274</sup>. Elle y énonce tout d'abord qu'il ne faut pas différencier production et commerce<sup>275</sup>. Puis elle ajoute que même quand aucune frontière étatique n'a été franchie, il faut vérifier si l'effet pratique des activités "entretiennent avec le commerce interétatique une relation tellement étroite et importante que le contrôle est nécessaire ou souhaitable pour protéger ce commerce de toute entrave ou obstruction"<sup>276</sup>. Elle affirme enfin que la détermination de l'effet substantiel sur le commerce entre Etats est laissée à l'appréciation du législateur fédéral<sup>277</sup>. Cette ligne jurisprudentielle s'impose comme le souligne le caractère unanime de la décision *United States v. Darby* de 1941<sup>278</sup>. Cet arrêt est en outre à noter car il avalise une loi de 1938 réglementant les conditions de travail qui reprend notamment quasiment les mêmes dispositions que la loi de protection des enfants annulée en 1918 par la décision *Hammer*<sup>279</sup>.

Un autre exemple de la souplesse d'interprétation de la Cour est donné par sa décision *Wickard v. Filburn*<sup>280</sup> qui valide l'extension "à une production destinée à la consommation purement interne de la ferme, et qui ne sera donc pas mise sur le marché", d'une loi sur la régulation des marchés agricoles<sup>281</sup>. La Cour suprême indique que "si [son] activité [...] est locale, et alors qu'elle ne peut être considérée comme du commerce, elle peut néanmoins [...] se trouver dans le champ des pouvoirs du Congrès si elle exerce un effet économique substantiel sur le commerce interétatique"<sup>282</sup>. Et d'estimer que le fait "que la contribution propre du défendeur à l'action à la production de blé soit par elle-même négligeable n'est pas suffisant pour le soustraire à la réglementation fédérale dès lors que, comme c'est ici le cas, sa contribution, combinée avec celle de nombreux autres producteurs se trouvant dans des situations comparables, est loin d'être négligeable", ajoutant que même non commercialisé, "il n'en fournit pas moins au producteur privé une denrée que celui-ci aurait dû autrement acquérir en achetant sur le marché"<sup>283</sup>. Koenraad Lenaerts voit dans l'interprétation opérée dans cette affaire le point de départ de la théorie du "cumulative impact" en vertu de laquelle une activité intraétatique peut faire l'objet d'une réglementation sur la base de la clause de commerce dans la mesure où la multiplication de ses effets est de "nature à affecter le commerce interétatique"<sup>284</sup>.

Après sa décision *National League of Cities* de 1976, qui semblait amorcer une jurisprudence plus favorable aux Etats en affirmant sur le fondement du 10<sup>e</sup> amendement la nécessité de protéger les fonctions essentielles étatiques afin de leur assurer une existence séparée et indépendante<sup>285</sup>, la Cour est revenue à une jurisprudence plus favorable à l'Etat

<sup>274</sup> 301 U.S. 1, 37 (1937). L'affaire concernait une loi de 1935 qui avait posé un ensemble de droits sociaux fédéraux en matière de relation travail et mis en place une agence fédérale chargée de faire respecter ces règles (cf. Introduction à cet arrêt d'Elisabeth ZOLLER (*Grands... (op.cit. note 16)*, pp.467-468).

<sup>275</sup> ZOLLER, *Ibid.*, p.476 : "Le fait que les employés dont il est ici question aient été engagés dans la production n'est pas déterminant" car "il faut toujours se poser la question des effets sur le commerce interétatique des pratiques professionnelles en cause".

<sup>276</sup> *Ibid.*, p.475.

<sup>277</sup> En ce sens : KENNTNER (M.), *Justitiabler... (op.cit. note 8)*, p.119.

<sup>278</sup> 312 U.S. 100 (1941).

<sup>279</sup> Voir : Introduction à l'arrêt *Hammer* d'Elisabeth ZOLLER (*Grands arrêts ...*, p.345).

<sup>280</sup> 317 U.S. 111 (1942).

<sup>281</sup> ZOLLER (E.), *Grands... (op.cit. note 16)*, p.490.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p.493.

<sup>283</sup> *Ibid.*, pp.496-497.

<sup>284</sup> LENAERTS (K.), *Le juge... (op.cit. note 9)*, p.130.

<sup>285</sup> 426 U.S. 833 (1976), pp.845 et s. Sur la question des fonctions étatiques essentielles dans la jurisprudence américaine, voir : *supra* partie I chap.II sect.II §2 A 1) b))



fédéral avec l'arrêt *Garcia* de 1985<sup>286</sup>. Elle estime que la protection des Etats ne fait pas partie du contrôle juridictionnel, mais relève de la protection politique des intérêts étatiques par leurs représentants dans les corps législatifs nationaux<sup>287</sup>. Elle conclut donc que "*tant que le processus politique assure une prise en compte suffisante des intérêts des Etats, aucun contrôle juridictionnel de constitutionnalité n'est nécessaire*"<sup>288</sup>.

### c) Le revirement de jurisprudence

**698.** Cette jurisprudence a été qualifiée par certains commentateurs de "*révision constitutionnelle*"<sup>289</sup>, ou, de façon plus emphatique, de "*Waterloo*" du fédéralisme américain<sup>290</sup>. Visant l'affaire *Garcia*, Martin Redish et Shane Nugent indiquent que l'extension est telle que "*sa portée est pratiquement illimitée*"<sup>291</sup>.

Le tournant annoncé par le juge Rehnquist dans l'affaire *Garcia* dans le cadre de son opinion dissidente<sup>292</sup> a lieu avec la décision *United States v. Lopez*<sup>293</sup> par laquelle la Cour annule le "Gun-Free School Zones Act" qui interdisait le port d'arme à proximité des écoles. La Cour affirme sous la plume de ce même juge Rehnquist que la "*jurisprudence n'a pas été claire quant à la question de savoir si une activité doit 'affecter' ou 'affecter substantiellement' le commerce entre Etats*" et conclut "*que le test approprié requiert une analyse de la question de savoir si l'activité régulée affecte substantiellement le commerce entre Etats*"<sup>294</sup>. Elle poursuit en indiquant qu'avec la jurisprudence antérieure "*il est difficile de percevoir une quelconque limitation du pouvoir fédéral, même dans les domaines comme l'application du droit pénal ou l'éducation dans lesquels les Etats sont historiquement souverains*"<sup>295</sup>. Si elle reconnaît la difficulté de la distinction à opérer, l'absence de critère de répartition "*par la nature des choses*", elle se refuse à conclure à son impossibilité<sup>296</sup>.

Les opinions dissidentes se rejoignent sur le principe que la Cour doit se contenter de vérifier qu'il existe une base d'action rationnelle et laisser au-delà au Congrès, qui est le délégataire expresse de la compétence en matière de commerce entre Etats et qui plus apte à opérer des études empiriques, le soin de la nécessité de son intervention<sup>297</sup>. Toutefois, comme le souligne Markus Kenntner, l'argument du respect du législateur fédéral avancé par les juges dissidents ne convainc pas car les Etats doivent avoir tout autant de sphère de responsabilité

---

<sup>286</sup> 469 U.S. 528, (1985).

<sup>287</sup> La Cour cite MADISON (n°46, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957) pour souligner l'importance et la suffisance du rôle de participation des Etats dans ce cadre : "*l'esprit des Etats imprènera suffisamment le gouvernement fédéral pour le détourner de la tentation d'empiéter sur leurs droits respectifs, ou sur les prérogatives de leurs gouvernements*" (ZOLLER (E.), *Grands... (op.cit. note 16)*, p.1052).

<sup>288</sup> 469 U.S. 528, (1985), p.554.

<sup>289</sup> FRAENKEL (E.), *Das amerikanische Regierungssystem : eine politologische Analyse*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1981, p.123.

<sup>290</sup> LOEWENSTEIN (K.), *Verfassungsrecht und Verfassungsrechtspraxis der Vereinigten Staaten*, Berlin, Springer-Verlag, 1959, p.83.

<sup>291</sup> REDISH (M.), NUGENT (S.), The dormant commerce clause and the constitutional balance of federalism, *Duke Law Journal*, 1987, n°4, p.569. Dans le même sens : BERMANN (G.), *Taking... (op.cit. note 7)*, p.419.

<sup>292</sup> "*cette Cour assurera en temps voulu sa responsabilité constitutionnelle*" : 469 U.S. 528, (1985) (p.589).

<sup>293</sup> 514 U.S. 549 (1995) 115 S.Ct. 1624.

<sup>294</sup> 115 S.Ct. 1624, 1630 (1995). KENNTNER (M.), *Justitier... (op.cit. note 8)*, p.225. Comme le remarque l'auteur, cela rappelle l'affaire *NLRB v. Jones* dans laquelle la Cour disait : "*s'ils ont une relation si proche et substantielle avec le commerce entre Etats que leur contrôle est essentiel ou approprié pour protéger ce commerce des charges et entraves*" (301 U.S. 1 (1937) p.37).

<sup>295</sup> 115 S.Ct. 1624, p.1632 (1995).

<sup>296</sup> *Ibid.*, p.1634.

<sup>297</sup> Voir la position du juge Souter (*Ibid.*, p.1651) et celle du juge Breyer soutenue par les autres juges dissidents (*Ibid.*, p.1658).

garantie et bénéficier eux aussi de respect<sup>298</sup>. Au soutien de cette position, les juges Kennedy et O'Connor ajoutent dans leur opinion concordante qu'il est de la responsabilité de la Cour d'assurer l'équilibre fédéral entre les deux niveaux de gouvernement<sup>299</sup>. Par ailleurs, ces mêmes juges avancent l'argument du fédéralisme compétitif, celui de l'utilité du rôle des Etats comme "laboratoire expérimental pour concevoir des solutions diverses là où la solution est loin d'être claire"<sup>300</sup>.

### §3. *L'encadrement de l'exercice des compétences propres étatiques*

699. Au-delà des domaines de compétences attribuées au niveau fédéral, l'appartenance à un ensemble fédéral entraîne pour les Etats membres un encadrement de leurs compétences.

L'application de la doctrine de l'effet utile a été à cet égard depuis son émergence en droit européen un facteur fondamental d'encadrement des compétences des Etats membres. L'effet utile a pour sens premier "*qu'un acte juridique comprend aussi les dispositions en l'absence desquelles l'acte juridique n'aurait pas de sens ou ne pourrait être appliqué de façon raisonnable et appropriée*"<sup>301</sup>. Mais un arrêt *Franz Grad* de 1970<sup>302</sup> lui confère un autre sens, celui de permettre d'assurer l'effet concret du droit communautaire, qui appliquée dans différents cadres sert depuis de fondement à une extension importante des compétences européennes<sup>303</sup>.

Nous évoquerons les principaux parmi ces cadres de limitation de l'action des Etats membres dans leurs domaines de compétences propres, tout en soulignant les difficultés à trouver le juste équilibre entre les nécessités d'encadrement de ces compétences au nom de la cohérence fédérale et de respect de l'autonomie des entités fédérées. Trop limiter l'encadrement des compétences des Etats peut en effet conduire à porter atteinte à l'unité du système, l'extrême inverse risquant de pousser à poser la question ultime de l'appartenance à la Fédération.

L'encadrement a tout d'abord lieu par le jeu des libertés de circulation, Fritz Scharpf parlant à cet égard d'intégration négative (A). Il peut ensuite provenir d'une interprétation extensive des droits fondamentaux conférés par le pacte fédératif (B). L'autonomie des Etats peut enfin être limitée par le levier financier (C), soit par le biais des conditionnements de subventions fédérales, soit en raison d'une solidarité financière entre Etats membres, éléments moins développés que les précédents pour lesquels se pose aussi la question du niveau adéquate dans la Fédération européenne.

Nous renverrons au surplus aux développements sur la pratique de l'encadrement de l'autonomie institutionnelle et procédurale étudiés sous l'angle de la cohérence l'ensemble fédéral qui y soulèvent également la question du seuil de tolérance des Etats membres<sup>304</sup>.

#### **A. L'impact de l'intégration négative**

700. Il ne s'agit pas ici d'étudier en détail la jurisprudence de la Cour en la matière, mais de mettre en avant quelques affaires posant la question des limites aux implications des libertés de

---

<sup>298</sup> KENNTNER (M.), *Justitiabler...* (*op.cit.* note 8), pp.232-233.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p.1640.

<sup>300</sup> *Ibid.*, 1641.

<sup>301</sup> Aff.8/55, "*Fédéchar*", *Rec.*1955 p. 201.

<sup>302</sup> CJCE, 6 octobre 1970, *Grad c/ Finanzamt Traunstein*, aff.9/70, *Rec.*1970 p.825.

<sup>303</sup> En ce sens : JARASS (H.), *Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten*, *AöR*, 1996, n°121, p.180 ; MAYER (F.), *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung : das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen ; eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, München, Beck, 2000, p.77.

<sup>304</sup> Voir : *supra* partie I chap.I sect.I.



circulation sur les compétences propres des Etats<sup>305</sup>. Certes, "*ces pouvoirs n'ont pas été transférés à la Communauté, mais le droit communautaire est en mesure d'en limiter l'exercice*"<sup>306</sup>, les Etats et l'Union européenne ne pouvant agir que dans la mesure où les libertés de circulation sont respectées. Denis Simon parle pour cette raison de "*compétences encadrées*"<sup>307</sup>. Certes, comme le résume Christophe Schönberger, "*la liberté de circulation non entravée est comprise comme la contrepartie de la garantie d'une large autonomie des Etats membres*"<sup>308</sup>, en évitant de procéder à une harmonisation du domaine considéré. Cependant une compréhension trop large par le juge fédéral des atteintes à ces libertés de circulation risque de provoquer des résistances de la part des juges constitutionnels ou des dirigeants nationaux (1). Un parallèle en la matière peut être fait avec l'interprétation "négative" de la clause de commerce entre Etats effectuée par la Cour suprême, suivant la doctrine de "clause dormante" (2). Tout comme la jurisprudence de la Cour de justice, celle de la Cour suprême a fait l'objet de critiques pour ses effets trop importants de limitation des compétences des Etats membres.

Nous écarterons ici aussi l'étude des cas suisse et allemand. Dans le premier cas, l'art.29 aCS 1848 (art.31 aCS 1874) pose le principe de liberté du commerce et de l'industrie, et l'art.27 CS affirme le principe correspondant de garantie de la liberté économique. Mais si Bernard Dubey souligne le parallélisme avec les libertés économiques communautaires, il relève également que la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté du commerce et de l'industrie a été timide<sup>309</sup>. Dans le cas allemand, on ne constate pas d'utilisation particulièrement extensive des libertés économiques pour encadrer les compétences des Länder.

### **1) L'effet limitatif des libertés de circulation européennes**

**701.** La Cour de justice distingue clairement le pouvoir législatif des institutions du domaine d'application du droit communautaire en vertu des traités. Elle souligne que l'absence de compétence de l'UE dans un domaine ne libère pas les Etats membres de leur obligation de respect du droit de l'UE. S'ils ont une compétence exclusive d'action, ils restent soumis au respect du droit européen et notamment des libertés de circulation<sup>310</sup>. Pour comprendre l'impact réel de cette jurisprudence, il faut souligner l'interprétation extensive de ce que la Cour considère constituer des atteintes aux libertés de circulation.

Dans le domaine de libre circulation des marchandises, la définition des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives (MEERQ) aux importations<sup>311</sup>, étendue depuis peu aux exportations<sup>312</sup>, est déjà extrêmement large : "*toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement*

---

<sup>305</sup> On renvoie aux affaires présentées sous l'angle du développement du sentiment d'appartenance européen mais qui, dans la perspective de la répartition verticale des compétences, constituent des limitations importantes des compétences propres des Etats. Elles ne seront pas réétudiées ici sous cet angle : *supra* partie I chap.I sect.II §3.

<sup>306</sup> Conclusions de l'avocat général Capotorti dans l'aff.120/78, dite "*Cassis de Dijon*", *Rec.*p.649, ici p.670.

<sup>307</sup> SIMON (S.), *Le système...*(*op.cit.* note 150), p.134. Doublement encadrées pour les Etats qui comme on le verra ne peuvent intervenir qu'en l'absence d'harmonisation dans le domaine concerné.

<sup>308</sup> SCHÖNBERGER (C.), *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr, 2005, p.80.

<sup>309</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.466 et p.471.

<sup>310</sup> Voir par exemple en ce sens : CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9/74, *Rec.*1974 p.773, pt.6 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff.C-415/93, *Rec.*p.I-4921. Dans ce dernier cas par exemple, la Cour affirme que la considération que la Communauté n'ait pas compétence en vertu du traité pour légiférer sur les transferts de joueurs entre clubs de foot ne signifie pas qu'elle n'a pas de compétence d'interprétation pour conclure que l'art.48 du Traité CE (art.39 CE ; art.45 TFUE) oblige les associations sportives à abolir les obligations posées en la matière.

<sup>311</sup> CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff.8/74, *Rec.*1984 p.837.

<sup>312</sup> CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts*, aff.C-205/07, *Rec.*2008 p.I-9947.



*le commerce intra-communautaire*". Le terme "*commercial*" de la réglementation fait ensuite l'objet d'une appréhension extensive. Il recouvre non seulement les législations relatives à la vente, à la mise en marché des produits mais encore la question des contrôles sanitaires, de la publicité, des formalités administratives, régime des prix... et les règles relatives à la production ou à la fabrication. La jurisprudence fait par ailleurs une interprétation extensive de l'expression "*réglementation*". Elle y inclut par exemple des campagnes publicitaires en faveur de produits nationaux soutenues financièrement par l'État<sup>313</sup>, et même de simples inactions de l'Etat face à des atteintes par des personnes privées à la libre circulation des marchandises<sup>314</sup>. On constate la même interprétation extensive dans le cas des autres libertés de circulation.

Deux aspects de l'extension opérée par le juge seront approfondis dans la suite des développements parce qu'ils cristallisent les risques potentiels de tension avec les Etats. Le premier concerne la restriction des situations considérées comme exclues du champ d'application de ces libertés par absence de rattachement à un lien d'extranéité, c'est-à-dire un élément extérieur à l'Etat membre concerné (a). Le second aspect consiste dans la conjugaison d'une interprétation large de la qualification de réglementation susceptible de constituer une atteinte aux libertés de circulation et d'un contrôle strict des justifications pouvant leur être apportées (b).

#### **a) Extension de l'applicabilité : la restriction des cas de situations purement internes**

**702.** La Cour de justice donne dans un arrêt *Saunders* du 28 mars 1979 la première définition d'une situation purement interne, à savoir "*absence de tout facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire*"<sup>315</sup>. La jurisprudence a profondément restreint les cas susceptibles de faire l'objet d'une telle qualification.

**703.** En matière de libre circulation des marchandises, une affaire *Pistre* de 1997 illustre cette évolution. En l'espèce des producteurs français avaient utilisé sur le territoire français l'appellation Montagne alors qu'ils ne remplissaient pas les conditions de la réglementation française pour y recourir. En dépit de l'absence d'élément d'extranéité, la Cour répond à une question préjudicielle concernant la conformité de cette réglementation à l'art.30 CEE (28 CE ; 34 TFUE) qui interdit les MEERQ aux importations. Elle affirme que l'applicabilité de cette disposition ne peut être écartée du simple fait que tous les éléments sont confinés à l'intérieur d'un Etat membre<sup>316</sup>. Elle poursuit que la réglementation étant d'effet général, elle est susceptible d'être appliquée aux produits importés<sup>317</sup>, ce qui lui permet de conclure à la recevabilité du renvoi préjudiciel dans l'espèce.

Elle confirme cette jurisprudence dans un arrêt *Guimont* de 2000<sup>318</sup>, alors que la France et le Danemark, gouvernements intervenants, lui avaient demandé de revenir dessus. Dans l'espèce, une entreprise française avait vendu du fromage sous l'appellation "Emmenthal" alors qu'elle ne respectait pas les règles françaises pour l'utiliser. Comme dans l'arrêt *Pistre*, elle utilise l'application potentielle de la réglementation à un produit importé pour justifier le respect du critère d'extranéité et conclure à la recevabilité des questions préjudicielles posées. Elle affirme en effet qu'"il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire ne serait pas nécessaire pour le juge national" car "*une telle réponse pourrait lui être utile dans l'hypothèse où son droit national imposerait [...] de faire bénéficier*

<sup>313</sup> CJCE, *Commission c/Irlande*, 24 novembre 1982, aff.249/81, *Rec.*1982 p.4005 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c/ Allemagne*, aff.C-325/00, *Rec.*2002 p.I-9977.

<sup>314</sup> CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ République française* dit "*guerre des fraises*", aff.C-265/95, *Rec.*1997 p.I-6959 ; CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff.C-112/00, *Rec.*2003 p.I -5659.

<sup>315</sup> Aff.175/78, *Rec.*1979 p.1129, pt.11.

<sup>316</sup> CJCE, 17 mai 1997, *Pistre*, aff.321/94, *Rec.*1997 p.I-2343, pt.44.

<sup>317</sup> *Ibid.*, pt.45 et pt.47.

<sup>318</sup> CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.*2000 p.I-10663



*un producteur national des mêmes droits que ceux qu'un producteur d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans la même situation*<sup>319</sup>.

La Cour a rendu un arrêt *Jersey* en 2005<sup>320</sup> portant à son extrême cette jurisprudence et qui semblait confirmer cette position. Dans l'espèce, la question était posée à la Cour de justice de la qualification de MEERQ à l'exportation, interdites par l'art.29 CE (35 TFUE), de mesures s'imposant uniquement aux producteurs et organismes de commercialisation de pommes de terre de Jersey dans le cas de ventes au RU<sup>321</sup>. La Cour admet que Jersey et le RU forment un seul territoire au regard de l'application du droit de l'UE<sup>322</sup>. Or, contrairement aux autres affaires susmentionnées, la réglementation n'était pas d'application générale, si bien que le raisonnement qu'elle y avait proposé pour justifier l'existence d'un élément d'extranéité ne semblait pas transposable. La Cour va néanmoins conclure à la recevabilité des questions préjudicielles portant sur l'atteinte à l'art.29 CE en arguant de la possibilité de réexportation des pommes de terre de Jersey à partir du RU et conclure à l'existence d'une entrave à l'exportation au commerce entre les Etats membres<sup>323</sup>. Cette interprétation a conduit à penser que le principe de l'exclusion des situations purement internes du champ d'application du droit de l'UE était appelé à disparaître<sup>324</sup>.

Une évolution comparable concerne la qualification de taxe d'effet équivalent. L'art.30 TFUE (12 CEE ; 25 CE) énonce que *"les droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent [TEE] sont interdits entre les États membres"*. On a assisté à une extension de l'applicabilité du droit de l'UE dans le cadre de plusieurs décisions rendues sur renvoi préjudiciel. Elle concerne tout d'abord l'expression du franchissement de frontière, qui est au centre de sa définition des TEE<sup>325</sup>. Il semblait possible de déduire de l'art.30 TFUE une restriction de son applicabilité aux seuls franchissements de frontières entre Etats membres. Or la Cour va étendre la qualification de TEE au franchissement de frontières internes à un Etat membre par un arrêt *Legros* de 1992. Elle y affirme qu'*"une taxe perçue à une frontière régionale en raison de l'introduction de produits dans une région d'un État membre constitue une entrave au moins aussi grave à la libre circulation des marchandises qu'une taxe perçue à la frontière nationale en raison de l'introduction des produits dans l'ensemble du territoire d'un État membre"*<sup>326</sup>.

La Cour a dans un second temps élargi sa jurisprudence en l'appliquant dans son arrêt *Lancry* de 1994 dans le cadre d'un renvoi préjudiciel qui portaient sur une taxes qui avaient été imposée à des produits nationaux en raison du franchissement de frontières internes à l'Etats

<sup>319</sup> *Ibid.*, pt.23.

<sup>320</sup> CJCE, 8 novembre 2005, *Jersey*, aff. C-293/02, *Rec.*2005 p.I-9543.

<sup>321</sup> Une obligation d'enregistrement s'imposait aux producteurs de Jersey désirant exporter leurs pommes de terre au RU, et la signature d'un accord de gestion était imposée aux organismes de commercialisation voulant réaliser de telles exportations.

<sup>322</sup> Aff.C-293/02, *Jersey*, pt.54.

<sup>323</sup> *Ibid.*, pt.79.

<sup>324</sup> Voir dans le sens d'une telle interprétation : OLIVER (P.), *Free Movement of Goods in the European Community*, Sweet & Maxwell, 4<sup>e</sup> éd., 2003, pp.147-152 ; SIMON (D.), PIETRI (M.), *Libre circulation des marchandises et situations purement internes* : chronique d'une mort annoncée, *Europe*, Juillet 1997, Chronique n°9 ; BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel de l'UE*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2012, p.276.

<sup>325</sup> La Cour pose la définition reprise depuis dans son arrêt du 1er juillet 1969 *Commission c/ République italienne*, aff 24/68, *Rec.*1968 p.193, pt.9 : *"une charge pécuniaire — fût-elle minime — unilatérale imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères en raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent, alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé trouverait pas en concurrence avec une production nationale"*.

<sup>326</sup> CJCE, 16 juillet 1992, *Legros*, C-163/90, *Rec.*1992, p. I-4625.



concerné, le seul élément d'extranéité résidant dans l'application indistincte de la taxe au produits nationaux et à ceux importés. Dans l'affaire *Legros*, la taxe portait sur des voitures qui venaient d'Allemagne, l'espèce faisant l'objet du renvoi préjudiciel présentait donc un élément d'extranéité clair. Au contraire dans l'affaire *Lancry* la taxe en cause dans l'espèce ayant donné lieu au renvoi préjudiciel avait été appliquée à de la farine provenant de France métropolitaine. La Cour énonce dans l'arrêt que "*constitue une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à l'importation, non seulement en tant qu'elle frappe les marchandises introduites dans cette région en provenance d'autres États membres, mais également en tant qu'elle est perçue sur les marchandises introduites dans cette région en provenance d'une autre partie de ce même État*"<sup>327</sup>.

Elle franchit un nouveau stade dans son arrêt *Jersey* de 2005 puisque contrairement à l'affaire *Lancry* les prélèvements en cause ne s'appliquaient pas indistinctement aux échanges internes et externes à l'État membre, mais ne s'imposaient que dans des situations purement internes<sup>328</sup>. La Cour donne pour première justification à cette extension que l'union douanière ne peut être réalisée si toutes les frontières y compris internes aux États sont abolies<sup>329</sup>. Cette justification écarte tout rattachement à un quelconque élément d'extranéité, ce qui n'est pas le cas de la seconde justification même si le lien est très hypothétique. Elle estime en effet que le prélèvement grève des pommes de terre qui sont susceptibles d'être réexportés vers d'autres États membres après le transit par le RU<sup>330</sup>.

**704.** Une évolution comparable a eu lieu en matière de libre circulation des personnes. Dans une affaire *Dzodzi* de 1990, la Cour restreint le champ des situations purement internes. Elle y indique que le juge national peut, dans le cadre d'un litige purement interne saisir de questions préjudicielles visant l'interprétation de dispositions du droit communautaire, dès lors que les règles nationales applicables rendent le droit communautaire faisant l'objet de la demande d'interprétation applicable aux situations internes<sup>331</sup>.

Au-delà, les demandes d'interprétation du droit communautaire opérées dans le cadre de litiges purement internes étaient rejetées. Ainsi, dans un arrêt *Werner* de 1993, la Cour estime qu'un dentiste allemand ayant étudié en Allemagne ne peut invoquer la liberté d'établissement à l'encontre d'une réglementation interne en matière fiscale du seul fait qu'il résidait avec son épouse aux Pays-Bas, considérant que la seule résidence ne constituait pas un élément d'extranéité suffisant<sup>332</sup>. Elle affirme en effet que pour bénéficier de la libre circulation des travailleurs, il faut travailler ou avoir étudié dans un autre État que celui dont on est le ressortissant car sinon n'importe quel facteur pourrait servir de critère d'extranéité<sup>333</sup>. La Cour est revenue sur cette interprétation dans un arrêt *Ritter-Coulais* de 2006. Dans l'espèce un professeur de lycée allemand, ayant étudié et travaillant en Allemagne mais habitait en France avec son épouse. La Cour affirme que la résidence était un élément d'extranéité suffisant pour invoquer le bénéfice de la libre circulation des travailleurs<sup>334</sup>.

<sup>327</sup> CJCE, 9 août 1994, *Lancry*, aff. jointes C-363/93, C-407/93 à C-411/93, *Rec.*1994 p.I-3957 pt 32.

<sup>328</sup> La taxe s'imposait entre Jersey et le RU alors que comme on l'a indiqué la Cour considérait que les deux formaient un seul territoire au regard de l'application du droit de l'UE.

<sup>329</sup> Aff.C-293/02, *Jersey*, pt.64.

<sup>330</sup> *Ibid.*, pt.65.

<sup>331</sup> CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff.297/88 et C-197/89, *Rec.*1990 p. I-3763, pt.41.

<sup>332</sup> CJCE 26 janvier 1993, *Werner*, aff.C-112/91, *Rec.*1993 p.I-429.

<sup>333</sup> Voir en ce sens la position du gouvernement italien rapportée dans les conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'aff.C-81/98, *Angonese*, pt.9 : "*de courts échanges scolaires ou même des périodes aussi brèves qu'une journée passées à l'étranger en tant que touriste pourraient, de façon tout à fait arbitraire, permettre à une personne de se prévaloir de droits conférés par le droit communautaire à l'encontre de son propre État membre*".

<sup>334</sup> CJCE 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, *Rec.*2006 p. I-1711, pts.31-32.

Enfin, nous soulignerons que dans un arrêt *Angonese* de 2000<sup>335</sup> elle accepte de répondre à des questions préjudicielles en dépit du contexte purement interne de la situation du litige. Dans l'espèce, un italien s'était vu exiger un certificat local de bilinguisme pour pouvoir se présenter à un concours pour obtenir un poste dans une banque. Il avait alors invoqué qu'il avait séjourné en Autriche dans le cadre de ses études afin de bénéficier de la libre circulation des travailleurs européenne alors même qu'il n'avait pas acquis son certificat de bilinguisme lors de ce séjour. Contrairement aux conclusions de l'avocat général<sup>336</sup>, la Cour juge le renvoi préjudiciel recevable en se contentant d'affirmer que les questions posées ne sont pas sans rapport avec le litige<sup>337</sup>.

**705.** Par cette jurisprudence, la Cour s'éloigne des termes du traité qui imposent uniquement le respect des libertés de circulation entre Etats membres, d'où les critiques de la doctrine et les tentatives menées par plusieurs avocats généraux pour l'amener à revenir à l'interprétation classique des situations purement internes<sup>338</sup>. La question se pose en effet, pour paraphraser le titre d'un article, de l'existence de domaines qui ne relèveraient pas de la compétence de la Cour de justice<sup>339</sup>.

Dans l'arrêt *Carbonati*, la Cour affirme que l'art.14§2 CE pose le principe d'un "« espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée », sans que cette disposition fasse une distinction entre frontières interétatiques et intra-étatiques"<sup>340</sup>. Mais cette citation est tronquée, elle omet la fin de la disposition qui précise que cette liberté "est assurée selon les dispositions du présent traité"<sup>341</sup>. Dans l'arrêt *Jersey*, elle argue de la nécessité d'étendre aux frontières internes aux Etats l'interdiction des TEE afin de réaliser l'union douanière, mais ce faisant, elle "s'extrait des termes exacts des articles 23 et 25 CE qui se réfèrent clairement à la situation entre Etats membres"<sup>342</sup>.

Une première explication à cette évolution peut être vue dans la volonté de la CJUE de coopération avec les juges nationaux dans le cadre du renvoi préjudiciel, de respect de la détermination par le juge interne de ce qui lui semble pertinent pour régler le litige qu'il a à trancher<sup>343</sup>. Une autre explication possible est d'y voir la volonté de lutter contre la

<sup>335</sup> CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff.C-281/98, *Rec.*2000 p. I-4139.

<sup>336</sup> Dans ses conclusions dans l'affaire *Angonese*, l'avocat général Fennely avait conclu à l'irrecevabilité du renvoi préjudiciel en affirmant que si l'on doit pouvoir invoquer des "études à l'étranger pour établir un facteur de rattachement avec le droit communautaire dans le but de contester les règles de leur propre Etat membre concernant l'accès à une profession particulière, le lien entre ces études et la profession en cause ou [...] la règle litigieuse concernant l'accès à celle-ci, ne doit pas, selon nous, être seulement hypothétique" (pts.27-28).

<sup>337</sup> Aff.C-281/98, *Angonese*, pts.19-20.

<sup>338</sup> Concernant la qualification de TEE : conclusions de l'avocat général Tesauro dans les aff. jointes C-363/93, C-407/93 à C-411/93, *Lancry* (remarques reprises dans ses conclusions dans les aff.C-485/93 et C-486/93, *Simitzi* (pt.13) même s'il prend acte de la jurisprudence de la Cour) ; conclusions de l'avocat général Léger dans l'aff. C-293/02, *Jersey*, particulièrement pts.129 à 132. Concernant la qualification d'entrave à la libre circulation des travailleurs : conclusions de l'avocat général Léger dans l'aff. C-152/03, *Ritter-Coulais* (pt.59).

<sup>339</sup> Cf. : KVESKO (I.), *Is there anything left outside the reach of the European Court of Justice?*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, vol.33 n°4, pp.405-422.

<sup>340</sup> Aff. C-72/03, *Carbonati*, pt.23.

<sup>341</sup> Souligné par Kvesko (I.), *Is there anything left...*, p.414 par renvoi aux conclusions de l'avocat général Léger dans Aff. C-293/02, *Jersey*, pt.130.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p.413.

<sup>343</sup> Voir en ce sens : l'arrêt *Angonese*, aff.C-281/98, pt.19. Dans ses conclusions dans l'aff.C-448/98, *Guimont*, l'avocat général Saggio vise cet argument (pt.6), mais pour le critiquer et conclure au rejet du renvoi préjudiciel en cause sur la base du contexte purement interne du litige (pt.8). Dans ses conclusions dans l'aff.C-293/02, *Angonese*, l'avocat général Fennely limite quant à lui la recevabilité de l'argument de la coopération au cas où l'applicabilité des règles européennes est étendue par le droit national, ce qu'il estime ne



discrimination à rebours qui consiste dans le traitement plus défavorable des nationaux par rapport aux autres ressortissants communautaires<sup>344</sup>.

Sur ce second point Claire Marzo estime que "*les articles 20 et 21 TFUE (ex 17 et 18 CE) s'accommodent mal de la théorie des situations purement internes qui semble être devenue quelque peu anachronique*", parlant d'injustice au regard du rejet de principe dans le cas des discriminations à rebours alors qu'il aurait suffi d'utiliser une liberté même très courte pour en bénéficier<sup>345</sup>. Elle cite au soutien de sa position les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Gouvernement de la communauté française et gouvernement wallon*, qui estime paradoxale l'imposition d'une abolition des entraves aux libertés de circulation entre les États membres alors que les barrières internes aux États ne sont pas concernées<sup>346</sup>. De même, dans ses conclusions dans l'affaire *Bickel et Franz*, l'Avocat général Jacobs estime quant à lui que le principe de non discrimination devrait s'appliquer en vertu de la qualité même de citoyen européen, et non dépendre d'un déplacement. Il affirme que le temps est venu de reconnaître que "*la notion de citoyenneté de l'Union entraîne une communauté de droits et d'obligations unissant les citoyens de l'Union par un lien commun*"<sup>347</sup> car "*le principe de non-discrimination est le plus fondamental des droits conférés par le traité et qu'il doit être considéré comme l'élément principal de la citoyenneté européenne*"<sup>348</sup>. Toutefois, une telle extension signifierait une nouvelle limitation de l'autonomie d'action des Etats membres<sup>349</sup>.

## b) Une rigueur accentuée au stade de l'application des libertés de circulation

**706.** Cette extension est d'autant plus sensible pour le rapport avec les Etats membres que la Cour a dans le même temps une interprétation stricte de l'application des libertés de circulation.

Elle avait déjà étendu les cas de violation des libertés de circulation en remplaçant le critère de la discrimination par celui de l'entrave<sup>350</sup>. Le critère de l'entrave inclut les règles indistinctement applicables mais dont les effets dissuadent les ressortissants d'autres Etats membres d'exercer leur liberté de circulation ou sont plus favorables pour les produits nationaux prévenant un usage de la libre circulation des marchandises. La Cour est allée plus loin en

---

pas être le cas dans l'espèce (pts.36-37).

<sup>344</sup> Bien que non reconnue en principe en droit de l'UE, l'avocat général Léger estime ainsi dans conclusions dans l'affaire *Jersey* qu'une telle justification pourrait apparaître acceptable du point de vue de l'autonomie de l'Etat, même si elle a fait l'objet de critiques (pts. 106 et s.), même s'il souligne qu'une telle argumentation ne pouvait être avancée dans l'espèce de *Jersey* puisque la réglementation s'appliquait uniquement aux pommes de terre allant de Jersey au RU (pt.111). Dans ses conclusions dans l'aff. C-321/94, *Pistre*, l'avocat général Jacobs rejetait au contraire une telle argumentation de la discrimination à rebours et concluait au rejet de la question préjudicielle en soulignant son caractère purement hypothétique (pts.39 à 42).

<sup>345</sup> MARZO (C.), *sociale de la citoyenneté européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp.216-217. Dans le même sens critique : MAILLARD (S.), *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp.207-209.

<sup>346</sup> Conclusions dans l'aff.C-212/06, *Gouvernement de la communauté française et gouvernement wallon*, pts. 112 et s. Les gouvernements français et wallons demandaient la transposition de la jurisprudence qui a étendu la notion de frontière aux barrières internes aux Etats en matière de libre circulation des marchandises à la libre circulation des personnes. Sur cette jurisprudence cf. chapitre I partie II

<sup>347</sup> Conclusions de l'Avocat général Jacobs, dans l'aff.C-274/96, *Bickel et Franz*, pt 23.

<sup>348</sup> *Ibid.*, pt 24.

<sup>349</sup> Evoqué mais en appelant à le rejeter par l'avocat Sharpston dans les conclusions précitées dans l'aff.C-212/06, *Gouvernement de la communauté française et gouvernement wallon*, pt.157. Sur ce problème de l'impact des libertés de circulation sur les compétences des Etats.

<sup>350</sup> La consécration de l'interdiction des entraves en matière de libre circulation des travailleurs (CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.p.* I-1663, pt.32), de libre prestation de services (CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, *Rec.p.* I-4221, pt.12), de liberté d'établissement (CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.p.* I-04165, pt.37) eu lieu dans les années 1990, alors qu'en matière de libre circulation des marchandises, l'arrêt *Dassonville* (aff. 8/74) déjà évoqué avait posé le critère de l'entrave dès 1974.

appliquant très largement la qualification d'entrave à des réglementations étatiques notamment dans le cadre de cette dernière liberté<sup>351</sup>.

C'est un usage abusif par les opérateurs économiques de l'extension opérée en matière de libre circulation des marchandises qui a conduit la Cour à rendre l'arrêt *Keck* et *Mithouard* en 1993<sup>352</sup> qui distingue entre le régime des modalités de vente appliquant le critère de la discrimination directe ou indirecte, et celui des conditions applicables au produit relevant toujours du critère de l'entrave<sup>353</sup>. Cette décision a été vue comme une illustration de l'impact de la subsidiarité combinée à la décision Maastricht de Karlsruhe<sup>354</sup>. Elle permet en effet une meilleure "prise en compte par la Cour de l'impact croissant du droit communautaire sur le droit national"<sup>355</sup>. Cependant l'assouplissement apporté est contesté, la différenciation de régime est sujette à caution, la Cour ayant tendance à étendre les exigences en matière de discrimination, les rapprochant de celle de l'entrave, et le rattachement des mesures ayant tendance à profiter aux conditions applicables aux produits<sup>356</sup>. Ainsi, l'arrêt du 29 juin 1995, *Commission c/ Grèce*<sup>357</sup> dans laquelle une réglementation grecque imposant la vente des laits transformés du premier âge en pharmacie est considérée comme une réglementation portant sur les modalités de vente conforme au droit de l'UE reste un des rares exemples d'effets de l'assouplissement de la jurisprudence *Keck*.

Un certain nombre d'avocats généraux ont cherché à limiter cette extension de l'appréciation des entraves, à convaincre la Cour d'assouplir sa jurisprudence. Ainsi, l'avocat général Tizzano indique dans ses conclusions dans une affaire *CaixaBank* que considérer la seule réduction de l'intérêt économique d'une activité comme entrave à la liberté d'établissement irait trop loin, qu'elle conduirait à "contredire le système des compétences qui découle du traité"<sup>358</sup>. Au-delà du risque d'abus par les opérateurs économiques, l'interprétation proposée revendrait en effet à donner un objectif à l'UE distinct de celui posé dans les traités<sup>359</sup>.

**707.** Il est certes possible de jouer au stade de la justification pour permettre une autonomie plus ou moins importante des Etats selon le domaine concerné. Outre les dérogations prévues

<sup>351</sup> Voir : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*, op. cit. note 53), pp.271 et s.

<sup>352</sup> CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes. C-267/91 et 268/91, *Rec.p.* I-6097.

<sup>353</sup> En ce sens les conclusions de l'avocat général Bot dans CJCE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie* dit arrêt "remorques", aff. C-110/05, pt.75: "L'introduction d'une telle distinction nous paraît inspirée par le souci d'assurer l'existence d'un régime juridique équilibré. En effet, l'examen de la jurisprudence de la Cour montre un conflit latent entre, d'une part, la volonté du juge communautaire de conférer à l'article 28 CE un rôle d'«instrument garde-fou» contre les différentes formes de protectionnisme économique des États membres et, d'autre part, la préoccupation marquée de la Cour de ne pas empiéter dans certains domaines de la politique intérieure de ces États".

<sup>354</sup> GAUTRON (J.-C.), Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, p.7.

<sup>355</sup> GAUDIN (H.), Les principes...(*op.cit.* note 199), pp.11-12.

<sup>356</sup> Ainsi par exemple les mesures qui obligent à modifier le conditionnement du produit constituent des entraves : CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93, *Rec.*1995 p.I-1923, pt.13; CJCE, 3 juin 1999, *Colim*, C-33/97, *Rec.*1999 p.I-3175, pt. 37; CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Espagne*, aff.C-12/00, *Rec.*2003 p.I-459, pt. 76 ; CJCE, 8 septembre 2003, *Morellato*, aff.C-416/00, *Rec.*2003 p.I-9343, pts.29-30. Voir dans le sens d'une critique relative au manque de clarté de la distinction : conclusions de l'avocat général Bot dans l'aff.C-110/05, "remorques", pts.77-81.

<sup>357</sup> CJCE, 29 juin 1995, *Commission c/ Grèce*, aff. C-391/92, *Rec.*1995 p.I-1621.

<sup>358</sup> Conclusions dans l'aff.C-442/02, *CaixaBank France*, *Rec.*2004 p.I-8961, pt.58 et pt.60.

<sup>359</sup> *Ibid.*, pt.63 : "cela reviendrait [...] à orienter le traité vers un objectif qui n'est pas le sien: non pas celui d'instaurer un marché intérieur connaissant des conditions semblables à celles d'un marché unique et dans lequel les opérateurs peuvent circuler librement, mais celui d'instaurer un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites, sauf lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées en vue de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général".

pour les différentes entraves aux libertés de circulation, d'autres possibilités de justifications ont été dégagées par la Cour de justice<sup>360</sup>. Elles ont été développées tout d'abord dans le cadre de la libre circulation des marchandises à partir de l'arrêt *Cassis de Dijon* de 1979 comme contrepartie de l'extension des contraintes s'imposant aux Etats par le biais de la consécration du principe de reconnaissance mutuelle posé dans l'arrêt<sup>361</sup>, puis reprises dans le cadre des autres libertés. Une fois la légitimité de la justification avancée reconnue, la Cour exerce un contrôle strict de proportionnalité<sup>362</sup>.

Il est à noter, pour une meilleure mise en perspective de son application au niveau européen, que le principe de proportionnalité provient du droit allemand où il comprend trois stades de contrôle : le caractère approprié (*geeignet*) de la mesure tout d'abord, qui renvoie à l'adéquation de la mesure pour atteindre le but avancé, sa nécessité (*Erforderlichkeit*) ensuite, qui vise l'impossibilité de recourir à des mesures moins contraignantes, enfin son respect de la proportionnalité au sens strict (*Angemessenheit*) qui correspond à une balance entre les intérêts en jeu.

Au niveau européen, la Cour regarde tout d'abord son caractère approprié, contrôle qu'elle qualifie de test de nécessité<sup>363</sup>. Nous ne reprendrons toutefois pas l'expression, lui préférant le concept allemand de caractère approprié ou adéquate qui traduit mieux selon nous l'opération effectuée. Puis elle vérifie si la mesure est nécessaire pour le réaliser, s'il existe des mesures alternatives moins contraignantes ; elle reprend parfois pour viser ce stade l'expression de proportionnalité<sup>364</sup>, au sens strict, suivant le modèle allemand. Il est à noter que ces deux stades ne sont pas toujours clairement différenciés par la Cour lors de son étude. Enfin, il est à souligner que le troisième stade existant en Allemagne n'est pas expressément repris au niveau européen dans la jurisprudence classique de la Cour<sup>365</sup>. On relèvera toutefois qu'en fonction de l'atteinte à la liberté de circulation et de l'intérêt avancé comme justification, le contrôle opéré par la Cour a toujours varié. En outre, une évolution vers une traduction expresse dans sa jurisprudence plus récente peut être constatée, la Cour parlant, dans le cas de confrontation entre une liberté de circulation et un droit fondamental, de mise en "*balance*" ou de vérification d'un "*équilibre*" des intérêts<sup>366</sup>. La Cour est particulièrement souple dans l'étude de la proportionnalité dans les cas d'invocation d'une atteinte à l'identité constitutionnelle nationale<sup>367</sup>.

Nous terminerons en notant que si le législateur européen est lui-même soumis au respect

---

<sup>360</sup> Théoriquement différenciées des dérogations textuelles en ce qu'elles devraient permettre aux mesures d'échapper à la qualification d'entraves, elles sont en pratique étudiées après cette dernière.

<sup>361</sup> CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral* (dit « *Cassis de Dijon* »), aff. 120/78, *Rec.*1979 p.649.

<sup>362</sup> Voir par exemple le cadre extrêmement strict donné aux juges internes pour déterminer si les entraves à la liberté d'établissement constituées par les actions collectives dans les affaires *Viking Line* et *Laval* pouvaient être justifiées (Aff.C-438/05, pts. 86 et s. ; Aff.341/05, pt.110 déjà évoqué *supra* : partie I chap.I sect. II §3 A 3) b).

<sup>363</sup> La Cour emploie les expressions "*nécessaire pour réaliser l'objectif invoqué*" ou "*nécessaires pour la protection des intérêts*".

<sup>364</sup> Par exemple : CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.*2004 p. I-9609, pt.38 : la Cour parle de "*la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises*" pour résumer les deux stades du contrôle.

<sup>365</sup> Un certain nombre d'auteurs allemands estime toutefois que ce stade était effectué quand il s'agissait de protéger les droits des individus contre les empiètements du pouvoir européen. Voir notamment en ce sens : HIRSCH (G.), *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im gemeinschaftsrecht*, Zentrum für Europäische Wirtschaftsrecht, Bonn, 1997, p.19 ; EVERLING (U.), *Einlagensicherung der Banken im Europäischen Binnenmarkt. Zum Urteil des Gerichtshofs der EG vom 13.5.1997*, *ZHR*, 1998, n°162, p.419.

<sup>366</sup> Aff. C-112/00, *Schmidberger*, *Rec.*, p. I-5659, pt.81 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, pt.105 (même si on a déjà indiqué que l'équilibre avancé n'avait pas été vraiment respecté au stade des exigences concrètes en matière de proportionnalité : Voir *supra* : Partie I chap.I sect. II §2 A 3) b).

<sup>367</sup> Voir *supra* : Partie I chap.II sect. II §2 D.



des libertés de circulation<sup>368</sup>, son contrôle apparaît moins approfondi qu'il ne l'est pour une mesure étatique<sup>369</sup>.

## 2) La problématique de la "clause dormante" de commerce aux Etats-Unis

**708.** A la différence du législateur européen, législateur fédéral américain n'est soumis à aucune obligation de faciliter le commerce entre Etats quand il adopte une loi sur la base de la clause de commerce<sup>370</sup>. L'interdiction de l'atteinte au commerce entre Etats qui limite les compétences propres des Etats membres découlant d'une interprétation en creux de la clause de commerce entre Etats donne un pouvoir général de réglementation en la matière au Congrès.

La jurisprudence de la "clause dormante" du commerce entre Etats (a) développée afin d'assurer l'effectivité de la compétence fédérale en matière de commerce entre Etats a fait l'objet des mêmes critiques de limitation trop importantes des compétences propres des Etats membres que la jurisprudence de la CJUE en matière de libertés de circulation (b). Comme le remarque Koenraad Lenaerts l'absence de dispositions imposant un respect général des libertés de circulation dans le cas américain a toutefois un impact sur la caractérisation de l'existence d'une entrave au commerce entre Etats et sur le contrôle des justifications<sup>371</sup>.

### a) La jurisprudence de la Cour suprême concernant la "clause dormante" de commerce

**709.** Markus Kenntner voit dans l'affaire *Gibbons* la première pierre à la "théorie de l'affectation" en vertu de laquelle une réglementation étatique est contraire au pouvoir du Congrès de réglementer le commerce entre Etats dès lors qu'elle a des effets dans d'autres Etats<sup>372</sup>. Mais, même si le raisonnement était amorcé dans la décision *Gibbons*, c'est dans un arrêt *Willson* de 1829, que le juge Marshall vise pour la première fois l'état "dormant" de la clause de commerce<sup>373</sup>.

L'utilisation de cette doctrine de la "clause dormante" a certes fait l'objet d'hésitations au sein de la Cour<sup>374</sup>, mais va peu à peu s'établir. Après la guerre de Sécession, la jurisprudence est considérée comme fermement établie, la Cour indiquant par exemple dans une affaire *Welton* de 1875 que l'absence de réglementation du Congrès n'est pas pertinent pour régler la question, car "son inaction [...] équivaut à une déclaration que le commerce entre Etats doit être libre et sans entrave (untrammeled)"<sup>375</sup>.

<sup>368</sup> Voir pour la première affirmation expresse, dans le domaine de la libre circulation des marchandises : CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, aff. C-51/93, *Rec.*1994 p. I-3879, pt.11.

<sup>369</sup> Nous citerons ainsi Ulrich EVERLING qui critique vivement la validation au regard du principe de proportionnalité d'une réglementation européenne dans l'arrêt dit "garanties des dépôts" (CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, *Rec.*1997 p. I-2405). Il se demande même quand, si la Cour ne l'a pas constaté dans un cas de violation manifeste comme dans l'espèce, elle conclurait au non respect de la proportionnalité par une réglementation communautaire (Einlagensicherung...*(op.cit.* note 365), pp.409 et 418 ; voir dans le même sens : WERNICKE (S.), *Urteilsanmerkung zu C-233/94, Einlagensicherungsfonds, EuZW*, 1997, p.442.).

<sup>370</sup> Voir sur ce point : HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour L'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p.112.

<sup>371</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...**(op.cit.* note 9), p.660. Il relève qu'il est en général plus global que celui de la CJUE qui distingue différents stades dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

<sup>372</sup> KENNTNER (M.), *Justitiabler...**(op.cit.* note 8), p.213.

<sup>373</sup> En ce sens : REDISH (M.), NUGENT (S.), *The dormant...**(op.cit.* note 291), p.577.

<sup>374</sup> *License Cases*, 46 U.S. (5 How.) 504 (1847) (p.578-579) : le juge Taney indique dans son opinion qu'un désaccord au sein de la Cour existe à ce sujet, et qu'il est lui-même opposé à une telle interprétation.

<sup>375</sup> 91 U.S. 275 (1875), p.282. Voir aussi en ce sens : Biklé (H.), *The silence of Congress*, *Harvard Law Review*, 1927, vol.41 n°2, p.204. Cette formulation a été vivement critiquée par la partie de la doctrine rejetant le principe de la clause dormante. Voir notamment : REDISH (M.), NUGENT (S.), *The dormant...**(op.cit.* note 291), p.588.

**710.** A la différence de la CJUE, la Cour suprême ne pose pas de critère clair de caractérisation de la violation de la clause de commerce. Dans certains cas, elle se restreint à la recherche d'une discrimination. Ainsi, dans une décision *Cooley* de 1851, elle considère qu'un règlement de police portuaire ne viole pas la Constitution fédérale en dépit de ses effets importants sur le commerce entre Etats en raison du but de la réglementation, et en l'absence de discrimination<sup>376</sup>.

Mais dans d'autres arrêts, on retrouve le même type de recherche que la CJUE mène pour caractériser une entrave en présence d'une réglementation indistinctement applicable<sup>377</sup>, à l'instar de l'affaire *South Carolina State of Highway Department* de 1938<sup>378</sup>. La Cour affirme certes tout d'abord que "*l'objectif principal de l'Insterstate Commerce Clause est d'empêcher toute forme de discrimination par les Etats entre le commerce intra-étatique et le commerce interétatique*", mais après avoir conclu que la réglementation n'était pas discriminatoire, elle étudie "*si la loi ne formait pas un obstacle excessif au commerce interétatique en général*"<sup>379</sup>. De même, la Cour rappelle dans une affaire *Baldwin* de 1935 qu'en vertu d'une "*jurisprudence constante*" sont interdites les entraves (*burden*) aussi bien directes qu'indirectes, à savoir toute mesure qui a pour "*but avoué*" d'entraver ou dont l'"*orientation nécessaire est de supprimer ou limiter les conséquences de la concurrence entre les Etats*"<sup>380</sup>. Nous citerons enfin l'affaire *Southern Pacific Co.* de 1945. La Cour énonce tout d'abord que l'Etat a une "*large marge de manœuvre pour la réglementation des affaires le concernant, même si cela affecte le commerce dans une certaine mesure, pourvu que cela ne restreigne pas en pratique la libre circulation du commerce à travers les frontières des Etats, ou interfère avec elle dans des domaines où l'uniformité de réglementation est une question d'intérêt national*"<sup>381</sup>. Puis, elle indique la méthode à suivre pour la caractérisation d'une entrave : "*déterminer la nature et l'étendue de la charge (burden) que la réglementation étatique sur les trains circulant entre les Etats, adoptée en tant que mesure de sécurité, impose sur le commerce entre Etats*" et faire une balance entre les intérêts étatique et national en jeu<sup>382</sup>. Elle estime dans l'espèce qu'une réglementation de l'Arizona fixant une limite pour le nombre de voyageurs et voitures de fret d'un train avait un effet entravant sur le commerce entre Etats car la limite était supérieure au standard existant sur le territoire national<sup>383</sup>.

**711.** Il est par ailleurs à relever que la réglementation d'une ville ou d'un comté peut, tout comme c'est le cas dans le cadre européen, constituer une entrave au commerce entre Etats. Ainsi, une réglementation de la ville de Madison permettant la vente du seul lait pasteurisé dans une laiterie se trouvant dans un rayon de 5 miles de la ville est déclarée contraire à la clause dormante dans un arrêt *Dean Milk Company* de 1951<sup>384</sup>.

**712.** Il faudra par contre attendre les années 1930 pour que la Cour suprême adopte une méthode comparable au raisonnement mis en œuvre par la CJUE pour justifier une entrave. En

---

<sup>376</sup> 53 U.S. 12 How. 299 (1851). Voir aussi pour un autre exemple l'arrêt *Hughes*, dans lequel elle indique rechercher si la réglementation "*discrimine directement ou dans ses effets*" (441 U.S. 322 (1979) (p.336)).

<sup>377</sup> Voir en ce sens : LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.166 : il indique qu'outre l'interdiction des discriminations, les "*Etats ne sont pas autorisés à imposer une charge « trop » lourde au commerce interétatique*".

<sup>378</sup> 303 U.S. 177 (1938).

<sup>379</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.170.

<sup>380</sup> 294 U.S. 511 (1935) (p.522, pt.7).

<sup>381</sup> 325 U. S. 761, (1945) (p.770).

<sup>382</sup> *Ibid.*

<sup>383</sup> *Ibid.*, p.771.

<sup>384</sup> 340 U.S. 349 (1951). Voir pour un autre exemple la qualification d'entrave d'une réglementation de la ville de Détroit dans l'arrêt *Huron Portland Cement Company* ( 362 U.S. 440 (1960)).



effet, elle se contentait auparavant depuis une décision *State Freight Tax* de 1873<sup>385</sup> de distinguer entre les effets directs et indirects sur le commerce entre Etats, seuls les premiers constituant une violation de la clause dormante. Mais cette méthode conduisait, comme le souligne le juge Stone dans son opinion dissidente dans une affaire *Di Santo v. Pennsylvania* de 1927, à un jugement "*trop mécanique et trop incertain*", ne tenant pas compte de ce que ces réglementations publiques peuvent avoir pour but de protéger des buts légitimes<sup>386</sup>.

Selon la méthode ultérieure, il revient, tout comme dans le cadre européen, à l'Etat de démontrer qu'il "*a cherché à protéger un de ses intérêts légitimes*", et l'"*importance des compétences des Etats dépend de la sévérité dont le juge fait preuve lors du contrôle de la légitimité des actes étatiques ayant une répercussion sur le commerce interétatique*"<sup>387</sup>.

Si une entrave est prouvée, l'Etat défendeur peut apporter la preuve d'une justification "*en termes de bénéfice local résultant de la législation et d'impossibilité d'alternative non discriminatoire appropriée pour préserver les intérêts locaux en jeu*"<sup>388</sup>. Dans une affaire *Maine v. Taylor* de 1986, la Cour indique en effet que si "*la clause de commerce limite significativement la capacité des Etats et localités à réglementer [...] elle n'élève pas le libre échange au dessus de toute autre valeur*"<sup>389</sup>.

Il est ensuite nécessaire qu'il existe un lien suffisant entre le but avancé et la réglementation. La Cour rejette ainsi par exemple dans son arrêt *Baldwin* la justification avancée car elle estime le lien avec la réglementation trop indirect<sup>390</sup>. Elle effectue également un contrôle qui peut être comparé à la vérification du caractère adéquate de la norme pour atteindre le but avancé effectuée par la CJUE consistant. Ainsi, elle considère dans un arrêt *Hunt* de 1977 comme douteux l'apport à l'objectif de lutte contre le risque de confusion pour le consommateur d'une loi de Caroline du Nord interdisant toute autre référence que la norme de qualité étatique sur les containers de pommes destinés à la vente<sup>391</sup>.

La Cour applique enfin un contrôle proche de la proportionnalité au sens strict, qu'elle annonce souvent par une opération de balance entre les intérêts en jeu<sup>392</sup>. Elle indique ainsi dans une affaire *Pike* de 1970 que "*si un but local légitime est trouvé, la question devient alors celle de l'intensité*", "*l'étendue de l'entrave (burden) tolérée dépendra [...] de la nature de l'intérêt local en jeu et de la question de la possibilité de le promouvoir aussi bien par un moyen ayant un effet moins important sur les activités interétatiques*"<sup>393</sup>. De même dans l'arrêt *Hunt*, elle estime qu'il était possible d'imposer une règle moins contraignante aux containers consistant dans l'indication en plus de la norme de leur Etat d'origine d'une norme reconnue au niveau national<sup>394</sup>.

**713.** Il est enfin à noter que la clause dormante sert aussi à lutter contre ce qui est appelé dans

<sup>385</sup> Arrêt *Reading Railroad*, dit "*State Freight Tax*", 82 U.S. 15 Wall. 232 (1873).

<sup>386</sup> 273 U.S. 34 (1927), p.44 (cité par LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.169).

<sup>387</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.145.

<sup>388</sup> 432 U.S. 333 (1977) *Hunt* (p.353, pt.40).

<sup>389</sup> 477 U.S. 131 (1986) (p.151, pt.31).

<sup>390</sup> 294 U.S. 511 (1935) (p.524, pt.9).

<sup>391</sup> 432 U.S. 333 (1977) (p.353, pt.41). La Cour avait estimé que l'interdiction constituait un avantage indirect pour les producteurs de Caroline du Nord car une norme de l'Etat de Washington reconnue sur l'ensemble du territoire américain était généralement apposée sur de tels containers (*Ibid.*, p.351, pts.36-38)

<sup>392</sup> Voir par exemple : 432 U.S. 333 (1977) (p.350, pt.35) : "*we are confronted with the task of effecting an accommodation of the competing national and local interests*".

<sup>393</sup> 397 U.S. 137 (1970) (p.142, pt.6).

<sup>394</sup> *Ibid.* , p.354, pt.42. Voir aussi l'arrêt *Dean Milk Company* dans lequel la Cour estime qu'en dépit de la légitimité de la protection de la santé publique, la ville aurait pu adopter une réglementation ayant des effets moins importants sur la circulation du lait entre Etats (340 U.S. 349 (1951) (citée par : LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.174). Voir pour une comparaison avec la jurisprudence de la CJUE : LENAERTS (K.), *Ibid.*, pp.658-659.



l'Union européenne les Taxes d'effet équivalent. L'art.I sect.10 de la Constitution ne pouvait être utilisé comme base pour lutter contre ces dernières puisqu'il interdit uniquement aux Etats d'imposer à leurs frontières des droits de douane. Mais la Cour indiqua dans un arrêt *Ward v. Maryland* de 1870 que le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce entre Etats n'aurait pas d'effet si les Etats pouvaient prendre des taxes discriminatoires<sup>395</sup>.

Dans une décision *Walling v. Michigan*, la Cour déclare par exemple inconstitutionnelle une réglementation posant une taxe sur la vente d'alcools produits en dehors de l'Etat estimant qu'une telle taxe est "*en fait une réglementation restreignant le commerce parmi les Etats, et est en tant que tel une usurpation du pouvoir conféré par la Constitution au Congrès des Etats-Unis*"<sup>396</sup>.

Koenraad Lenaerts remarque toutefois que l'absence de dispositions à l'instar des articles 34 et 36 TFUE a non seulement un impact sur la caractérisation de l'existence d'une entrave au commerce entre Etats, mais également sur le contrôle opéré des justifications avancées, plus global que celui de la CJUE qui distingue différents stades dans le cadre du contrôle de proportionnalité<sup>397</sup>.

**714.** Il est à noter que, globalement, l'intégration du marché américain est moins grande que dans l'Union européenne et que les règles étatiques s'ajoutent aux règles fédérales en matière de fiscalité, d'environnement, de sécurité,..., le fondement européen permettant un contrôle plus large que ne le peut une jurisprudence déjà fondée sur une interprétation d'une base juridique de compétence comme la doctrine de la clause dormante. Ainsi dans l'Union européenne, le principe est celui de la reconnaissance mutuelle des produits là où les Etats-Unis connaissent un niveau d'acceptation des réglementations étatiques assez élevé<sup>398</sup>. De même, les banques et les compagnies d'assurances bénéficient de la liberté d'établissement dans toute l'UE, ce qui n'est pas le cas aux EU<sup>399</sup>.

## **b) Critique et justification de la consécration de la clause dormante**

**715.** La jurisprudence de la Cour suprême sur la clause dormante est contestée pour son atteinte trop importante à l'autonomie des Etats, mais au-delà l'existence même d'une clause dormante est remise en cause par une partie de la doctrine. Martin Redish et Shane Nugent estiment ainsi que faire découler de l'art.I sect.8 Cl.3 une clause dormante "*sape l'allocation des pouvoirs entre les souverains étatiques et fédéral établie avec précision par la Constitution*", et conduit non pas à "*un simple complément judiciaire des compétences*" mais à une "*usurpation de l'autorité constitutionnelle*"<sup>400</sup>. Ils estiment tout d'abord que cette disposition est une simple base de compétence et n'impose rien en elle-même, d'où leur conclusion du nécessaire recours au Congrès pour lutter contre les législations étatiques non discriminatoires ayant un effet entravant sur le commerce entre Etats<sup>401</sup>.

Le raisonnement de la clause dormante se fonde sur le caractère exclusif de la compétence fédérale dans le domaine du commerce entre Etats. S'il est affirmé par la Cour dès l'affaire *Gibbons*, les termes employés dans d'autres affaires ont pourtant pu sembler suggérer que cette compétence était concurrente. Ainsi dans une affaire *Southern Pacific Co.* de 1945, la Cour indique qu'"*en l'absence de conflit avec la législation du Congrès, il reste un pouvoir*

<sup>395</sup> 79 U.S. (12 Wall.) 418 (1870) (p.430).

<sup>396</sup> 116 U.S. 446, (1886) (p.455, pt.2).

<sup>397</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.660.

<sup>398</sup> On peut ainsi noter qu'elle n'applique pas la doctrine de la clause dormante aux mesures visant la production et les contrôles sanitaires : *Ibid.*, p.656.

<sup>399</sup> GERVAIS (D.), Accès aux marchés : une seule Europe, cinquante Etats-Unis", *La tribune*, 24 février 1992.

Voir aussi : HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 370), p.156.

<sup>400</sup> REDISH (M.), NUGENT (S.), *The dormant...*(*op.cit.* note 291), p.573.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p.583.



*résiduel* (residuum of power) à l'Etat de faire des lois régissant des questions d'intérêt local qui, dans une certaine mesure, affecteraient néanmoins le commerce entre Etats ou même le régularaient<sup>402</sup>. Martin Redish et Shane Nugent citent également au soutien du rejet du caractère exclusif de la compétence fédérale l'opinion dissidente du juge Scalia dans l'affaire *Tyler Pipe* de 1987 qui considère que "les termes de la clause de commerce n'indiquent aucune indication d'exclusivité", et que l'art.I sect.10 qui interdit aux Etats un certain nombre d'actions n'évoque pas le commerce entre Etats<sup>403</sup>. Si l'on considère l'ensemble de la jurisprudence, il est possible de conclure toutefois à une simple maladresse de rédaction, le caractère résiduel visant non pas le pouvoir de l'Etat de légiférer sur le commerce entre Etats, mais la possibilité d'intervenir sur une autre base de compétence<sup>404</sup> alors même que la réglementation a un effet indirect sur le commerce entre Etats tant que le Congrès n'est pas intervenu en légiférant sur la question. Ainsi, dans l'affaire *Welton* la Cour affirme clairement que "le pouvoir [de réglementer le commerce entre Etats] est exclusif de toute autorité étatique"<sup>405</sup>.

Face à l'argument selon lequel les Pères fondateurs ont conféré au Congrès et non à la Cour suprême le soin d'éviter des conflits économiques, Donald Regan rétorque que leur but principal n'était pas de donner un pouvoir de réglementation du commerce entre Etats au Congrès, mais d'empêcher les Etats de réglementer en la matière en rendant ce pouvoir exclusif<sup>406</sup>. Par ailleurs, il ajoute que l'existence d'entraves au commerce entre Etats peut engendrer une escalade d'animosités et mettre en péril l'union<sup>407</sup>.

Martin Redish et Shane Nugent estiment que la Cour dépasse la simple interprétation, pour tomber dans une création jurisprudentielle contraire à la Constitution<sup>408</sup> et qu'elle devrait se fonder sur l'art.IV sect.2 cl.1 de la Constitution<sup>409</sup>.

## **B. L'effet d'encadrement des droits fondamentaux fédéraux**

**716.** A l'inverse du contexte de la lutte contre les entraves aux libertés de circulation qui

<sup>402</sup> 325 U. S. 761, (1945) (p.767, pt.8).

<sup>403</sup> 483 U.S. 232 (1987) ( p.261).

<sup>404</sup> On peut utiliser ce même argument de l'intervention des Etats sur une autre base de compétence à l'encontre de l'argument de Martin REDISH et Shane NUGENT en vertu duquel un raisonnement conséquent fondé sur une compétence fédérale exclusive devrait selon eux conduire à remettre en cause toute réglementation étatique ayant un impact sur le commerce entre Etats (*The dormant... (op.cit. note 291), p.584*).

<sup>405</sup> 91 U.S. 275 (1875) (p.280).

<sup>406</sup> REGAN (D.), *The Supreme Court and state protectionism : making sense of the dormant commerce clause, Michigan Law Review*, 1986, n°84, p.1125. A l'appui de cette argumentation peut être citée une lettre que Madison écrit la même année, quelques mois seulement avant la décision dans l'affaire *Gibbons* "Il est maintenant certain qu'elle est née de l'abus du pouvoir par les Etats importateurs de taxer ceux qui n'importaient pas, et qu'elle était prévue comme une disposition négative et préventive face à l'injustice entre les Etats, plutôt que comme un pouvoir à utiliser pour les buts positifs du gouvernement fédéral qui était cependant le seul à qui il pouvait être confié le pouvoir de correction" : James Madison to J. C. Cabell, le 13 février 1829, in : FARRAND (M.), *The Records... (op.cit. note 21), vol.3, Appendix A, CCCLXVI*. Pour une critique de cette lecture de la lettre de Madison, voir : REDISH (M.), NUGENT (S.), *The dormant... (op.cit. note 291), p. 586*. L'argumentation de ces auteurs est toutefois sur ce point peu convaincante.

<sup>407</sup> REGAN (D.), *Ibid.*, pp.1113-1114 (pour l'ensemble de sa démonstration : voir *Ibid.*, pp.1110-1125). Ce contexte ne remet pas en cause l'absence d'obligation de motivation du Congrès pour permettre des dérogations aux interdictions d'entraves.

<sup>408</sup> REDISH (M.), NUGENT (S.), *The dormant... (op.cit. note 291), p.588* où ils dénoncent notamment la formule précitée de l'affaire *Welton v. State of Missouri* que "[l']inaction [du Congrès] [...] équivaut à une déclaration que le commerce entre Etats doit être libre et sans entrave (untrammèd)".

<sup>409</sup> *Ibid.*, p. 606. Dans le même sens : EULE (J.), *Laying the Dormant Commerce Clause to Rest, Yale Law Journal*, 1982, n°91, p.430.



trouvent un fondement direct dans le droit de l'Union européenne alors qu'elles doivent être déduites d'une clause attributive de compétence fédérale dans le cas américain, la protection des droits fondamentaux constitutionnels peuvent être invoqués directement aux Etats-Unis, alors qu'ils ne sont invocables que dans le cadre d'une application d'une autre disposition du droit européen dans le cas de l'Union européenne.

Nous avons choisi dans les développements qui suivent de nous restreindre à l'exemple du modèle américain comme étalon de comparaison des potentialités d'extension du pouvoir fédéral par le biais des droits fondamentaux (1), et d'illustrer les possibilités d'un encadrement comparable de l'autonomie des Etats membres dans le cadre européen<sup>410</sup> à l'aune de la jurisprudence *Mangold* (2).

### 1) *Le cas américain*

717. A la fin de la guerre de Sécession, le Congrès est formé de membres qualifiés de "strict reconstructionnists" car favorables à une politique rigoureuse vis-à-vis des Etats du Sud qui avaient fait sécession. Ils désirent notamment assurer la protection des droits des Noirs américains<sup>411</sup>. Dans ce contexte sont introduits dans la Constitution fédérale plusieurs amendements visant à renforcer les droits des citoyens. Le 13<sup>e</sup> amendement interdit l'esclavage. Le 15<sup>e</sup> amendement interdit la restriction de l'exercice du droit de vote des citoyens américains sur la base de sa race ou de son statut antérieur d'esclave. Enfin, la 1<sup>ère</sup> clause du 14<sup>e</sup> amendement interdit à un Etat d'adopter ou d'appliquer des lois "qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis", de "priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière", et de refuser "une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction".

La Cour suprême va certes pendant un siècle, sur la base de sa décision *The Slaughter-House Cases* de 1873<sup>412</sup>, interpréter restrictivement les droits accordés par le droit fédéral et notamment de la clause de privilèges et immunités du 14<sup>e</sup> amendement, limitant leur bénéfice aux droits de citoyenneté américaine et non aux droits de citoyenneté étatique<sup>413</sup>. La Cour y pose le principe de la double citoyenneté en vertu duquel "la qualité de citoyen d'un Etat celle de citoyen des Etats-Unis restent distinctes l'une de l'autre, et les seuls protégés par le gouvernement fédéral sont ceux que les individus possèdent comme citoyens des Etats-Unis, non ceux dont ils bénéficient en tant que citoyen d'un Etat"<sup>414</sup>. Cette position s'explique par la défense des droits étatiques, la crainte d'un transfert de compétence en matière de protection des

---

<sup>410</sup> Le cadre de la thèse ne permet pas de multiplier les exemples, nombreux sur ce point et nous avons préféré nous concentrer sur une jurisprudence qui nous semble bien résumer la problématique. Nous citerons néanmoins rapidement ici un autre exemple l'arrêt *K.B.* du 7 janvier 2004 (aff.C-117/01, *Rec.*2004 p.I-541) déjà évoqué (cf. *supra* partie I chap.I sect.I §1 B. 1)). Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel du juge britannique concernant la conformité d'une loi qui empêchait un transsexuel de se marier avec l'art.141 CE sur l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. La Cour de justice estime qu'en en empêchant à "un couple tel que *K. B. et R* de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre", cette loi est contraire à l'article 141 CE (Aff.C-117/01, *K. B.*, pt.36). Dans cette affaire, la Cour ne se contente pas d'une telle interprétation large, elle fait indirectement une application de la Charte des droits fondamentaux au Royaume-Uni en suivant la jurisprudence *Goodwin* de la CEDH (Souligné par : LEFEVRE (S.), *Le Royaume-Uni et la Charte des droits fondamentaux*, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir), *Le traité de Lisbonne*, Bruylant, 2009, p.176)

<sup>411</sup> MAYERS (L.), *The Habeas Corpus Act of 1867 : The Supreme Court as Legal Historian*, *The University of Chicago Law Review*, 1965, Vol. 33 n°1, p.31.

<sup>412</sup> *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

<sup>413</sup> Sur cette jurisprudence classique restrictive : NELSON (W.) *The Fourteenth Amendment : from political principle to judicial doctrine*, Harvard University Press, 1988, pp.148-202.

<sup>414</sup> Présentation de l'arrêt par Elisabeth ZOLLER : *Grands... (op.cit. note 16)*, p.238.



droits fondamentaux au niveau fédéral<sup>415</sup>. Ces droits étaient en effet garantis par le niveau étatique et les droits inclus dans la Constitution fédérale visaient jusqu'à la guerre de Sécession uniquement la protection des citoyens contre le gouvernement fédéral. Il est par ailleurs à noter que la Cour suprême déclare inconstitutionnel dans l'arrêt dit *Civil Rights Cases* de 1883 le Civil Rights Act que le Congrès avait adopté en 1875 au motif que le 14<sup>e</sup> amendement n'interdit que les discriminations pratiquées par les Etats et non les personnes privées<sup>416</sup>.

Mais la jurisprudence va évoluer à partir du milieu des années 1950. La Cour rend ainsi en 1954 l'arrêt *Brown v. Board of education* dans lequel elle déclare que lois d'Etats en matière d'éducation posant le principe de ségrégation raciale violent la clause d'égalité de protection des lois du 14<sup>e</sup> amendement<sup>417</sup>, revenant sur sa jurisprudence *Plessy v. Ferguson* de 1896<sup>418</sup> qui avait posé le principe "séparé mais égaux" validant la ségrégation raciale pratiquée dans les Etats du Sud. Puis, elle va dans les années 1960 peu à peu imposer un contrôle de la protection des droits fondamentaux assurés au niveau étatique. L'effet d'encadrement des droits des Etats a été tel qu'on a pu écrire que l'incorporation des dispositions du Bill of Rights par la Cour suprême "représent[ait] un tournant dans [la] compréhension collective du fédéralisme"<sup>419</sup> aux Etats-Unis. Nous citerons comme expression de cette offensive judiciaire l'arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 dans laquelle elle consacre le droit à la vie privée comme droit constitutionnel et déclare inconstitutionnelle sur cette base une loi de l'Etat du Connecticut, Elisabeth Zoller qualifiant cette affaire d'un "des plus célèbres exemples de l'activisme judiciaire dans l'interprétation constitutionnelle"<sup>420</sup>.

**718.** Autre apport de l'après guerre de Sécession en matière de protection des droits fondamentaux ayant eu un impact d'encadrement de l'autonomie des Etats, l'Habeas Corpus Act adopté en 1867, dont nous développerons un peu plus l'étude car il est moins connu que le phénomène d'extension du 14<sup>e</sup> amendement. Cette loi permet d'aller devant une cour fédérale dans le cas où la privation de liberté dont est l'objet le citoyen américain est contraire à un texte de droit fédéral. Le Congrès a voulu anticiper les résistances des Etats du Sud à l'application des droits aux Noirs américains en donnant au juge fédéral le pouvoir d'ordonner directement à la prison de libérer un prisonnier, alors que dans le cadre de la révision directe la Cour suprême dispose uniquement d'un pouvoir d'annuler la décision et de la renvoyer à une cour étatique qui procède à un nouveau jugement. Afin d'éviter le passage par la Cour suprême qui était alors composée majoritairement de membres conservateurs, elle est écartée de la procédure de l'habeas corpus. Un pouvoir d'appel contre les jugements rendus en la matière par les cours fédérales inférieures ne lui sera conféré qu'en 1885 une fois terminée l'ère des "stricts reconstructionnists" au Congrès<sup>421</sup>.

<sup>415</sup> NEUMAN (G.), Fédéralisme et citoyenneté aux États-Unis et dans l'Union européenne, *Critique internationale*, 2003, vol.4, no 21, pp.155-156.

<sup>416</sup> 109 US 3 (1883). Le Civil Rights Act de 1875 a été adopté sur la base de la clause de commerce pour permettre son extension aux personnes privées (souligné par : ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), p.257 : Présentation de l'arrêt *Civil Rights Cases*) : voir *supra* §2 A. 2) pour quelques exemples d'utilisation de cette clause pour fonder une extension des droits fondamentaux.

<sup>417</sup> 347 U.S. 483 (1954) : ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), pp.601 et s.

<sup>418</sup> 163 U.S. 537 (1896).

<sup>419</sup> MARCEAU (J.), Un-incorporating the Bill of Rights : The tension between the fourteenth Amendment and the federalism concerns that underlie modern criminal procedure reforms, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2008, vol.98 n°4, p.1232.

<sup>420</sup> 81 U.S. 479 (1965). Présentation de l'arrêt par Elisabeth ZOLLER (*Grands...*(*op.cit.* note 16), p.679. Voir pour des précisions sur la jurisprudence relative au 14<sup>e</sup> amendement : KILLIAN (J.), COSTELLO (G.), THOMAS (K.), *The Constitution of the United States of America : Analysis and Interpretation*, Washington, U.S. Government printing office, 2004, pp.1671-2047.

<sup>421</sup> DOYLE (C.), Federal Habeas Corpus : A Brief Legal Overview, Congressional Research Service Report for Congress, The Library of Congress, 26 avril 2006, p.29 : <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33391.pdf>. La Cour suprême considère pourtant dès un arrêt *Ex parte McCardle* de 1868 (73 U.S. (6 Wall.) 318 (1868)

Jusque dans les années 1960, cette procédure a peu d'effet. La première raison est tirée d'une lecture étroite du 14<sup>e</sup> amendement. La seconde est que la Cour suprême a posé, dans un arrêt *Ex parte Royall* de 1886<sup>422</sup>, le principe de l'"adequate and independant state ground" (AISG) ou principe de la déférence au droit étatique, ainsi que l'obligation que toutes les voies de recours étatiques aient été épuisées avant d'utiliser la procédure d'habeas corpus. Selon la doctrine de l'AISG, un juge fédéral ne peut contrôler le jugement d'une cour étatique qui trouve un fondement "approprié" dans le droit étatique, la structure fédérale impliquant que les Etats peuvent déterminer la procédure devant leurs cours. Le juge fédéral peut ainsi uniquement interpréter le droit fédéral et se trouve lié par l'interprétation du droit étatique donnée par la cour suprême de l'Etat.

Dans un article de 1961, le juge Brennan a tenté de persuader la Cour suprême d'écarter la doctrine de l'AISG dans le cas de la procédure de l'habeas corpus<sup>423</sup>. Il soulignait tout d'abord qu'il s'agit d'une procédure particulière ayant un objet bien délimité et non d'un appel concernant l'ensemble d'une affaire. Puis il ajoutait que la protection individuelle nécessitait de s'écarter d'une application trop stricte du principe de fédéralisme.

La Cour suprême va suivre les recommandations du juge Brennan à partir de 1963. Elle assouplit tout d'abord considérablement la condition d'épuisement des voies de recours dans un arrêt *Fay v. Noia* de 1963 en indiquant que c'est seulement en cas de "*contournement délibéré*" par le requérant de la procédure étatique des voies de recours que le juge fédéral d'Habeas Corpus "*peut de façon discrétionnaire*" décider de rejeter la demande<sup>424</sup>, là où jusqu'alors le principe était celui d'une obligation de rejet. En outre, elle affirme que les juridictions fédérales ne sont pas liées dans leur interprétation du droit étatique par les décisions des cours étatiques. Elle pose par ailleurs dans un arrêt *Townsend v. Sain* de 1963 le principe de l'obligation pour le juge fédéral d'habeas corpus, en présence de certaines circonstances, de procéder à des auditions<sup>425</sup>. Le requérant soutenait en l'espèce que sa condamnation violait le 14<sup>e</sup> amendement car elle était basée sur des aveux qui avaient été acceptés comme preuve lors du procès alors qu'ils avaient été obtenus grâce à un "sérum de vérité" administré par un policier. La cour fédérale de district saisie d'une requête d'habeas corpus avait refusé au requérant la possibilité de fournir d'autres preuves et témoignages, estimant que les aveux avaient été obtenus régulièrement. La Cour suprême annule cette décision car elle considère que les faits n'ont pas été clairement établis dans le cadre du procès étatique<sup>426</sup>. Enfin dans une décision *Sanders v. United States* de 1963, la Cour suprême pose dans le cas de prisonniers fédéraux des conditions restrictives à la prise en compte du rejet d'une précédente demande d'habeas corpus<sup>427</sup>. En l'espèce, le requérant, qui avait été condamné à une peine de prison pour le vol d'une banque fédérale, avait fait une première demande d'habeas corpus. Celle-ci ayant été rejetée, il en avait fait une seconde sur la base d'un autre fondement, mais elle est rejetée, la cour fédérale de district saisie estimant que le requérant aurait dû soulever cet argument dans le cadre de sa première demande. La Cour suprême considère que la cour aurait dû procéder à des auditions et se fonder sur leurs résultats pour juger s'il convenait de conclure à l'irrecevabilité du recours.

Pour une partie des auteurs américains, ces interprétations extensives sont conformes à la volonté des "strict reconstructionists" du Congrès qui ont voté l'Habeas Corpus Act<sup>428</sup>. Ils

---

p.324) que tout pouvoir d'appel ne lui est pas ôté (voir à ce sujet Doyle (C.), *Ibid.*, pp.27-28.

<sup>422</sup> 117 U.S. 241 (1886).

<sup>423</sup> BRENNAN (W.), Federal Habeas Corpus and State Prisoners: An Exercise in Federalism, *Utah Law Review*, vol.7, pp.423 et s. Voir aussi : ID., The Bill of Rights and the States, *The New York University Law Review*, 1961, n°36, pp.761 et s.

<sup>424</sup> 372 U.S. 391 (1963) (p.439).

<sup>425</sup> 372 U.S. 293 (1963) pp.312-313.

<sup>426</sup> *Ibid.*, pp.320-322.

<sup>427</sup> 373 U.S. 1 (1963) (pp.15 et pp.17-18).

<sup>428</sup> En ce sens : MAYERS (L.), *The Habeas...* (*op.cit.* note 411), p.31.



soulignent en outre que l'existence de la procédure de l'habeas corpus a conduit les juridictions étatiques à mieux protéger les droits constitutionnels fédéraux. Robert Cover et Alexander Aleinikoff estiment enfin que ce système est équilibré<sup>429</sup>. Il écarte le modèle de l'imposition hiérarchique de valeurs par les cours fédérales qui aurait provoqué une interférence trop forte avec le droit des Etats, ainsi que celui laissant aux juridictions étatiques toute liberté qui posait problème du point de vue de la cohérence fédérale. Il repose sur une troisième voie, celle du dialogue fédéral ("dialectical federalism") en vertu de laquelle les cours étatiques ne sont pas liées pour l'avenir par les décisions rendues dans le cadre de la procédure d'habeas corpus, sauf quand elles sont rendues par la Cour suprême fédérale, sachant que cette dernière n'accepte que peu d'affaires.

Cette lecture assouplie des conditions de recevabilité des recours d'habeas corpus, combinée au développement de l'utilisation du Bill of Rights à l'encontre des Etats fédérés a été au contraire critiquée par une autre partie de la doctrine qui estimait que les individus condamnés par les cours étatiques en abusaient afin de gagner du temps<sup>430</sup>.

La Cour suprême va toutefois rapidement poser des restrictions à sa jurisprudence. Elle précise dans un arrêt *Wainwright v. Sykes* de 1977<sup>431</sup> que les juridictions étatiques doivent avoir pu se voir donner l'opportunité de corriger les violations de droit constitutionnel. Elle pose des conditions beaucoup plus strictes de preuve de ces violations. Par un arrêt *Teague v. Lane* de 1989<sup>432</sup>, elle limite ensuite l'application rétroactive de ses décisions considérant que le but de la procédure d'habeas corpus est de pousser les juridictions à appliquer les standards constitutionnels et que l'on ne peut donc leur opposer des règles qui ne s'imposaient pas encore à elles.

Mais c'est en 1996 qu'est effectuée une modification profonde du système de l'habeas corpus par le biais de l' "Antiterrorism and Effective Death Penalty Act" (AEDPA). Cette loi est souvent présentée comme s'inscrivant dans le processus de retour à une lecture du fédéralisme américain plus favorable aux Etats et de recul de la protection des droits individuels par les autorités fédérales. La réforme visait notamment à lutter contre l'utilisation abusive de la procédure d'habeas corpus pour repousser l'application de la peine de mort, alors que les demandes de contrôle bénéficiaient dans les cas de condamnation à mort d'un taux important de recevabilité en raison des conséquences irréversibles en jeu<sup>433</sup>. En outre, les demandes d'habeas corpus se fondant sur des griefs déjà étudiés par une juridiction étatique sont rejetées ; les seules exceptions sont d'une part le cas où l'interprétation ou l'application du droit fédéral est jugée déraisonnable par rapport à la jurisprudence de la Cour suprême, et d'autre part le cas où la décision étatique se fonde sur une appréciation déraisonnable des faits, sachant que le poids de la preuve permettant de renverser la présomption du caractère raisonnable repose sur le requérant<sup>434</sup>. Enfin, l'AEDPA revient à une lecture stricte de l'épuisement des voies de recours étatique en se fondant sur la nécessité de donner aux juridictions étatiques l'opportunité de rectifier une violation constitutionnelle.

La question de la compétence du Congrès pour restreindre l'accès à la procédure d'habeas corpus a été posée dans le cadre d'une affaire *Felker v. Turpin* que la Cour suprême a eu à connaître en 1996<sup>435</sup>. Si elle reconnaît la validité de la loi, elle l'interprète restrictivement

---

<sup>429</sup> Voir pour des précisions : COVER (R.), ALEINIKOFF (A.), Dialectical Federalism : Habeas Corpus and the Court, *The Yale Law Journal*, 1977, Vol. 86 n°6, pp. 1035-1102.

<sup>430</sup> En ce sens : FRIENDLY (H.), Is Innocence Irrelevant ? Collateral Attack on Criminal Judgments, *University of Chicago Law Review*, 1970, vol.38 n°1, pp.155-56.

<sup>431</sup> *Wainwright v. Sykes*, 433 U.S. 72 (1977).

<sup>432</sup> *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).

<sup>433</sup> Voir pour une présentation des réflexions menées et du but de cette réforme : DOYLE (C.), *Federal...*(*op.cit.* note 421), pp.11-12.

<sup>434</sup> *Ibid.*, pp.13-15.

<sup>435</sup> 518 U.S. 651 (1996).

quant à l'encadrement de ses pouvoirs<sup>436</sup>.

## 2) L'exemple européen de la jurisprudence *Mangold*

719. On retrouve la même ambiguïté dans l'Union européenne qu'aux Etats-Unis concernant la protection des droits fondamentaux, bénéfique pour les citoyens européens et recul de l'autonomie des Etats, comme l'illustre la jurisprudence *Mangold*.

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Mangold* de 2005, un contrat de travail avait été conclu entre le requérant et une entreprise. Il était conforme à la loi allemande applicable qui permettait de limiter la durée du contrat de tout employé de plus de 52 ans. Un recours est néanmoins initié à son encontre sur le fondement de la violation par cette loi de la directive n°2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La CJCE saisie d'un renvoi préjudiciel indique tout d'abord que la directive permet de justifier une inégalité de traitement sur la base de l'amélioration de l'intégration dans le monde du travail des chômeurs âgés<sup>437</sup>, et qu'une large marge de manœuvre est laissée aux Etats. Mais elle poursuit que le seul argument de l'âge, sans prise en compte de la situation concrète individuelle de l'employé et sans preuve de la nécessité objective de la disposition pour le soutien à l'emploi des seniors ne permet pas de conclure à sa proportionnalité<sup>438</sup>.

La directive ne pouvait être invoquée faute de dépassement la date limite de transposition par l'Allemagne. La Cour se fonde alors sur sa jurisprudence *Inter-environnement* de 1997 en vertu de laquelle, avant même la fin du délai de transposition, les Etats "*doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive*"<sup>439</sup>. Elle en déduit que l'Allemagne ne pouvait plus adopter de mesure contraire à l'objectif de lutte contre les discriminations en raison de l'âge fixé par la directive<sup>440</sup>. Or, la loi en cause dans l'espèce avait été modifiée ultérieurement à l'adoption de la directive dans un sens contraire à cet objectif. L'âge permettant de limiter la durée du contrat de travail sans motivation avait été en effet abaissé de 58 à 52 ans.

Le dernier problème soulevé était que le contrat avait été conclu entre des personnes privées alors que selon une jurisprudence confirmée à plusieurs reprises, la Cour de justice ne reconnaît pas l'effet direct d'une directive entre personnes privées. L'avocat général Tizzano avait, dans ses conclusions, déconseillé à la Cour d'écarter la disposition nationale sur le fondement de la jurisprudence *Inter-environnement*<sup>441</sup>, estimant que cela reviendrait à revenir sur cette jurisprudence<sup>442</sup>. Mais la Cour préfère contourner le problème en reconnaissant l'existence d'un principe général du droit européen interdisant toute discrimination en raison de l'âge. Elle ne donne toutefois pas de justification particulière, se contentant de citer le préambule de la directive qui affirmait que l'interdiction des discriminations visées avait sa source dans des traités internationaux et les traditions constitutionnelles des Etats membres<sup>443</sup>.

La CJUE a confirmé depuis cette jurisprudence dans un arrêt *Palacios* de 2007<sup>444</sup>, ou encore dans un arrêt *Kücükdeveci* de 2010 dans lequel elle affirme que c'est "*sur le fondement du principe général du droit de l'Union interdisant toute discrimination fondée sur l'âge, tel*

<sup>436</sup> Voir pour des précisions : *Ibid.*, pp.29-30.

<sup>437</sup> Aff. C-144/04, *Mangold*, pt.59.

<sup>438</sup> *Ibid.*, pt.65.

<sup>439</sup> CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-129/96, *Rec.*1997 p.I-7411, pt.45 : visé dans son arrêt *Mangold*, pts. 66-67.

<sup>440</sup> Aff. C-144/04, *Mangold*, pts.71-72.

<sup>441</sup> Conclusions dans l'aff. C-144/04, *Mangold*, pt.104.

<sup>442</sup> *Ibid.*, pt.107.

<sup>443</sup> Aff. C-144/04, *Mangold*, pts.74-75.

<sup>444</sup> CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, aff. C-411/05, *Rec.*2007 p. I-8531.

que concrétisé par la directive 2000/78" qu'elle étudie la question préjudicielle<sup>445</sup>.

**720.** La jurisprudence *Mangold* a fait l'objet d'un nombre important de commentaires critiques, de la part d'avocats généraux, de la doctrine, voire d'hommes politiques<sup>446</sup>.

L'avocat général Geelhoed dans ses conclusions dans l'affaire *Chacon Navas*<sup>447</sup> et l'avocat général Mazak dans ses conclusions dans l'affaire *Palacios*<sup>448</sup>, critiquent une déduction à partir de l'art.13 CE d'un principe général d'interdiction des discriminations qui y sont énumérées<sup>449</sup>. Ce dernier ajoute que si l'on suit la jurisprudence *Mangold*, n'importe quelle discrimination visée art.1 de la directive n°2000/78 pourrait fonder un PGD<sup>450</sup>. Enfin, l'avocat général Colomer considère dans ses conclusions dans les affaires jointes *Michaeler et Subito* que la jurisprudence *Mangold* est "*nocive pour l'ordre juridique*" européen<sup>451</sup>.

Pour ce qui est de la doctrine, il a tout d'abord été avancé que l'art.13 CE n'est qu'une base juridique, qu'il ne pose pas de principe général à la différence de l'art.141 CE (157 TFUE)<sup>452</sup>. Il a en outre été souligné l'absence de fondement dans les traités internationaux ainsi que dans la tradition constitutionnelle commune indirectement visé par le renvoi au préambule de la directive<sup>453</sup>, absence qui ne pouvait être comblée par le renvoi à son inclusion dans l'art.21 de la Charte des droits fondamentaux étant donné que la Charte n'avait pas alors force contraignante<sup>454</sup>. A cet égard, des commentateurs ont écrits que la Cour "*ne fait aucun effort pour convaincre*", qu'"elle impose sa vision à travers son pouvoir en tant que cour compétente"<sup>455</sup>, voire qu'elle "*invente*"<sup>456</sup>. Olivier Dubos voit dans cette jurisprudence une remise en cause indirecte de l'absence d'effet direct horizontal des directives et surtout de l'absence d'effet direct avant la fin du délai de transposition, conduisant à une atteinte majeure à la compétence des Etats<sup>457</sup>.

**721.** Un certain nombre de voix se sont tout de même élevées pour soutenir la position de la Cour de justice. Dans ses conclusions dans l'affaire *Bartsch*, l'avocate générale Sharpston reconnaît que les sources de l'interdiction de la discrimination en raison de l'âge sont récentes, mais justifie la consécration du PGD par l'évolution de la société relativement aux discriminations jugées inadmissibles<sup>458</sup>. En outre, elle répond à ceux qui indiquent que l'art.13

<sup>445</sup> CJCE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff.C-555/07, *Rec.*2010 p.I-00365, pt. 27.

<sup>446</sup> Voir en ce sens : SENAT, Rapport HAENEL (*op.cit.* note 9), 2009, pp.15-16.

<sup>447</sup> Conclusions dans l'aff.C-13/05, *Chacon Navas*, pt.53.

<sup>448</sup> Conclusions dans l'aff. C-411/05, *Palacios de la Villa*, pt.88.

<sup>449</sup> *Ibid.*, pt.95.

<sup>450</sup> *Ibid.*, pt.96.

<sup>451</sup> Conclusions dans les aff. jointes C-55/07 et C-56/07, *Michaeler et Subito*, pts.21-22.

<sup>452</sup> En ce sens : GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), "*Mangold*" als ausbrechender Rechtsakt, Munich, sellier european law publishers GmbH, 2009, pp.29-30 ; KÖRNER (M.), Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung, *NZA*, 2005, p.1398 ; PREIS (U.), Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, *NZA*, 2006, p.408.

<sup>453</sup> KÖRNER (M.), *Ibid.*, p.1397 ; Wieland (J.), Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, *NJW*, 2009, p.1843; Preis (U.), *Ibid.*, p.406 ; Riesenhuber (K.), Case: ECJ – Mangold, *European Review of Contract Law*, 2007, Vol.3 n°1, p. 66.

<sup>454</sup> GERKEN (L.), RIEBLE (V.), ROTH (G.), STEIN (T.), STREINZ (R.), "*Mangold*"...(*op.cit.* note 452), p.21.

<sup>455</sup> KREBBER (S.), The social rights approach of the European Court of Justice to enforce european employment law, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2006, vol.27 n°3, p.383.

<sup>456</sup> En ce sens : HANAU (P.), Neues vom Alter im Arbeitsverhältnis, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, vol.28 n°51-52, p.2383.

<sup>457</sup> CJCE, 5 avr. 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.*p.1629. DUBOS (O.), La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie?, *La Semaine juridique - édition générale*, 2006, II 10107, pp.1296.

<sup>458</sup> Conclusions dans l'aff.C-427/06, *Bartsch*, pts.43-46. Elle indique ainsi au qu'à l'époque de l'arrêt *Marshall* (26 février 1986, aff. C-152/84, *Rec.*p. 723) la discrimination en raison de l'âge n'était pas reconnue comme



CE n'a plus de sens dès lors qu'un PGD existe, que c'est au contraire seulement dans la mesure où un tel principe existe qu'une base juridique comme l'art.13 CE se justifie pour prendre des mesures visant à faire assurer son respect<sup>459</sup>. Dans ses conclusions dans l'affaire *Küçükdeveci*, l'avocat général Bot ajoute que sa consécration à l'art.21 de la Charte des droits fondamentaux est une manifestation d'une telle évolution<sup>460</sup>.

Enfin nous renverrons à l'arrêt *Honeywell* de 2011<sup>461</sup> de la Cour constitutionnel, déjà mentionné, au soutien de l'absence de dépassement de compétence de la part de la Cour de justice par cette jurisprudence<sup>462</sup>.

**722.** Les Etats membres ont tenté notamment par le nouvel art.6§1 TUE de freiner le développement trop important d'une jurisprudence en matière des droits fondamentaux limitant leurs marges d'action, mais il est possible de douter de son efficacité si l'on se réfère à l'expérience des unions fédérales qui montre que les déclarations de droits ont un effet centralisateur<sup>463</sup>.

### **C. L'effet d'encadrement du levier financier**

**723.** Un dernier facteur d'encadrement des compétences des Etats membres peut être souligné, le levier financier.

Nous avons vu que l'action de l'Union européenne en matière de fonds structurels, même modeste, poussait à une plus grande autonomie des régions, pression indirecte qui, si elle peut favoriser le développement de l'identité européenne par le biais des coopérations interrégionales, peut apparaître contraire à l'autonomie de détermination par un Etat de son organisation constitutionnelle interne<sup>464</sup>. Dans la perspective d'un développement de ces fonds, il est intéressant de se pencher sur les effets d'encadrement par les subventions fédérales qui ont pu être constatés sur l'exercice de leurs compétences par les Etats membres dans les cas américain et allemand (1).

Par ailleurs, au-delà de la solidarité "verticale" se pose la question de la péréquation "horizontale" (2). Au contraire des Etats-Unis où c'est le niveau fédéral qui donne des aides et où la péréquation se confond avec les subventions fédérales<sup>465</sup>, dans l'Union européenne, les subventions renvoient très largement à la question de la péréquation horizontale car le budget repose pour l'essentiel sur des contributions financières des Etats.

Nous étudierons le système suisse uniquement dans les développements sur les subventions fédérales car jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme sur la péréquation, leur modulation participait très largement au rééquilibrage financier entre cantons.

---

relevant des discriminations combattues (*Ibid.*, pt. 47).

<sup>459</sup> *Ibid.*, pt.50.

<sup>460</sup> Conclusions dans l'aff. C-555/07, *Küçükdeveci*, pts.71-75.

<sup>461</sup> BVerfGE 126, 286 (2<sup>e</sup> sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*)

<sup>462</sup> Cf. Partie I chap.II sect.I §2 B. Voir pour plus de détails sur les critiques et les soutiens de la jurisprudence Mangold : DECHATRE (L.), Karlsruhe et le contrôle ultra vires : une "source de miel" pour adoucir la très acidulée décision Lisbonne, *RAE*, 2009-2010, n°4, pp.861-873.

<sup>463</sup> En ce sens : ECKHOUT (P.), The EU Charter of fundamental rights and the federal questions, *CMLR*, 2002, n°39, p.945.

<sup>464</sup> Voir à cet égard : *supra* partie I chap.preliminaire sect.II §2 et chap.I sect.II §1 B 3).

<sup>465</sup> Aux EU, il n'y a pas de système de péréquation entre les Etats même si des cas ponctuels ont pu exister, mais le système fédéral d'imposition et d'allocation joue un rôle stabilisateur contre les chocs temporaires si bien qu'il est difficile de distinguer le rôle de stabilisation de l'économie joué par ce système de son rôle de redistribution, même s'ils rappellent qu'une telle redistribution n'est pas nécessaire au bon fonctionnement d'une union monétaire contrairement aux facteurs de stabilisation (Sur ce point cf. HER MAJESTY TREASURY, *The United States as a monetary union*, (contribution de TRUMAN (E.) et MEYER (L.), EMU study, The Stationery Office, 2003, p.64).

## 1) L'encadrement de l'action des Etats, accessoire des subventions

Nous avons indiqué dans la première partie la nécessité d'un renforcement de l'autonomie financière de l'Union européenne, ce qui permettrait plus d'action, et notamment un développement du niveau des subventions données par l'UE. Il s'agit maintenant de voir l'autre versant des subventions, les potentialités d'influence sur les prises de décision dans des domaines relevant pour l'essentiel de la compétence des Etats. C'est dans une perspective de prévention des risques de déséquilibre entre les deux niveaux fédéral et fédéré pouvant conduire à des tensions qu'il est intéressant de se pencher sur les pratiques en la matière aux Etats-Unis (a), en Allemagne (b), et en Suisse (c).

### a) Le cas des Etats-Unis

**724.** Dans le cas américain, la décision *New York v. United States* précise qu'il est interdit au législateur fédéral d'obliger les Etats à voter et mettre en œuvre des programmes fédéraux. La Cour laisse certes un large pouvoir en vertu de la clause de commerce "*d'offrir aux Etats le choix de réglementer une activité conformément aux standards fédéraux ou d'avoir le droit étatique préempté par la réglementation fédérale*"<sup>466</sup>. Mais elle poursuit que, "*peu importe la très grande importance de l'intérêt fédéral en cause, la Constitution ne donne pas au Congrès l'autorité d'exiger des Etats de réglementer*"<sup>467</sup>. Elle énonce enfin que "*là où l'intérêt fédéral est suffisamment fort pour conduire le Congrès à légiférer, il doit le faire directement*" mais "*ne peut pas réquisitionner les gouvernements des Etats comme ses agents*"<sup>468</sup>. Cette position qui se justifie au regard du 10<sup>e</sup> amendement est toutefois assouplie par la possibilité pour le niveau fédéral d'inciter financièrement les Etats à adopter le programme qu'il suggère<sup>469</sup>.

La référence au but de pourvoir au bien-être général des EU, incluse à l'art.I section 8 Cl.1 de la Constitution, va servir de fondement au développement de subventions fédérales. La révision de la Constitution étant longue et complexe, le pouvoir législatif fédéral a pu être élargi par ce biais à des domaines dans lesquels il ne pouvait auparavant intervenir. Elle va par ce biais favoriser le développement du fédéralisme coopératif, et entraîner une intervention fédérale dans les domaines des compétences propres des Etats<sup>470</sup>.

**725.** C'est en 1923, dans un arrêt *Massachusetts v. Mellon*<sup>471</sup>, que la Cour, juge pour la première fois que des obligations posées par l'Etat fédéral en contrepartie de subventions versées aux Etats membres sont conformes à la Constitution. Elle estime en effet que la possibilité de les refuser préserve l'autonomie des Etats. Christophe Heckly et Eric Oberkampff déduisent de cet arrêt une reconnaissance d'un pouvoir général de dépenser dans le but d'assurer le bien-être général du peuple américain<sup>472</sup>, mais une telle interprétation apparaît excessive. La Cour suprême rejette en effet tout pouvoir délégué au Congrès d'"*édicter des lois pour promouvoir le bien-être général*", il faut que ce but soit "*promu par l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus*"<sup>473</sup>. Comme le rapporte Koenraad Lenaerts, aucune clause générale de

<sup>466</sup> 505 U.S. 144 (1992), p.167.

<sup>467</sup> *Ibid.*, p.178.

<sup>468</sup> *Ibid.*, p.178.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p.188.

<sup>470</sup> En ce sens : KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), p.212 ; DOMINICE (C.), *Fédéralisme coopératif*, ZSR, 1969, NF 88 vol.II, pp.765 et s.

<sup>471</sup> 262 U.S. 447.

<sup>472</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 370), p.28.

<sup>473</sup> ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), pp.446-447. Dans le même sens : *United States v. Butler* 297 U.S. 1 (1936) p.64.



compétence visant à garantir le bien-être social n'a pu être introduite dans la Constitution de 1787. Une telle clause, soutenue par les partisans d'autorités fédérales puissantes, aurait en effet signifié une remise en cause du principe de répartition stricte des compétences alors que les partisans des droits des Etats acceptaient uniquement de concéder une extension des compétences de l'Union dans les cas où les Articles de la Confédération avaient montré leurs limites<sup>474</sup>.

Si la clause de bien-être va bien jouer un rôle de soutien à l'intervention fédérale, c'est grâce à la ratification du 16<sup>e</sup> amendement en 1913 qui habilite l'Etat fédéral à imposer les revenus. La lecture combinée des deux dispositions va en effet permettre le développement de programmes de subventions fédérales : dès 1914 pour le développement agricole, 1916 pour les routes, 1917 pour la formation professionnelle, 1918 pour la santé publique<sup>475</sup>. Mais ces programmes vont franchir un seuil avec le New Deal qui voit se créer de très nombreuses agences fédérales chargées de gérer les différents programmes fédéraux mis en place, à l'instar de l'Agricultural Adjustment Administration créée en 1933<sup>476</sup>. Un nouvel élan sera ensuite donné par l'Etat fédéral avec le développement de nombreux programmes dans les années 60 et 70, notamment dans les domaines des transports et de l'environnement, non seulement afin d'assurer une cohérence à l'action, mais également dans le but de pousser les Etats à investir plus en la matière. On notera également le développement, durant cette période, de subventions accordées aux Etats afin de lutter contre les inégalités de revenus<sup>477</sup>. Il en résulte un doublement des dépenses de l'Etat fédéral. La part de l'aide fédérale dans les dépenses des Etats et collectivités locales est passée de 2% en 1927 à 27% en 1980<sup>478</sup>.

Or, la subvention a pour contrepartie une limitation des pouvoirs des Etats qui en bénéficient. L'Etat fédéral dispose d'un pouvoir d'approbation et de contrôle des projets subventionnés et fixe les grandes lignes de certains projets<sup>479</sup>. Certaines subventions sont même versées directement aux collectivités locales ou aux personnes privées, contournant ainsi le pouvoir des Etats<sup>480</sup>. Certes s'ils ne sont pas satisfaits, ces derniers peuvent en théorie demander une renégociation au Congrès ou à l'administration fédérale, mais un Etat fédéré pourra, politiquement, difficilement refuser une subvention dont il dépend pour pouvoir mettre en œuvre une action<sup>481</sup>. De même, si le principe d'additionnalité demeure, la limite du financement fédéral à hauteur de 50% posée en 1911 qui permettait de limiter l'influence fédérale a été abandonnée dans les années 1960.

Les subventions ont en outre une influence sur les choix politiques des Etats. En effet, afin d'en bénéficier, ils pourront choisir par exemple de réaliser certains projets plutôt que d'autres en fonction de ce critère. Comme le résumait Jean Anastopoulos en 1979, "*le grand intérêt qu'offre, en principe la formule fédérale en matière de décentralisation se trouve amoindri du fait de l'interventionnisme fédéral*" et "*ce qui se présentait à l'origine comme partage constitutionnel du pouvoir entre la collectivité étatique globale et les collectivités*

---

<sup>474</sup> LENAERTS (K.), *Le juge...*(*op.cit.* note 9), p.113.

<sup>475</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 370), p.88. Les auteurs renvoient sur ce point notamment à : DYE (T.), *American federalism : competition among governments*, Lexington Books, 1990, 219p.

<sup>476</sup> DOMINICE (C.), *Fédéralisme...*(*op.cit.* note 470), p.756.

<sup>477</sup> voir pour des détails sur ces différents programmes : HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 370), pp.52-55.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p.90.

<sup>479</sup> *Ibid.*, p.81.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p.29.

<sup>481</sup> *Ibid.*, pp.96-97 ainsi que p.86.



*composantes se réduit désormais à une simple répartition fonctionnelle des tâches*<sup>482</sup>. Par ailleurs, l'enchevêtrement résultant de ces subventions pose un problème d'attribution de la responsabilité, de manque de contrôle politique sur les organismes administratifs mis en place<sup>483</sup>. En outre, les subventions conduisent les Etats à perdre le sens des responsabilités, entraînant des gaspillages. Dans un rapport de 1989, l'ACIR mettait en avant le rôle du système des subventions dans le déséquilibre entre le niveau fédéral et le niveau étatique<sup>484</sup>.

Il est enfin à noter une augmentation du nombre d'attribution d'aides liées à un but déterminé, de subventions catégorielles qui permettent une immixtion plus forte encore de l'Etat fédéral dans les affaires des Etats fédérés<sup>485</sup>, par rapport aux subventions globales qui laissent une liberté importante en ne prédéterminant pas ce sur quoi doit précisément porter la dépense. L'Etat fédéral a un avantage certain à favoriser ce type de subventions qui lui donnent plus de pouvoirs de contrôle, notamment par le biais de commissions spécialisées du Congrès. Cette tendance est soutenue par les lobbies. Une subvention catégorielle concernant un objet précis suscitera en effet l'intérêt et le soutien des lobbies du secteur contrairement à une subvention globale qui peut être utilisée librement pour des objets divers par les Etats membres. Le pouvoir de direction fédéral est par ailleurs renforcé par la modification de la politique en matière de subvention fédérale dans les années 1960. Alors qu'elles visaient essentiellement des objectifs fixés par les Etats, elles suivent ultérieurement les "*besoins nationaux*" fixés par l'Etat fédéral<sup>486</sup>.

**726.** Un autre effet pervers du recours important au fédéralisme coopératif peut être constaté, le développement d'une "*technocratie fonctionnelle verticale*", chaque administration ayant plus de contact direct avec son homologue de l'autre niveau qu'avec les assemblées dont elle dépend<sup>487</sup>. En effet, pour mettre en œuvre ces programmes fédéraux, une coopération entre l'administration fédérale et l'administration des Etats est généralement nécessaire. Le New Deal va notamment permettre aux EU le développement d'un tel fédéralisme coopératif dans un système qui était jusqu'alors fondé sur une répartition stricte des compétences ; le Social Security Act 1935 est un des premiers exemples d'une telle coopération<sup>488</sup>. Des agences fédérales vont être à nouveau mises en place à partir des années 1950 pour encadrer les programmes de subvention et servir de cadre à la coopération fédérative. En matière routière par exemple, les programmes fédéraux qui existaient depuis le Federal Road Act de 1916 vont se voir accompagner d'une structuration de coopération particulièrement développée avec le Federal Highway Act de 1956<sup>489</sup>. Le bureau des routes publiques créé qui relève du département fédéral des transports dispose de services dans la plupart des Etats qui travaillent en coopération avec le département transport de l'Etat dans lequel il se trouve.

En échange de l'extension indirecte des compétences du niveau fédéral, des structures de coopération ont été mises en place telles que le "Conseil des gouvernements des Etats"<sup>490</sup> en 1933. Cette structure a pour but une coopération entre les niveaux fédéral et fédéré sur les plans exécutif, législatif et juridictionnel. C'est le gouverneur d'un Etat qui en a la présidence officielle, et un membre d'une assemblée d'un Etat qui en a la direction effective. Toujours dans

<sup>482</sup> ANASTOPOULOS (J.), *Les aspects financiers du fédéralisme*, LGDJ, Paris, 1979, p.76.

<sup>483</sup> DOMINICE (C.), *Fédéralisme...* (*op.cit.* note 470), p.772.

<sup>484</sup> U.S. ACIR, Hearings on constitutional reform of federalism : statements by state and local government association representatives, janvier 1989, 60 p. : <http://www.library.unt.edu/gpo/acir/Reports/information/M-164.pdf>.

<sup>485</sup> GUNLICKS (A.), *Föderative...* (*op.cit.* note 160), p.46.

<sup>486</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...* (*op.cit.* note 370), p.107.

<sup>487</sup> *Ibid.*, p.84.

<sup>488</sup> DOMINICE (C.), *Fédéralisme...* (*op.cit.* note 470), p.756 et p.759.

<sup>489</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...* (*op.cit.* note 370), pp.81-82.

<sup>490</sup> <http://www.csg.org/index.aspx>



le but d'améliorer la coopération entre les deux niveaux d'administration avait été en outre mis en place une "Commission consultative sur les relations entre administrations" (Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR)) en 1959, abandonnée depuis<sup>491</sup>. Afin de perfectionner le fonctionnement des agences versant les subventions, ont enfin été mises en place en 1968 des "Federal Regional Councils" chargée de coordonner leur action<sup>492</sup>.

**727.** Les républicains ont voulu, à partir de leur accession à la présidence en 1968, substituer aux subventions un système de partage des recettes des impôts permettant une plus grande autonomie aux Etats mais calculé afin que les Etats les plus pauvres reçoivent plus que les autres. En dépit de la mise en place de ce système dès 1972, cette période se caractérise paradoxalement par une très forte centralisation, se traduisant par une augmentation des dépenses sociales et de la masse de réglementation ; ce paradoxe s'explique toutefois pour une part par le soutien de la majorité démocrate au Congrès à une telle centralisation<sup>493</sup>. Il faut attendre l'administration Reagan pour qu'un certain nombre de programmes fédéraux en matière sociale, d'éducation, ... soient transférés aux Etats au nom du renforcement de leur autonomie, d'une meilleure adaptation des solutions aux besoins locaux, le niveau fédéral conservant la charge des plus coûteux comme l'aide médicale, la sécurité sociale aux personnes les plus nécessiteuses,...<sup>494</sup>. Par ailleurs, à partir de cette période, les subventions globales ont été privilégiées par rapport aux subventions catégorielles, procédant à des regroupements de certaines de ces dernières, ainsi que les subventions aux Etats par rapport aux subventions directes aux collectivités locales<sup>495</sup>. Malgré les graves conséquences dans les domaines sociaux concernés, et l'augmentation de l'endettement des Etats en dépit de ce qui avait été annoncé, le niveau global des subventions a continué à croître<sup>496</sup>. Cependant, les Etats ont d'un autre côté retrouvé une partie du poids qu'ils avaient perdus vis-à-vis des citoyens en raison des subventions fédérales. Ils ont cessé de considérer que la politique économique était pour l'essentiel de la compétence de l'Etat fédéral, le fédéralisme coopératif a reculé au profit du compétitif, les Etats tentant notamment d'attirer des entreprises en créant des agences destinées à les soutenir<sup>497</sup>.

## b) Le cas allemand

**728.** On constate en Allemagne le même obscurcissement de la responsabilité politique qu'aux Etats-Unis et les difficultés des Länder à refuser des subventions qui leurs sont proposées<sup>498</sup>.

Dans les années 1970, le fédéralisme coopératif<sup>499</sup> se développe fortement en Allemagne

---

<sup>491</sup> <http://www.library.unt.edu/govinfo/digital-collections/acir/> Abandonnée en 1996, elle était composée de 26 membres : 3 sénateurs, 3 membres de la Chambre des représentants, 3 fonctionnaires fédéraux, 4 gouverneurs, 3 parlementaires des Etats, 4 maires, 3 citoyens et 3 représentants des comtés (subdivisions des Etats). On notera que cette commission a eu une influence importante et a notamment été à l'origine de plusieurs réformes en matière de coopération fédérale.

<sup>492</sup> MOGULOF (M.), *The Federal Regional Councils: A Potential Instrument for Planning and Joint Action*, *The Social Service Review*, Juin 1970, Vol. 44 n°2, pp.132-146. Il en existe une pour chacune des dix régions administratives découpées au sein des EU. On retrouve le même système de "conseils fédéraux régionaux" au Canada (<http://www.tbs-sct.gc.ca/fcer-cfre/rfc-cfr/rfc-cfr-fra.asp>).

<sup>493</sup> GUNLICKS (A.), *Föderative...* (*op.cit.* note 160), p.49. Voir aussi : HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *La subsidiarité...* (*op.cit.* note 370), p.98. Ce système de partage des recettes a disparu en 1986.

<sup>494</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPF (E.), *Ibid.*, p.40.

<sup>495</sup> *Ibid.*, p.88.

<sup>496</sup> *Ibid.*, p.89.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p.57.

<sup>498</sup> En ce sens: VOLKER (H.), *Die Föderalismusreform – Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat*, *DÖV*, März 2004, Heft 5, p.193, Voir aussi : OETER (S.), *Integration...* (*op.cit.* note 93), p.180.

<sup>499</sup> Expression apparue en Allemagne dans le rapport de la commission Roeger de 1966 : DOMINICE (C.), *Fédéralisme...* (*op.cit.* note 470), p.772.



par le biais du recours à des subventions fédérales, les Länder n'étant pas en mesure de gérer des compétences demandant des moyens financiers importants. Le système de subventions mis en place entraîne un enchevêtrement des deux niveaux fédéral et fédéré.

**729.** Le rapport de la commission Troeger propose certes en 1966 un "*équilibre entre une claire délimitation des missions*" indispensable pour qu'un Etat fédéral existe et "*la concentration des forces fédérales*" qui garantit "*le plus haut niveau de moyen d'intervention publique*"<sup>500</sup>. Mais la révision constitutionnelle qui aboutit finalement en 1969 ne va pas conduire à un tel équilibre.

Elle introduit tout d'abord un titre VIIIa intitulé "tâches communes" comprenant deux articles habilitant le niveau fédéral à intervenir dans des domaines de compétences des Länder dans un but de soutien, permettant ainsi notamment de légitimer une pratique qui existait déjà<sup>501</sup>. Ce titre comprend un art.91a LF qui prévoit un concours du niveau fédéral. Il le limite toutefois au cas où "*ces tâches sont importantes pour l'ensemble*" et où un tel concours "*est nécessaire à l'amélioration des conditions de vie*". Le niveau fédéral supporte au moins 50% des coûts. Il est en outre précisé que la loi posant le programme cadre commun est soumise à l'accord du Bundesrat et du Land sur le territoire duquel le projet est réalisé. Les buts visés sont l'amélioration de la structure économique régionale, des structures agricoles et de la protection des côtes ainsi que l'extension et la construction de bâtiments pour l'enseignement supérieur. Le nouveau titre inclut également un art.91b qui prévoit que des conventions de planification commune en matière d'éducation et de soutien aux centres et projets de recherche ayant une portée transrégionale peuvent être conclues entre les Länder concernés et le niveau fédéral. La répartition des coûts est déterminée dans le cadre de la convention.

Un art.104a LF est ensuite introduit dans le titre IX concernant les finances. Il prévoit l'attribution d'aides financières aux Länder "*destinées aux investissements particulièrement importants des Länder et des communes (ou groupements de communes) lorsque ceux-ci sont nécessaires soit pour parer à une perturbation de l'équilibre global de l'économie, soit pour compenser les inégalités de potentiel économique existant à l'intérieur du territoire fédéral, soit pour promouvoir la croissance économique*".

**730.** L'introduction de ces dispositions constitutionnelles ont été largement saluées par la doctrine à l'époque<sup>502</sup>. Toutefois certaines voix dénoncent déjà le risque de centralisation et demandent leur abrogation<sup>503</sup>. Pour ses opposants, les articles 91a et 91b LF établissent un financement et une administration mixtes irrationnels qui remettent en cause une attribution claire de la responsabilité et écartent très largement les assemblées parlementaires du processus de planification. La formation de la volonté politique se fait en effet au sein des comités de planification, et les pouvoirs budgétaires des Landtag sont réduits pour l'essentiel à un simple pouvoir de transposition ou d'exécution<sup>504</sup>. Tout comme dans le cas américain, on parle de "*forme de dictature de l'offre*"<sup>505</sup> de la part des autorités fédérales. Ces dernières cherchent notamment par ce biais à étendre leur influence à l'exécution des tâches communes,

---

<sup>500</sup> KOMMISSION FÜR DIE FINANZREFORM, *Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland*, Kohlhammer, 1966, p.20 et s.

<sup>501</sup> En ce sens par exemple : VOLKER (H.), *Die Föderalismusreform...* (*op.cit.* note 498), p.193.

<sup>502</sup> Voir les références données par OETER (S.), *Integration...* (*op.cit.* note 93), p.292 note 192.

<sup>503</sup> Voir par exemple le Ministre-Président Filbinger du Bade-Wurtemberg, Landtag von Baden-Württemberg, 6. Wahlperiode, 7. Sitzung am 8.7.1972 (cité par FROWEIN (J.), *Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat, VVDStRL*, 1973, n°31, p.19 note 25).

<sup>504</sup> HESSE (K.), *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, Müller, 1962, p.148.

<sup>505</sup> SOELL (H.), *Sind die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91aGG ein geeignetes Instrument zur Weiterentwicklung des föderativen Systems*, in : *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, 1972, p.407.



l'administration des Länder devenant de simple exécutants du droit fédéral<sup>506</sup>, ou au moins à obtenir une fonction de coordination<sup>507</sup>. Le même type de critiques est exercé à l'encontre de l'art.104a§4 LF. Ses opposants soulignent en outre qu'il n'a pas permis de mettre fin aux pratique de cofinancement de compétences des Länder par le Bund en dehors de ce cadre.

La Cour constitutionnelle a toutefois encadré le recours à ces dispositions en énonçant que les subventions fédérales doivent rester une pratique limitée et qu'elles ne peuvent s'accompagner d'une influence des autorités fédérales sur les décisions prises par les Länder dans leurs domaines de compétence propre<sup>508</sup>. De même, le recours à l'art.104a§4 LF ne dépend "*pas de la libre appréciation politique de l'Etat fédéral*", des subventions fédérales ne peuvent être accordées dans ce cadre qu' "*en raison de leur importance particulière pour l'ensemble de l'Etat*"<sup>509</sup>.

En dépit de ce cadre jurisprudentiel, le soutien financier aux Länder en échange d'une surveillance du niveau fédéral s'est développé, ce qui a entraîné une augmentation importante des compétences fédérales, en particulier dans des domaines relevant en vertu de l'art.75 LF des compétences cadres comme l'enseignement<sup>510</sup>.

**731.** Au sein de la commission de "modernisation du fédéralisme" se sont opposés dans les années 2000 des propositions empruntant plutôt une orientation compétitive entre les Länder soutenues par les Länder plus puissants, et d'autres conservant une forte solidarité, défendues par les Länder les plus faibles<sup>511</sup>.

C'est finalement un compromis entre ces positions qui caractérise la réforme du fédéralisme de 2006. Cette réforme vise à désenchevêtrer les compétences des niveaux fédéral et fédéré, et à renforcer la position des Länder, notamment en modifiant le cadre des actions communes. Les domaines visés au nouvel art.91a ont été restreints, une période de transition étant toutefois prévue<sup>512</sup>. Le nouvel art.91b ne permet plus, au-delà du délai de transition, la possibilité de convention de planification commune dans le domaine de l'enseignement<sup>513</sup>. Enfin, le nouvel art.104b§1 LF reprend les objectifs de l'ancien art.104a§4 LF, mais les conditions posées sont plus strictes. Il précise tout d'abord que le niveau fédéral doit avoir une base de compétence législative. En outre, l'art.104b§2 précise que les moyens financiers sont "*accordés pour une durée limitée et [que] leur utilisation est contrôlée à intervalles réguliers*", l'art.104b§3 LF ajoutant que leur montant diminue progressivement chaque année.

<sup>506</sup> *Ibid.*, p.408 et s.

<sup>507</sup> KÖTTGEN (A.), *Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung*, *JöR N.F.*, 1954, Bd.3, pp.88 et s.

<sup>508</sup> BVerfGE 39, 96 (p.111, pt.37) : *Le système fédéral mis en place "doit assurer que les aides financières aux Länder à partir du budget fédéral restent l'exception et que leur attribution soit réglemantée de telle sorte qu'elle ne soit pas le moyen d'influencer la liberté de décision des Etats membres dans le cadre de l'accomplissement des missions qui leur reviennent"*<sup>508</sup>. Ces aides doivent rester limitées "*aux domaines à l'accomplissement desquelles le Bund a un intérêt particulier en raison de sa responsabilité pour le développement économique de l'ensemble du territoire fédéral et ses obligations en matière de coordination dépassant le cadre régional*".

<sup>509</sup> BVerfGE 39, 96 (2<sup>e</sup> sénat 4 mars 1975 *Städtebauförderungsgesetz*) (pp.111-113, pts.39-40).

<sup>510</sup> En ce sens : FROMONT (M.), *La réforme...* (*op.cit.* note 41), p.228 ; OETER (S.), *Integration...* (*op.cit.* note 93), p.167.

<sup>511</sup> En ce sens FROMONT (M.), *Ibid.*, p.229 ; VOLKER (H.), *Die Föderalismusreform...* (*op.cit.* note 498), p.196. Voir aussi les remarques concernant la péréquation : *infra* 2).

<sup>512</sup> L'extension et la construction de bâtiments pour l'enseignement supérieur ont été exclus mais bénéficient d'un dispositif transitoire prévu à l'art.143c LF garantissant la fourniture de financements fédéraux jusqu'en 2019, sachant qu'à partir de janvier 2014 le principe de l'affectation des sommes allouées disparaît.

<sup>513</sup> Les deux niveaux peuvent seulement "*coopérer en vue de la détermination de l'efficacité de l'enseignement dans une comparaison internationale et pour les rapports et recommandations qui ont cet objet*", à l'instar des études de l'OCDE, mais l'art.143c LF prévoit la même procédure transitoire en matière financière que pour l'art.91a LF.

Michel Fromont juge cette réforme comme faisant à la fois trop peu et mal pour le peu de compétences retransférées aux Länder. Il la considère tout d'abord comme "*modeste et critiquable*", en dépit du nombre important d'articles modifiés, 25, qui en fait "la révision constitutionnelle la plus importante depuis 1949". Il estime en effet que "l'imbrication des responsabilités entre les Länder et la Fédération demeure considérable" et que "les capacités financières des Länder n'ont pas été augmentées"<sup>514</sup>. La responsabilisation des Länder est selon lui d'autant moins importante que le système de péréquation n'a pas été modifié, ce qui ne les pousse pas à "mener une politique économique et financière plus rigoureuse ou plus efficace". Il critique en outre les quelques transferts de compétences effectués. Il craint en effet en matière d'environnement un alignement vers le bas et dans le domaine de l'enseignement, "l'abandon de politiques novatrices" et l'accentuation d'un système à deux vitesses<sup>515</sup>.

A peine votée, la réforme de 2006 posait déjà problème avec la question du financement de l'enseignement supérieur et des gardes d'enfants qui a montré que mêmes les riches Länder du sud pouvaient connaître des difficultés quand des missions coûteuses étaient transférées. La solution trouvée de cofinancement contourne le texte constitutionnel et Fritz Scharpf espérait que cette expérience pousserait les Länder du sud et de l'ouest à modifier, lors du 2<sup>e</sup> volet de la réforme constitutionnelle, les règles restrictives posées concernant les aides financières<sup>516</sup>. Le second volet de la réforme du fédéralisme concernant les relations financières n'est toutefois pas venu modifier les art.91a et 91b. Il a simplement ajouté un art. 91c LF en vertu duquel les deux niveaux "peuvent coopérer pour la planification, la *construction et l'exploitation des systèmes informatiques nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches*", la répartition des coûts étant effectuée dans la convention<sup>517</sup>. La seule modification allant dans le sens d'un assouplissement concerne l'art. 104b LF pour lequel il est prévu que le niveau fédéral "peut accorder des aides financières sans avoir de compétences législatives en cas de catastrophes naturelles ou de situations exceptionnelles d'urgence qui échappent au contrôle de l'État et portent des atteintes considérables à la situation des finances publiques".

### c) Le cas suisse

**732.** Dans le cas suisse, le système de subvention visait en même temps la péréquation jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme de 2004, comme le soulignait l'art.42<sup>ter</sup> aCS 1874 et la version originale de l'art.135 CS<sup>518</sup>. Chaque subvention était composée d'une part équivalente pour tous les cantons, et d'une part fonction de leur force financière<sup>519</sup>. La péréquation provenait ainsi "*pour moitié de subventions fédérales versées aux cantons pour l'exécution de nombreuses tâches communes*"<sup>520</sup>.

Le point de départ de ce système est 1938. A partir de cette date, certaines subventions fédérales sont modulées en Suisse en fonction de la richesse des cantons auxquels elles étaient accordées<sup>521</sup>. Toutefois, c'est véritablement en 1958-1959, avec l'introduction dans la

---

<sup>514</sup> FROMONT (M.), La réforme...(*op.cit.* note 41), p.247.

<sup>515</sup> *IBID.*, pp.247-248.

<sup>516</sup> SCHARPF (F.), *Föderalismusreform*...(*op.cit.* note 43), p.141. Voir aussi sur le contournement des règles constitutionnelles p.113.

<sup>517</sup> On notera aussi l'insertion d'un art.91d LF prévoyant la possibilité d' "*études comparatives sur l'évaluation et la promotion de l'efficacité de leurs administrations*".

<sup>518</sup> Cet article précisait que "*lorsque des subventions fédérales sont accordées, la capacité financière des cantons [...] doit] être considéré[e] de façon appropriée*".

<sup>519</sup> DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, Réforme...(*op.cit.* note 124), p.11.

<sup>520</sup> *Ibid.*

<sup>521</sup> DAFFLON (B.), *Fédéralisme et solidarité : Etude de la péréquation en Suisse*, Institut du fédéralisme Fribourg Suisse, 1995, p.1, p.51 et pp.224-225. L'auteur souligne que ces premières mesures visant une

Constitution fédérale de l'art.42<sup>ter</sup> qui prévoit que "*la Confédération encourage la péréquation financière entre les cantons*" et l'entrée en vigueur de sa loi d'application<sup>522</sup>, que la solidarité financière en Suisse connaît un véritable essor<sup>523</sup>.

Dans les années 1950-1960 les dépenses des cantons ont fortement augmenté, notamment en raison de l'augmentation des compétences cantonales en matière d'exécution du droit fédéral, mais cela ne s'est pas accompagné d'une augmentation de leurs ressources propres. Celles-ci ont au contraire diminué au profit de la Confédération dont les tâches étaient élargies<sup>524</sup>. En contrepartie, les subventions fédérales pour les aider dans l'exercice de leurs compétences ont fortement augmenté. Les transferts financiers de la Confédération à leur bénéfice ont atteint 12% de leurs dépenses dès les années 1960, puis par la suite, ils ont varié entre 9 et 11%<sup>525</sup>. Par ailleurs, la part des recettes fédérales versées aux cantons est passée de 18% en 1950 à 30% en 1974<sup>526</sup>. Les subventions et transferts financiers de la Confédération vers les cantons se stabilisent à environ un quart du budget fédéral à partir de la fin des années 1970<sup>527</sup>.

Bernard Dafflon note par ailleurs que les subventions fédérales et le versement aux cantons de leur part des recettes fédérales font l'objet d'une modulation qui permet d'assurer une péréquation<sup>528</sup>. Il ajoute que le versement des contributions des cantons à certaines dépenses sociales fédérales est également modulé dans un tel but de péréquation. Ainsi, les subventions fédérales représentent entre 1,6% et 8% des recettes cantonales. La part des recettes fédérales reçue par les cantons constitue entre 5,1 et 11,5% de leurs ressources financières. Enfin, les cantons les plus faibles participent pour 1,9% de leurs recettes à certaines des dépenses sociales fédérales, tandis que les plus forts en versent 3,2%. Ainsi les cantons dépendent pour 3,5% pour les plus forts financièrement et 17,6% pour les plus faibles de la Confédération. Ces proportions ont été stables des années 1970 à l'entrée en vigueur de la réforme du système de péréquation<sup>529</sup>.

Les subventions étaient "*accompagné[es] d'une réglementation de détail et d'un contrôle fédéral de chaque projet particulier*"<sup>530</sup>. Elles ont ainsi conduit à "*modifier l'équilibre fédéral, en plaçant les cantons dans une sorte de dépendance politique à l'égard du pouvoir fédéral, lequel fixe les conditions d'octroi des aides et, simultanément, détermine de quelle manière les cantons devront assumer leur tâche*"<sup>531</sup>. En outre, le système de subvention pouvait pousser les cantons à des projets plus coûteux afin d'obtenir un niveau de subvention plus élevé. Ainsi, par exemple, si un canton choisissait de reconstruire une route plutôt que de la rénover, il obtenait trois fois plus d'aides<sup>532</sup>. Par ailleurs, selon l'art.42<sup>ter</sup> aCS 1874, repris dans la version originale de l'art.135§2 CS, la répartition entre cantons donateurs et bénéficiaires était fixée sur la base de leur "charge fiscale", ce qui conduisait à désavantager les cantons les moins riches qui baissaient leurs impôts afin d'améliorer leur compétitivité économique<sup>533</sup>.

---

certaine péréquation sont incluses dans le régime financier transitoire de la Confédération adoptées pour les années 1938-1941 mais qui dureront jusqu'en 1958-1959 avec l'adoption du nouveau régime financier de la Confédération.

<sup>522</sup> Loi du 19 juin 1959 concernant la péréquation financière entre les cantons, *RO*, 1959, p.961.

<sup>523</sup> Cf. : DAFFLON (B.), *Fédéralisme...*(*op.cit.* note 521), p.1.

<sup>524</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.755 ; MOTTU (E.), *Réforme...*(*op. cit.* note 123), p.5.

<sup>525</sup> MOTTU (E.), *Ibid.*, p.5.

<sup>526</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.758.

<sup>527</sup> Voir : DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Réforme...*(*op.cit.* note 124), p.3. MOTTU (E.), *Réforme...*(*op. cit.* note 123), p.4.

<sup>528</sup> DAFFLON (B.), *Fédéralisme...*(*op.cit.* note 521), p.51. Voir pour une présentation de ces mécanismes : *Ibid.*, pp.51 et s.

<sup>529</sup> MOTTU (E.), *Réforme...*(*op. cit.* note 123), p.4.

<sup>530</sup> *Ibid.*, pp.11-12.

<sup>531</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.759. Voir aussi : HÄFELIN (U.), *Der Kooperative...*(*op.cit.* note 101), p.709.

<sup>532</sup> DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Réforme...*(*op.cit.* note 124), p.9.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p.11. Voir aussi pour la critique de l'ancien système de péréquation et l'apport de la réforme de 2004 :



Enfin, le système de péréquation s'est complexifié au fur et à mesure des années au point de devenir "illisible"<sup>534</sup>.

**733.** Ce système est profondément modifié par la loi fédérale de 2003 sur la péréquation financière et la compensation des charges<sup>535</sup> qui remplace la loi sur la péréquation de 1959 ainsi que par la réforme constitutionnelle de la péréquation financière et de la répartition des tâches adoptée en 2004. Le principe directeur en est que "*les relations de politique financière entre la Confédération et les cantons doivent s'inspirer le plus largement possible du principe de subsidiarité*"<sup>536</sup>.

La péréquation est tout d'abord séparée de la fonction d'allocation, les subventions fédérales ne servent plus qu'un but d'incitation des cantons aux investissements<sup>537</sup>. Il y a également simplification des mécanismes de péréquation qui sont réduits, d'environ 30<sup>538</sup> à deux : "*une redistribution directe entre les cantons forts et les cantons moyens et faibles (réduction des disparités), et une dotation complémentaire de la Confédération destinée à garantir un niveau minimum de ressources propres aux cantons les plus faibles*"<sup>539</sup> comme le précise le nouvel art.135 CS. Par ailleurs, le critère de répartition entre cantons donateurs et bénéficiaires est désormais leur capacité financière qui "*dépend de trois facteurs : le revenu imposable des personnes physiques, la fortune imposable des personnes physiques et les bénéfices des personnes morales*"<sup>540</sup>.

Enfin, les subventions sont globales ou forfaitaires ce qui permet aux cantons une plus grande autonomie tout en les engageant à plus de responsabilité<sup>541</sup>. Par exemple dans le cas déjà évoqué des routes, le nouveau système de subvention est fixé en fonction du nombre de kilomètres, les cantons étant libres de la façon de l'utiliser. Le nouvel art.46§3 CS précise en outre que "*la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités*".

## **2) Un nécessaire équilibre entre concurrence et solidarité**

**734.** Il faut dans un système fédéral un minimum de solidarité sinon le système ne peut pas fonctionner, mais le niveau de solidarité varie ensuite en fonction du contexte.

Aux Etats-Unis, il n'existe pas de mécanisme de péréquation financière horizontale entre les Etats, ce sont les subventions fédérales qui ont "*un effet égalisateur pour assurer sur l'ensemble du territoire un niveau minimal de services publics*", mais même si quelques programmes fédéraux favorisent par une clef de répartition les Etats les plus pauvres, ils demeurent minoritaires<sup>542</sup>. En outre, ce ne sont pas les Etats les plus pauvres qui en bénéficient réellement mais les Etats ayant les moyens de faire un lobbying efficace à Washington qui

---

DAFFLON (B.), Les grands chantiers du fédéralisme financier suisse : expérience unique ou exportable ?, MIGNOLET (M.) (dir.), *Le fédéralisme fiscal. Leçons de la Théorie économique et expériences de 4 Etats fédéraux*, Bruxelles, De Boeck, 2005, pp.51-61.

<sup>534</sup> Voir pour une présentation des différentes modifications : DAFFLON (B.), *Fédéralisme...*(*op.cit.* note 521), pp.190 et s.

<sup>535</sup> RS 613.2.

<sup>536</sup> MOTTU (E.), Réforme...(op. cit. note 123), pp.1-2.

<sup>537</sup> Souligné par : DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, Réforme...(op.cit. note 124), p.30. MOTTU (E.), *Ibid.*, p.12.

<sup>538</sup> DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Ibid.*, p.6.

<sup>539</sup> MOTTU (E.), Réforme...(op. cit. note 123), p.12.

<sup>540</sup> DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, Réforme...(op.cit. note 124), p.13.

<sup>541</sup> En ce sens : MOTTU (E.), Réforme...(op. cit. note 123), p.11.

<sup>542</sup> Dans le sens d'un faible apport en terme de réduction des différences par les aides fédérales : Dye (T.), *American federalism: competition among governments*, Lexington Books, 1990, p.114.



obtiennent le plus de subventions<sup>543</sup>. La concurrence entre Etats joue également pleinement concernant la fiscalité indirecte puisque les taxes sur les ventes ont des taux et des assiettes très différents selon les Etats. En outre, ces taxes s'appliquent le plus souvent cumulativement et non comme la TVA en cascade, augmentant le prix du produit à chaque stade de sa transformation, ce qui peut être vu comme un frein important au commerce entre Etats<sup>544</sup>. S'il est important de laisser aux Etats la possibilité de jouer le rôle de laboratoire d'expérimentation en acceptant une certaine dose de concurrence entre eux, il faut également se garder de l'extrême inverse que l'on constate dans le cas américain, à savoir l'absence de limite à la concurrence qui conduit les Etats à baisser les impôts et augmenter leurs déficits.

Il est par ailleurs à noter qu'aucun cadre institutionnel formel n'interdit aux Etats américains d'avoir des déficits, mais tous les ordres juridiques des Etats à l'exception du Vermont posent l'exigence d'avoir un budget équilibré même si aucune définition harmonisée d'un budget équilibré n'est fixée, il y existe des variations dans ce qu'il faut comprendre par ce biais<sup>545</sup>. En outre, les Etats ne mènent en général pas de politique de stabilisation contre cyclique à la différence des Etats membres de la zone euro qui restent à l'origine de la majeure partie des dépenses dans ce but et sont ainsi sujets à des déficits excessifs<sup>546</sup>.

Les différences culturelles jouent un rôle, ainsi il est possible d'opposer l'affirmation de l'égalité dans la société allemande (a), symbolisée par le but "*d'homogénéité des conditions de vie*" visé art.72§2 LF devenu depuis 1994 "*d'équivalence des conditions de vie*", aux principes de liberté et d'individualisme américains<sup>547</sup>. Dans le cadre européen, aux différences idéologiques qui peuvent exister entre les Etats membres s'ajoute un sentiment d'appartenance encore limité ne permettant qu'un niveau de solidarité plus limité<sup>548</sup> qu'il ne peut l'être dans une société fortement intégrée comme dans l'Allemagne d'après guerre (b).

### a) La solidarité marquée du système allemand

**735.** La faiblesse de certains Länder les condamnait à être dépendants du pouvoir fédéral en l'absence de péréquation horizontale<sup>549</sup>. Une disposition transitoire pour la péréquation était prévue à l'art.106§4 LF<sup>550</sup>. Le caractère sibyllin de l'énoncé s'explique, selon Stefan Oeter, par le compromis réalisé lors de sa rédaction<sup>551</sup>.

Une loi est votée en 1951 afin de mettre en place le mécanisme de péréquation, mais deux Länder font un recours à son encontre. Ils estiment que l'art.106§4 LF ne permettait que des allocations de la part du niveau fédéral et non des autres Länder et que le principe intangible de

<sup>543</sup> Voir en ce sens : MAY (R.), *Federalism and fiscal adjustment*, Clarendon Press, Oxford, 1969, 192 p.

<sup>544</sup> *Ibid.*, pp.125-126.

<sup>545</sup> HER MAJESTY TREASURY, *The United...*(*op.cit.* note 465), p.2 et p.93.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p.94.

<sup>547</sup> Voir : GUNLICKS (A.), *Föderative...*(*op.cit.* note 160), p.41.

<sup>548</sup> Voir sur la question de la solidarité budgétaire et financière dans l'UE : LOUIS (J.-V.), *Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne*, in : BOUTAYEB (C.) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, pp.107-124. Voir aussi les propositions de : PERNICE (I.), WENDEL (M.), OTTO (L.), BETTGE (K.), MLYNARSKI (M.), SCHWARZ (M.), *Finanzverfassung Europas. Reformansätze für eine demokratisch fundierte Wirtschafts- und Finanzverfassung Europas. A democratic solution to the crisis. Reform steps towards a democratically based economic and financial Constitution for Europe*. Nomos, 2012, 150 p.

<sup>549</sup> RENZSCH (W.), *Finanzverfassung und Finanzausgleich : Die Auseinandersetzung um ihre politische Gestaltung in der Bundesrepublik Deutschland zwischen Währungsreform und deutscher Vereinigung (1948 bis 1990)*, Dietz Verlag J.H.W. Nachf 1991, pp.180 et s.

<sup>550</sup> Art.106§4 LF : "*Afin d'assurer la capacité d'action des Länder ayant les impôts les plus faibles et de rééquilibrer la charge de dépenses entre les Länder, la Fédération peut garantir des allocations financières et prélever les moyens pour cela parmi des impôts déterminés reçus par les Länder*".

<sup>551</sup> OETER (S.), *Integration...*(*op.cit.* note 93), p.175.

la structure fédérale de l'Allemagne posé à l'art.79§3 LF ainsi que la garantie de l'autonomie de conduite de leur budget par les Länder posée à l'art.109 LF étaient violés. La Cour constitutionnelle rend une décision en 1952<sup>552</sup>, sous la présidence d'Hermann Höpker Aschoff. Il est important de le souligner car ce dernier avait été rapporteur au sein du conseil parlementaire sur la question des finances, puis avait largement contribué à façonner la loi de péréquation financière en tant que président de la commission des finances. Cela n'a pas manqué de marquer la décision rendue<sup>553</sup>.

La Cour commence par faire une présentation complète de l'origine de l'art.106§4 LF afin de clarifier l'objet de cette disposition. Elle souligne notamment le rôle décisif joué par les Alliés dans la formation de la constitution financière allemande<sup>554</sup>. Ces derniers souhaitaient une répartition stricte des moyens ainsi qu'une séparation la plus stricte possible des compétences. La Cour poursuit en rappelant que le fédéralisme implique non seulement des droits mais encore des devoirs de la part des Länder, parmi lesquels celui pour les plus forts financièrement d'aider les plus faibles<sup>555</sup>. Elle en déduit une certaine limitation de l'autonomie financière des Länder mais ajoute que celle-ci ne peut aller jusqu'à un nivellement car cela serait alors contraire à la structure fédérale allemande ; des différences entre niveaux de richesse des Länder demeurent ainsi après la péréquation.

Avec l'adoption d'une loi en 1955 répartissant les impôts entre les niveaux fédéral et fédéré, l'objet de l'art.107 LF était réalisé. Une révision constitutionnelle la même année conduit notamment à un nouvel art.107§2 LF qui prévoit un dispositif destiné à remplacer le mécanisme transitoire de péréquation qui était prévu à l'art.106§4 LF. Ce nouveau dispositif ne donne lieu à l'adoption d'une loi d'application qu'en 1982. En outre, son adoption se fait sans l'assentiment des Länder dirigées par le SPD qui saisissent alors la Cour constitutionnelle en arguant que le mécanisme prévu viole le principe de non discrimination.

Dans sa décision du 24 juin 1986, la Cour indique tout d'abord que l'art.107 LF a pour but "*de mettre le Bund et les Länder en mesure d'assurer les missions qui leur ont été attribuées par la Constitution*" et de garantir l' "*autonomie étatique*" de chaque Land<sup>556</sup>. Elle réaffirme la position qu'elle avait énoncée dans sa décision susmentionnée de 1952. La disposition joue en faveur des Länder dont la force financière est faible par rapport à la moyenne fédérale et oblige les autres Länder à les aider en dépit du principe d'autonomie financière<sup>557</sup>. Il faut en effet un équilibre entre le principe d' "*autonomie des Länder*" et celui de "*communauté solidaire*" imposé par le système fédéral<sup>558</sup>. La Cour ajoute que si la péréquation est du ressort du législateur fédéral, ce dernier doit respecter le principe de fidélité fédérale<sup>559</sup>. Ainsi, lorsque les finances des Länder ne leur permettent pas d'accomplir leurs missions, ce principe impose aux autorités fédérales de procéder à de nouvelles négociations<sup>560</sup>.

Il est à noter que, dans sa décision de 1999 concernant la troisième loi de péréquation, la Cour réaffirme le principe de "*l'équilibre entre le caractère étatique des Länder et la solidarité impliqué par la communauté fédérale*" et qu' "*on passerait à côté d'un tel équilibre si la mesure de la péréquation financière horizontale ou son suivi affaiblissait la capacité d'action des Länder donateurs de façon importante ou conduisait à un nivellement des finances des*

---

<sup>552</sup> BverfGE 1, 117.

<sup>553</sup> OETER (S.), *Integration...* (op.cit. note 93), pp.178-179.

<sup>554</sup> BverfGE 1, 117 (p 127).

<sup>555</sup> *Ibid.*, pp.131 et s.

<sup>556</sup> BVerfGE 72, 330 (2<sup>e</sup> sénat 24 juin 1986) (p.383, pt.167).

<sup>557</sup> *Ibid.*, p.386 et s., pt.174.

<sup>558</sup> *Ibid.*, pt.175.

<sup>559</sup> *Ibid.*, pp.395 et s., pt.196.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p.402, pt.211.



Länder"<sup>561</sup>.

**736.** Fritz Scharpf souligne que la péréquation financière ne se justifie pas seulement par des soucis de solidarité, de rééquilibrage des conditions de vie, mais qu'elle trouve également un fondement essentiel dans la charge de l'exécution du droit fédéral qu'ont pour l'essentiel les Länder. Leur autonomie financière ne peut être que limitée par rapport aux Etats membres dans le cadre d'un système fédéral dualiste comme aux Etats-Unis<sup>562</sup>.

Une solution pour renforcer l'autonomie des Länder serait donc d'aller vers plus de dualisme, dans le sens d'une réduction importante des compétences concurrentes et d'une modification de la répartition des impôts. Une partie de la doctrine estime en ce sens que la compétition entre les entités fédérées est un élément essentiel du fédéralisme et que leur indispensable responsabilisation doit être une limite à la péréquation<sup>563</sup>. Christian Callies estime notamment que le fédéralisme compétitif semble approprié pour résoudre les problèmes complexes de la société qui demandent une forte capacité d'adaptation, une réaction rapide que le fédéralisme coopératif n'est pas capable de fournir<sup>564</sup>.

Il peut être relevé que lors des débats sur la réforme du fédéralisme, des experts économiques libéraux ont défendu le fédéralisme concurrentiel au moyen d'un discours en faveur de la dérégulation et de la concurrence fiscale entre Länder qui a obligé les Länder les plus riches, qui avaient pourtant un intérêt à soutenir un fédéralisme plus compétitif, à se distancier pour ne pas braquer les Länder les plus faibles<sup>565</sup>. Cet exemple confirme l'avis d'Arthur Günlicks qui considère que le fédéralisme concurrentiel serait difficilement accepté en Allemagne car l'exigence d'égalité de performances est encore très présente<sup>566</sup>. Ce dernier point de vue est confirmé par les demandes de l'opinion publique allemande d'une plus grande coordination en matière d'éducation, voire d'un transfert de compétence au niveau fédéral, et le contournement des règles constitutionnelles issues de la révision constitutionnelle en matière de financement, éléments déjà évoqués.

**737.** Pour finir, il peut être noté, que les Länder donateurs reprochent l'insuffisance des contraintes imposées aux Länder bénéficiaires de la péréquation en contrepartie du soutien financier. Le système actuel de péréquation fait même l'objet d'un recours de la part de la Bavière<sup>567</sup> qui est le premier contributeur. Si son gouvernement concède que ce Land a lui-même bénéficié de la péréquation jusque dans les années 1980, les niveaux et l'organisation du mécanisme de péréquation sont selon lui à revoir.

**738.** Si même dans une société fortement intégrée comme l'Allemagne les mécanismes de solidarités suscitent des réticences, il faut *a fortiori* faire attention à ne pas dépasser le seuil de tolérance de la solidarité au niveau de l'Union européenne qui connaît une intégration des populations, et un sentiment d'appartenance fédéral bien moindres.

<sup>561</sup> BVerfGE 101, 158 (2<sup>e</sup> Sénat 11 novembre 1999 *Finanzausgleich III*) (pp.221 et s.; pt.292).

<sup>562</sup> SCHARPF (F.), *Föderalismusreform...*(*op.cit.* note 43), p.144. L'encadrement de l'autonomie se fait sentir aussi par la limitation des effets d'une hausse d'impôt en termes de recettes pour le Land qui l'opère (*Ibid.*, p.145).

<sup>563</sup> En ce sens : GAS (T.), WEBER (A.), République fédérale d'Allemagne. Justice constitutionnelle et subsidiarité, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Justice constitutionnelle et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.151 ; SCHWANENGEL (W.), *Die Malaise...*(*op.cit.* note 42), p.558.

<sup>564</sup> CALLIES (C.), *Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus*, *DÖV*, November 1997, n°21, pp.889-891.

<sup>565</sup> SCHARPF (F.), *Föderalismusreform...*(*op.cit.* note 43), p.59.

<sup>566</sup> GUNLICKS (A.), *Föderative...*(*op.cit.* note 160), p.54.

<sup>567</sup> Bayerns Klage gegen Finanzausgleich, *Spiegel online*, 17 Juli 2012 :

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/kritik-an-seehofer-nach-geplanter-klage-gegen-laenderfinanzausgleich-a-844855.html>.

## b) Une solidarité européenne en contrepartie d'un encadrement strict des finances étatiques

### Les mécanismes de solidarité

**739.** L'article 108 CEE prévoit dès l'origine un concours mutuel en cas de difficultés ou de menace grave de difficultés de balance des paiements d'un Etat membre. Une décision de 1971 a établi un premier mécanisme d'aide fournissant des crédits à moyen terme à un Etat se trouvant dans un tel cas<sup>568</sup>. Ce mécanisme a été renouvelé par la suite et avec la monnaie unique, l'art.119 CE (143 TFUE) issu du Traité de Maastricht restreint son bénéfice aux Etats membres de l'UE qui n'ont pas l'euro<sup>569</sup>. Actuellement, la Lettonie, la Hongrie et la Roumanie bénéficient de ce mécanisme octroyé sous forme de prêts. Mais les montants ne peuvent aller que jusqu'à 50 milliards d'euros ce qui correspond uniquement à 0,38 % du PIB européen<sup>570</sup>.

Pour les Etats membres de la zone euro, aucun mécanisme n'avait été prévu pour la stabilisation de l'économie et l'art.125§1 TFUE (103§1 CE) dite clause "*no bail out*" ou de "*non-renflouement*" interdit même à l'UE et aux Etats de répondre des engagements d'autres Etats.

**740.** La pression des événements peut toutefois provoquer une solidarité financière lorsqu'intérêts collectifs et individuels convergent. Confrontés aux conséquences de la crise financière menaçant la zone euro, les Etats membres ont été obligés de réagir rapidement, de penser un système compatible avec les traités et de réaliser un cas pratique de solidarité qui s'il permet une avancée majeure dans le sens d'une stabilisation de la Fédération européenne en son cœur, le noyau des membres de la zone euro, constitue dans le même temps une mise à l'épreuve du sentiment d'appartenance européen.

Le 25 mars 2010 les chefs d'Etats et de gouvernements des Etats membres de la zone euro acceptent le principe d'une aide à la Grèce, aide finalisée par deux accords signés entre la Grèce et les autres Etats membres de la zone euro le 2 mai. Le 9 mai, le Conseil Ecofin décide de créer d'un mécanisme européen de stabilité financière composé d'un volet financé par l'UE, mis en place par un règlement du 11 mai, le mécanisme européen de stabilisation financière au sens strict (MESF)<sup>571</sup>, et d'un fonds, le fonds européen de stabilité financière (FESF) mis en place par un accord intergouvernemental du 7 juin entre les Etats membres de la zone euro et financés par ces derniers. Outre les difficultés politiques à obtenir des accords sur ces points entre les Etats, s'est posée la question d'un blocage juridique de la part de Karlsruhe sur le fondement d'une atteinte au principe démocratique, intangible selon la Loi fondamentale<sup>572</sup>. Des recours avaient ainsi été initiés contre les lois d'habilitation de l'Allemagne à participer à l'aide ad hoc à la Grèce et au mécanisme européen et ont donné lieu à un arrêt du 7 septembre 2011<sup>573</sup>. Il était notamment argué de la violation de l'art.125§1 TFUE<sup>574</sup>, et de l'impossibilité d'utiliser

<sup>568</sup> Décision n°71/143 du Conseil du 22 mars 1971 portant mise en place d'un mécanisme de concours financier à moyen terme, *JOCE*, n°L 73 du 27.3.1971, p.15.

<sup>569</sup> Le règlement n°332/2002 du Conseil du 18 février 2002 établit un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances de paiement des États non membres de la zone euro (*JOCE*, n°L 53 du 23.2.2002, p.1).

<sup>570</sup> <http://ec.europa.eu/budget>.

<sup>571</sup> Règlement n°407/2010 du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière, *JOUE*, n°L 118, 12 mai 2010, p.1.

<sup>572</sup> Cf. sur la jurisprudence stricte de Karlsruhe en matière de respect du principe démocratique : *supra* partie I chap.II sect.I §2.

<sup>573</sup> BverfGE 129, 124 (2<sup>e</sup> sénat, 7 septembre 2011 *Eurorettungsschirm*). Voir pour une présentation de l'arrêt : DECHATRE (L.), La décision de Karlsruhe sur le mécanisme européen de stabilité financière : une validation sous condition et une mise en garde sibylline pour l'avenir", *CDE*, 2011, n°1, pp.303-342.

<sup>574</sup> BverfGE 129, 124, pt.44. Voir pour des précisions sur les interprétations de cet article : DECHATRE (L.), La décision...(op.cit. note 573), pp.326-330. Dans le sens d'une interprétation souple : HERRMANN (C.),



l'art.122§2 TFUE (100§2 CE) pour fonder l'aide à la Grèce et le règlement établissant le MESF<sup>575</sup>. Cette disposition, qui est généralement lue comme une expression de la solidarité entre Etats membres de l'UE<sup>576</sup>, permet au Conseil sur proposition de la Commission d'accorder une assistance financière "lorsqu'un Etat membre connaît des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés, en raison de catastrophes naturelles ou d'événements exceptionnels échappant à son contrôle". Il est également à noter que l'achat de dettes souveraines par la BCE faisait également l'objet du recours fondé sur la violation de l'article 123 TFUE (ex 101 CE) qui interdit à la BCE d'accorder des crédits aux autorités de l'UE et des Etats membres et d'acquiescer des "instruments de leur dette"<sup>577</sup>. Nous ajouterons, sur un plan plus "politique" traduisant des tensions entre Nord et Sud, que ces achats ont conduit au renoncement à la candidature à la présidence de la BCE d'Axel Weber et à sa démission de la présidence de la Bundesbank, en avril 2011, ainsi qu'à la démission de Jürgen Starck de son siège de membre du directoire de la BCE en septembre 2011.

Le montant maximum de crédit que le FESF peut emprunter sur le marché et dont doivent répondre les Etats membres de la zone euro est de 440 milliards d'euros (soit 5,1% du PIB de la zone euro) répartis entre les membres en fonction de leur participation au capital de la BCE. Le MESF permet à la Commission d'emprunter jusqu'à 60 milliards d'euros sur le marché soit environ 0,7% du PIB de la zone euro. Le MES est d'un montant équivalent au MESF et FESF qu'il vise à remplacer avec 500 milliards d'euros et pourrait acheter des dettes d'Etats ce qui permettrait de compléter l'action en la matière de la BCE.

Pour le moment, outre l'aide ad hoc à la Grèce de 2010, des aides sur la base du MESF et du FESF ont été accordées à l'Irlande le 28 novembre 2010<sup>578</sup>, au Portugal le 17 mai 2011<sup>579</sup>, à la Grèce le 13 mars 2012<sup>580</sup>, à l'Espagne le 20 juillet 2012<sup>581</sup>. Chypre a par ailleurs fait une demande officielle d'aide fin juin 2012.

Si les sommes en jeu sont importantes, Sofia Fernandes, Eulalia Rubio relativisent les coûts budgétaires de la solidarité dans la zone euro<sup>582</sup>, soulignant que les aides sont pour

---

Griechische Tragödie – der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone, *EuZW*, 2010, p.415 ; HÄDE (U.), Haushaltsdisziplin und Solidarität im Zeichen der Finanzkrise, *EuZW*, 2009, p.402 et s. GNAN (E.), Artikel 104 EGV, in : GROEBEN (H. von der), THIESING (J.), EHLERMANN (C.-D.) (Hrsg.), *Kommentar zum Eu-/EG-Vertrag*, Band III, 1999, p.100. Dans le sens d'une interprétation stricte : FRENZ (W.), EHLENZ (C.), Der Euro ist gefährdet : Hilfsmöglichkeiten bei drohendem Staatsbankrott?, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, Mars 2010, Vol. 21 n°3, pp. 65-70 ; Europäische Verträge verbieten eine Rettung, Interview de Matthias Ruffert, *FAZ*, 11 février 2010.

<sup>575</sup> BverfGE 129, 124, pt.41. Voir sur les interprétations de cette disposition : DECHATRE (L.), *Ibid.*, pp.330-333. Pour une interprétation stricte : KEPENNE (J.-P.), Article 101 CE, in : LEGER (P.) (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p.978. Voir dans le même sens : SEIDEL (M.), *Ibid.*, p. 8 ; JECK (T.), Euro-Rettungsschirm bricht EU-Recht und deutsches Verfassungsrecht, *cepAnalyse*, 5 juillet 2010, p.4. Dans le sens d'une interprétation souple : GOFFIN (C.), MAS (D.), Article 100 CE, in : CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), SIMON (D.) (dir.), *Traité d'Amsterdam et de Nice : commentaire article par article*, Economica, 2007, p.432. HERRMANN (C.), *Ibid.*, p. 414; Voir également : HÄDE (U.), artikel 100 EG, in : CALLIESS (C.), RUFFERT (M.) (hrsg.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Luchterhand, Neuwied, 1999, p.1111.

<sup>576</sup> Voir : GOFFIN (C.), MAS (D.), *Ibid.*, p.431 ; KEPENNE (J.-P.), *Ibid.*, p.978.

<sup>577</sup> BverfGE 129, 124, pt.44.

<sup>578</sup> [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ecofin/118051.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/118051.pdf).

<sup>579</sup> [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ecofin/122097.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ecofin/122097.pdf).

<sup>580</sup> Il s'agit d'une seconde aide :

[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ecofin/128911.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ecofin/128911.pdf).

<sup>581</sup> [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ecofin/131914.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/131914.pdf).

<sup>582</sup> FERNANDES (S.), RUBIO (E.), Les coûts budgétaires de la solidarité dans la zone euro : clarifications et mise



l'essentiel constituées de garanties fournies par les Etats qui ne seraient effectives qu'en cas de défaut de paiement.

**741.** Les montants de ces fonds n'étant pas illimités et la crise se poursuivant, des réflexions sont menées notamment en direction d'une certaine mutualisation des dettes des Etats membres de la zone euro<sup>583</sup>. Le Think Thank Notre Europe a ainsi appelé à la création d'une agence de la dette européenne dont les fonds seraient garantis par les Etats de la zone euro qui bénéficieraient en échange un accès à un financement à un taux raisonnable qu'ils ne peuvent plus avoir sur les marchés, en échange d'une limitation de leur autonomie d'autant plus importante que le financement par cette agence l'est<sup>584</sup>. Cette agence serait un moyen normal de financement pour les Etats membres de la zone euro pour un niveau correspondant à 10% de leur PIB et ouvrirait en outre un accès à des fonds supplémentaires en période de crise. Dans ce cas, le contrôle de l'agence serait progressif, fonction du pourcentage de dette financée<sup>585</sup>. Ainsi, à partir d'un financement de sa dette correspondant à 30% du PIB, un programme d'ajustement proche des programmes actuels avec contrôle de la troïka formée par la Commission, la BCE et le FMI s'imposerait. Et l'agence devrait donner son accord au vote du budget d'un Etat qui bénéficierait d'une garantie représentant plus de 60% de son PIB et en cas de non respect de ses engagements, l'Etat concerné ne pourrait plus bénéficier de l'accès au financement proposé par l'agence<sup>586</sup>.

Au-delà du refus politique de l'Allemagne de réfléchir à des eurobonds avant un approfondissement politique de l'intégration européenne concernant notamment l'encadrement des politiques économiques des Etats membres, la Cour constitutionnelle allemande constitue un obstacle sérieux puisqu'elle a notamment énoncé dans son arrêt du 7 septembre 2011 que la prise en charge des responsabilités pour des décisions d'autres Etats "*par le biais d'une communautarisation directe ou indirecte des dettes d'Etat*" doit être empêchée<sup>587</sup>.

A l'égard de la Grèce, les limites de la solidarité européenne peuvent sembler être atteintes. La sortie de la Grèce de la zone euro a été évoquée de façon de plus en plus explicite par des politiciens européens, dont le ministre du budget allemand<sup>588</sup>. Toutefois une étude récente qui a évalué un coût extrêmement élevé pour les Etats de la zone euro d'une sortie de la Grèce, ainsi que de l'Espagne et de l'Italie en raison du risque d'effet d'entraînement, pourrait modifier la donne<sup>589</sup>.

#### L'encadrement strict des finances étatiques

**742.** Les Etats donateurs, au premier rang desquels l'Allemagne n'acceptent pas d'aide sans un cadre strict d'encadrement global des finances des Etats membres de la zone euro, et plus particulièrement de règles encore plus strictes pour les Etats bénéficiaires des aides.

---

en perspective, *Les brefs, Notre Europe*, n°35, mai 2012, 10 p.

<sup>583</sup> Voir à ce sujet : FERNANDES (S.), Crise de la dette et crise bancaire : vers des garanties européennes ? *Les brefs, Notre Europe*, n°36, juin 2012, 8 p.

<sup>584</sup> NOTRE EUROPE, Completing the Euro. A road map towards fiscal union in Europe. Report of the "Tommaso Padoa-Schioppa group, *Notre Europe*, 26 juin 2012, p.7.

<sup>585</sup> *Ibid.*, pp.38-39.

<sup>586</sup> *Ibid.*, p.7.

<sup>587</sup> BverfGE 129, 124, pt.129. Voir sur la problématique des eurobonds dans le contexte juridique allemand : DECHATRE (L.), La décision... (*op.cit.* note 573), pp.340-342.

<sup>588</sup> Voir notamment le numéro de l'hédomadaire allemand *Der Spiegel* intitulé "Akropolis Adieu ! Warum Griechenland jetzt den Euro verlassen muss" (mai 2012, n°20).

<sup>589</sup> Sorties de l'euro en cascade : un scénario du pire qui coûterait 2.900 milliards à la France, *La Tribune*, 19 octobre 2012 :

<http://www.latribune.fr/actualites/economie/union-europeenne/20121018trib000725752/sorties-de-l-euro-en-cascade-un-scenario-du-pire-qui-couterait-2.900-milliards-a-la-france.html>.

**743.** Les Etats d'une union monétaire ne pouvant plus jouer sur leur monnaie, ils vont agir par leur politique budgétaire et c'est pourquoi des règles ont été posées dès l'origine de l'UEM afin d'éviter que certains Etats puissent tirer profit de cette union en attendant que les efforts de stabilisation proviennent des autres<sup>590</sup>. Le Traité de Maastricht qui est à l'origine de l'introduction de la monnaie unique a prévu une limite de la dette et du déficit budgétaire des Etats membres à respectivement 60% et 3% de leur PIB ainsi qu'un contrôle préventif, et un contrôle *a posteriori* assorti de possibles sanctions pour les Etats membres de la zone euro. Deux règlements, composant ce qui est appelé le pacte de stabilité et de croissance, ont renforcé ce dispositif en 1997<sup>591</sup>. Mais il dépendait trop pour sa mise en œuvre de la bonne volonté des gouvernements des Etats membres. Ainsi en 2003, l'Allemagne et la France sont parvenues à échapper à une mise en demeure, prélude à des sanctions, en obtenant le soutien d'autres Etats membres au Conseil. En outre, en dépit de corrections en 2005<sup>592</sup>, il était toujours reproché au pacte de stabilité d'axer le contrôle uniquement sur des facteurs budgétaires de court terme, par opposition à un jugement global de la solidité des économies des Etats membres et à la prise en compte de déséquilibres macroéconomiques tels que "*l'accumulation de dettes privées, les bulles financières ou immobilières ou encore les écarts de compétitivité*"<sup>593</sup>. Ainsi, l'Irlande et l'Espagne avaient un excédent budgétaire en 2007 ce qui n'a pas empêché les deux Etats de demander l'aide européenne quelques années après. En effet, en 2007, la Grèce, l'Espagne et le Portugal étaient de 15 à 20% moins compétitifs que l'Allemagne<sup>594</sup>. L'effet procyclique du volet correctif du pacte de stabilité, qui forçait les Etats à agir pour revenir à 3% de déficit alors que cela peut conduire à casser la reprise économique, était également dénoncé<sup>595</sup>. Il était conseillé d'agir en amont et de mieux tenir compte du critère de la dette.

**744.** Plusieurs réglementations adoptées en 2011 répondent très largement à ces attentes et le poids de la Commission dans les différentes procédures est augmenté. Dans la plupart des cas, la recommandation faite par la Commission est considérée adoptée sauf si une majorité qualifiée des Etats membres, du Conseil Ecofin ou de l'Eurogroupe selon les cas, s'y oppose, alors que jusqu'à présent il fallait une majorité qualifiée pour adopter ces recommandations, ce qui en facilitait le blocage.

Un règlement modifie tout d'abord le volet répressif. Une importance plus grande est désormais donnée au niveau de la dette et son évolution et à la viabilité globale des finances publiques, et l'étude est adaptée à la conjoncture économique<sup>596</sup>.

<sup>590</sup> COLLIGNON (S.), Le fédéralisme budgétaire dans la zone euro, in : LEFEBVRE (M.) (dir.), *Quel budget européen à l'horizon 2013 ? Moyens et politiques d'une Union élargie*, Paris, Ifri, 2004, p.150.

<sup>591</sup> Règlement n°1466/97 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *JOCE*, n°L 209 du 2.8.1997, p.1. Règlement n°1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *Ibid.*, p.6.

<sup>592</sup> Règlement n°1055/2005 du 27 juin 2005 modifiant le règlement n°1466/97, *JOUE*, n°L 174 du 7.7.2005, p.1. Règlement n°1056/2005 du 27 juin 2005 modifiant le règlement n°1467/97, *Ibid.*, p.5.

<sup>593</sup> SENAT, Rapport sur la réforme de la gouvernance économique en Europe (rapporteurs : BERNARD-REYMOND (P.) YUNG (R.)), 19 octobre 2010, pp.14 et 17. Voir aussi : ECHINARD (Y.), Le fédéralisme budgétaire, p.405.

<sup>594</sup> SENAT, *Ibid.*, pp.10-41.

<sup>595</sup> En ce sens : SENAT, *Ibid.*, p.39. ECHINARD (Y.), Le fédéralisme budgétaire : levier essentiel ou utopie ?, in : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GESLOT (C.), Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement, 2005, La documentation française, p.406.

<sup>596</sup> Règlement n°1177/2011 du 8 novembre 2011 modifiant le règlement n°1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *JOUE*, n°L 306 du 23 novembre 2011, p.33. L'art.1 modifié prévoit qu'un Etat n'ayant pas suffisamment lutté pour diminuer sa dette, alors même qu'il ne dépasserait pas ou plus le seuil des 3% du déficit, sachant que la dette est considérée comme diminuant suffisamment si l'écart par rapport à la dette s'est réduit sur les trois années précédentes à un



Un autre règlement prévoit des règles spécifiques en matière de surveillance budgétaire pour les Etats de la zone euro<sup>597</sup>. Il établit un système de sanctions visant à mieux faire respecter le volet répressif du pacte de stabilité dans la zone euro qui permet notamment d'infliger une amende à un Etat qui a "*intentionnellement ou par grave négligence, fait des déclarations erronées*" au sujet de son déficit ou de sa dette (art.8). Ce système de sanction s'étend désormais également au volet préventif (art.1).

Ledit volet préventif fait l'objet d'une modification en profondeur<sup>598</sup>. Un cycle de surveillance et de coordination des politiques économiques renforcé (GOPE) est prévu sous le nom de semestre européen. Il commence par la formulation des grandes orientations de politiques économiques par le Conseil sur la base de l'art.121§2 TFUE et celle des lignes directrices pour l'emploi conformément à l'art.148§2 TFUE. Les Etats doivent ensuite présenter leur programme de stabilité s'ils sont dans la zone euro, et de convergence pour les autres ainsi que leur programme de réformes nationales mettant en œuvre la stratégie 2020 de l'Union pour la croissance et l'emploi, sachant que le contenu de ces programmes doit être beaucoup plus précis qu'auparavant et que les Etats doivent donner des informations sur la cohérence des programmes transmis avec les GOPE et les lignes directrices pour l'emploi (art.3 et 7 modifiés)<sup>599</sup>. La Commission les étudie et fait des recommandations au Conseil qui envoie sur cette base des orientations aux Etats membres. Les Etats adoptent ensuite leurs budgets. Au début de l'année suivante, la Commission évalue dans quelle mesure les États membres ont pris en compte les orientations européennes. Sur la base de cette évaluation, l'inaction d'un Etat peut être constatée, le règlement n°1173/2011 complétant le dispositif par des possibilités de sanctions pour les Etats membres de la zone euro. Ce semestre européen permet de "*mieux impliquer les parlements nationaux dans les affaires européennes en les faisant sortir d'un cadre économique qui demeure encore trop strictement national*" et de leur donner des informations provenant de sources indépendantes de leur gouvernement et ayant une perspective européenne<sup>600</sup>. Il a été appliqué pour la première fois en 2012<sup>601</sup>. Il est également à noter également qu'une proposition de règlement visant à renforcer encore le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires au sein de la zone euro est en cours d'adoption<sup>602</sup>.

Plus globalement, l'UE vise la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques au moyen de deux règlements, l'un commun aux 27<sup>603</sup> et l'autre prévoyant

---

rythme moyen d'1/20<sup>e</sup> par an. L'art.2 modifié précise qu'il est tenu compte de l'influence du cycle sur le rythme de diminution de la dette.

<sup>597</sup> Règlement n°1173/2011 du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, *JOUE*, n°L 306 du 23 novembre 2011, p.1.

<sup>598</sup> Règlement n°1175/2011 du 16 novembre 2011 modifiant le règlement n°1466/97, *JOUE*, n°L 306 du 23 novembre 2011, p.12. Il est complété par la directive n°2011/85 du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres, *JOUE*, n°L 306 du 23 novembre 2011, p.41.

<sup>599</sup> La violation des GOPE, des lignes directrices, ou de la stratégie 2020 font donc désormais partie des critères permettant de déclencher une sanction, ce qui renforce leur portée. L'échec de la stratégie de Lisbonne est en effet considéré comme pour partie dû à une absence de contrainte poussant à la réalisation des objectifs, en plus de la trop grande dispersion de ses objectifs et de l'absence de financement permettant de la soutenir (En ce sens : SENAT, Rapport sur la réforme de la gouvernance économique en Europe (*op.cit.* note 593), p.10).

<sup>600</sup> SENAT, *Ibid.*, p.47.

<sup>601</sup> Voir les conclusions du Conseil européen du 29 juin 2012 et du Conseil écofin du 10 juillet 2012 :

[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ec/131408.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/131408.pdf) ;

[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ecofin/131717.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ecofin/131717.pdf)

<sup>602</sup> Proposition de règlement établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro, COM(2011) 821 final, 23 novembre 2011.

<sup>603</sup> Règlement n°1176/2011 du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, *JOUE*, n°L 306 du 23 novembre 2011, p.25.



pour les Etats de la zone euro des sanctions en cas de violation des dispositions du premier<sup>604</sup>. La Commission fait un rapport d'évaluation économique et financière dans lequel elle indique notamment les Etats dont elles estiment qu'ils risquent d'être touchés par un déséquilibre macroéconomique, puis elle fait un bilan approfondi de la situation de chaque Etat en situation de risque de déséquilibres macroéconomiques. Des recommandations peuvent être faites à un Etat dans une situation de déséquilibre qui, si elles ne sont pas suivies, peuvent conduire pour les Etats de la zone euro à des sanctions.

Une proposition de règlement pose par ailleurs des règles spécifiques renforçant la surveillance économique et budgétaire des États membres connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière au sein de la zone euro<sup>605</sup>. Un Etat se trouvant dans cette situation n'est plus soumis aux règles habituelles du volet préventif et répressif, ni aux règles concernant les déséquilibres macroéconomiques (art.7, 8, 9, 10). Il s'agit comme l'indique le règlement de reprendre et renforcer le programme d'encadrement budgétaire strict avec contrôle régulier qui est prévu pour l'instant dans les différents cas d'aides fournies, mis à part pour l'Espagne, en contrepartie des aides fournies. En cas de non respect du programme il est prévu que l'aide est suspendue.

Enfin, un traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'UEM a été conclu le 2 mars 2012<sup>606</sup>. La portée de ce traité est toutefois limitée. De nombreuses dispositions qu'ils incluent ne sont que la reprise des différentes réglementations susmentionnées auxquels le traité renvoie d'ailleurs dans son préambule, si bien que comme le souligne Antonio Vitorino, il est possible de considérer qu'il a été conclu pour "*des raisons d'abord symboliques et politiques*"<sup>607</sup>. Son apport essentiel réside dans l'obligation d'introduire dans le droit national une règle d'équilibre budgétaire, et dans le contrôle par la Cour de justice de la bonne transposition de cette obligation sous peine de sanctions (art.2 et 3). Il précise également que l'octroi d'aides sur la base du MES sera à partir du 1<sup>er</sup> mars 2013 conditionné à sa ratification.

**745.** Jean-Pierre Allégret déduit de l'expérience américaine que "*plus les Etats ont des contraintes budgétaires institutionnelles sévères, moins ils sont en mesure de stabiliser leur économie*", mais il poursuit que dans ce cas "*le budget fédéral prend le relai*", relevant qu'*aux EU "près de 20% des pertes de revenus primaires dans un Etat (une région) sont compensés par le jeu des stabilisateurs automatiques fédéraux"*<sup>608</sup>. Comme le rappelle Yann Echinard, il y a d'abord eu union budgétaire et fiscale avant d'avoir une union monétaire dans le cas de l'Allemagne en 1871, ce qui n'a pas été le cas dans le cadre de l'UE<sup>609</sup>. Il reste donc à l'UE de trouver le bon dosage de solidarité permettant une stabilisation de la zone euro acceptable pour les populations des pays donateurs ainsi que l'encadrement budgétaire permettant d'éviter les

<sup>604</sup> Règlement n°1174/2011 du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, JOUE, n°L 306 du 23 novembre 2011, p.8.

<sup>605</sup> Proposition de règlement relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière au sein de la zone euro, COM(2011) 819 final, 23 novembre 2011

<sup>606</sup> <http://european-council.europa.eu/media/639232/08 - tscg.fr.12.pdf>

<sup>607</sup> VITORINO (A.), Le « TSCG » : beaucoup de bruit pour rien ?, *Notre Europe*, 23 février 2012, p.1:m [http://www.notre-europe.eu/media/TSCG\\_MotNE\\_Fev2012.pdf](http://www.notre-europe.eu/media/TSCG_MotNE_Fev2012.pdf).

<sup>608</sup> ALLEGRET (J.-P.), Quel pouvoir de stabilisation à l'échelle de l'UEM : le pacte de stabilité et de croissance est-il viable?, in : ECHINARD (Y.) (dir.), *La zone euro et les enjeux de la politique budgétaire : une monnaie, onze budgets*, Presses universitaires de Grenoble, 1999, p.47.

<sup>609</sup> ECHINARD (Y.), Union monétaire européenne et fédéralisme budgétaire : est-ce encore la question ?, in : ECHINARD (Y.) (dir.), *La zone euro et les enjeux de la politique budgétaire : une monnaie, onze budgets*, Presses universitaires de Grenoble, 1999, p.15. Sur les origines et le fonctionnement de l'UEM cf. : LOUIS (J.-V.), *L'Union européenne et sa monnaie*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2009, 328 p.



dérives budgétaires de certains Etats tout en apparaissant acceptable par les populations des Etats bénéficiaires. Elle peut s'appliquer la ligne directrice que se sont donnés les membres du Think Thank Notre Europe dans leur réflexion sur un renforcement de l'UEM : "*autant d'union politique et économique que nécessaire, aussi peu que possible*" conformément au principe de subsidiarité<sup>610</sup>.

## **Section II : Les garanties contre un exercice excessif des compétences fédérales concurrentes**

746. L'équilibre des compétences dans un contexte européen marqué par des domaines très vastes de compétences concurrentes ne peut être complet sans un mécanisme de limitation de l'exercice par les institutions européennes de ces compétences. En effet, une interprétation des compétences trop favorable aux institutions européennes "*entraîne dans l'opinion publique, un réflexe de rejet à l'égard de l'UE perçue comme l'auteur d'une harmonisation complète de la vie des citoyens et dans laquelle les centres de décisions sont éloignés de ceux-ci*", ce qui pourrait "*conduire à une volonté de réduction des compétences de la CE alors que [comme le note Jean-Paul Jacqué] le problème réside moins dans l'étendue des compétences que dans la régulation de leur utilisation*"<sup>611</sup>.

Dans ce contexte, le principe de subsidiarité s'est vu attribuer le rôle de régulation de l'exercice des compétences en droit de l'Union européenne. Enoncé à l'art.5§3 TUE, le principe de subsidiarité a été introduit dans le droit de l'Union européenne afin de réguler l'exercice par l'Union européenne de ses compétences concurrentes, comme compensation du passage à la majorité au Conseil effectué dans de nombreux domaines par le Traité de Maastricht.

Les commentateurs considèrent en général que la subsidiarité n'implique aucune idéologie politique au sens où son objet n'est pas de déterminer qui a la *priorité*<sup>612</sup>. Il ne donne pas de solution concrète mais uniquement des lignes directrices pour résoudre une question et nécessite simplement l'existence d'une structure à plusieurs niveaux<sup>613</sup>.

Néanmoins, la question du rôle de la subsidiarité dans la légitimation du système décisionnel européen a été soulevée au sein de l'UE. Pour Francis Delpérée, un des enjeux de son développement dans les Etats est la démocratie, "*le dialogue entre les tenants du pouvoir et les citoyens*", mais également la coopération entre les différents niveaux<sup>614</sup>. Julien Barroche note que ce principe a été utilisé comme "*mot d'ordre politique*" pour réduire le déficit

---

<sup>610</sup> NOTRE EUROPE, Completing the Euro. A road map towards fiscal union in Europe. Report of the "Tommaso Padoa-Schioppa group", *Notre Europe*, 26 juin 2012, p.3.

<sup>611</sup> JACQUE (J.-P.), La subsidiarité...(op.cit. note 75), pp.88-89. Dans le même sens Vlad CONSTANTINESCO et Ingolf PERNICE considèrent qu' "*il est largement reconnu que le vrai problème des compétences est celui de leur exercice et de l'application du droit matériel, en ce qui concerne les aides d'Etat ou les libertés du marché intérieur*" (La question...(op.cit. note 137), p.13); Voir aussi en ce sens : BOGDANDY (A. von), BAST (J.), die vertikale Kompetenzverteilung der EU, *EuGRZ*, 2001, p.458; Mayer (F. ), Die drei...(op.cit. note 145), pp.618 et s.; STREINZ (R.), Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2001, pp.485 et suiv.

<sup>612</sup> En ce sens : ISENSEE (J.), *Subsidiaritätsprinzip*...(op.cit. note 80), p.71. Il écrit dans un autre passage de son ouvrage que "*le nom doit être justifié par rapport à son essence, pas l'inverse*" (*Ibid.*, p.15). Voir également : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p.13.

<sup>613</sup> MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'État, le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, PUF, 1992, p.8. L'auteur souligne qu'il s'adapte à tout régime sauf ceux "*qui le récusent par nature*". Voir aussi : ISENSEE (J.), *Subsidiaritätsprinzip*...(op.cit. note 80), p.74 ; CALLIES (C.), *Subsidiaritäts*...(op.cit. note 87), p.29.

<sup>614</sup> DELPEREE (F.), observations de synthèse, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Justice*...(op.cit. note 563), pp.198-199.



démocratique<sup>615</sup>. Relativement à la démocratie, ses rapports semblent toutefois, comme le remarque Claude Blumann, "rien moins qu'évidents", la démocratie "ne se confond[ant] pas, sauf à lui enlever sa spécificité, avec celui de répartition des compétences entre plusieurs niveaux de pouvoirs"<sup>616</sup>. Il poursuit que la démocratie ne fait pas forcément primer la décentralisation sur la centralisation en prenant le cas français. De même, Laetitia Guilloud relève que "le lien [...] établi entre principe de proximité et principe démocratique condamne d'emblée toute initiative en faveur de l'intégration européenne" car dans cette perspective en augmentant les niveaux, on diminue le caractère démocratique<sup>617</sup>. S'il ne constitue pas "un remède au déficit démocratique"<sup>618</sup>, il permet de garantir aux peuples que le niveau fédéral n'interviendra que dans la mesure nécessaire, ce qui comme le résume Jürgen Schwarze, peut "assur[er] un consentement large pour le déroulement et l'acceptation du processus européen dans le futur"<sup>619</sup>.

En droit suisse, "le principe de subsidiarité est plus considéré comme un précepte politique que comme une règle juridique précise", et il est déduit classiquement de l'art.3 aCS 1874 (art.3 aCS 1848)<sup>620</sup>. Puis une partie de la doctrine en a vu une expression dans l'art.42§2 CS<sup>621</sup> qui énonce que la Confédération "assume les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme". Les autorités fédérales parlent au sujet de ce principe de "règle de conduite des institutions politiques" qui "offre également au législateur un fil conducteur dans l'aménagement de l'ordre juridique"<sup>622</sup>. Depuis 2004 un art.5a CS énonce certes expressément que "l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité" et le nouvel art.43a§2 CS, qui dispose que "la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération", s'applique non seulement à l'attribution des compétences fédérales, mais encore à l'accomplissement par la Confédération. Toutefois le principe de subsidiarité ainsi énoncé n'est toujours pas considéré comme justiciable. Le Conseil fédéral a ainsi indiqué dans un message de 2001 concernant le projet de réforme constitutionnel ayant abouti à son introduction en 2004 qu' "il serait contraire à la conception suisse de l'Etat de confier l'interprétation du principe de subsidiarité à une instance judiciaire. Son application présente plutôt une question politique fondamentale que doivent résoudre le constituant et le législateur dans chaque cas concret, en prenant en considération les conditions du moment"<sup>623</sup>. Mais comme l'indiquait Astrid Epiney en 1994, l'effectivité de la subsidiarité, la limitation de l'exercice des compétences concurrentes fédérale, est assurée politiquement par la pression populaire

<sup>615</sup> BARROCHE (J.), Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le Traité de Maastricht jusqu'à nos jours, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, p.16. Voir sur son utilisation comme instrument de communication politique à cet égard : *Ibid.*, pp.16-20.

<sup>616</sup> BLUMANN (C.), Démocratie et subsidiarité, in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, respectivement p.133 et p.136. Voir aussi dans ce sens : MEYER-HEINE (A.), la participation des parlements au fonctionnement de l'Union européenne : quand la subsidiarité renforce la démocratisation de l'union, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, p.33.

<sup>617</sup> GUILLOUD (L.), Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel, *Petites affiches*, 19 avril 2007 n° 79, p.55. Souligné aussi par : MEYER-HEINE (A.), *Ibid.*

<sup>618</sup> GUILLOUD (L.), *Ibid.*, p.55. L'auteur rejette l'idée selon laquelle la subsidiarité serait un tel remède.

<sup>619</sup> SCHWARZE (J.), Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand, *RMCUE*, n°370, juillet-août 1993, p.618. Dans le même sens voir : CONSTANTINESCO (V.), Le principe...(op.cit. note 6), p.40.

<sup>620</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(op.cit. note 46), p.370.

<sup>621</sup> En ce sens : THALMANN (U.), Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in : FLEINER (T.), MISIC (A.), FORSTER (P.), THALMANN (U.) (Hrsg.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, pp.149-169, surtout p.163 ; DUBEY (B.), *La répartition...*(op.cit. note 46), p.370 ; HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches...*(op.cit. note 134), p.300.

<sup>622</sup> Cité par : DUBEY (B.), *Ibid.*, p.372.

<sup>623</sup> *FF* 2002 I p.2319-2320.



référendaire<sup>624</sup>, particularité qui ajoutée à l'absence de contrôle juridictionnel conduit à écarter une étude approfondie de ce principe dans le contexte suisse.

Au contraire, le système fédéral allemand issu de la Constitution 1949 connaît avec l'art.72§2 LF une clause comparable au principe de subsidiarité. Celle qui est appelé en Allemagne "clause de besoin", puis "clause de nécessité" après sa modification en 1994, a fait l'objet des mêmes types de réflexions visant à renforcer son effectivité que celles concernant l'art.3B du traité CE (5§2 CE ; 5§3 TUE), et qu'il apparaît donc intéressant d'étudier dans cette perspective.

Enfin, il n'existe pas en droit constitutionnel américain. La Cour affirme par exemple dans l'affaire *Carter v. Carter Coal Co* de 1936<sup>625</sup> la constance du rejet d'une interprétation de la répartition des compétences basée sur la subsidiarité et de la seule soumission au principe d'énumération des compétences<sup>626</sup>. George Bermann explique son absence par la "*force de l'idée que la structure et la composition du gouvernement fédéral fournissait en lui-même des garde-fous politiques adéquates pour le fédéralisme*"<sup>627</sup>, tout en poursuivant que l'Union européenne n'a pas le même luxe que les Etats-Unis de pouvoir se permettre de traiter à la légère la subsidiarité, voire de l'ignorer<sup>628</sup>.

Une fois des précisions apportées concernant l'art.5§3 TUE et l'art.72§2 LF (§1), d'étudier les garanties politiques qui sont apportées à leur effectivité (§2) ainsi que les contrôles juridictionnels effectués (§3), en soulignant que ces deux types de mécanismes s'influencent mutuellement dans le sens d'une meilleur efficacité.

## ***§1. Explicitation des principes inclus aux articles 5§3 TUE et 72§2 LF***

747. Le concept de subsidiarité a été présenté tour à tour comme inhérent au fédéralisme<sup>629</sup>, comme une sous-catégorie du principe d'autonomie des Etats<sup>630</sup>, ou bien comme possible dans tout ordre juridique décentralisé<sup>631</sup>, tout dépend de la définition qu'on lui donne. Avant d'étudier leur sens (B) et leur cadre d'application (C), il convient de revenir sur les origines de

<sup>624</sup> EPINEY (A.), Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in : *Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé*, Zürich, 1994, p.31. Voir aussi : DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.382.

<sup>625</sup> 298 U.S. 238 (1936) (ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), pp.444 et s.).

<sup>626</sup> ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), p.446 : La Cour évoque "*l'affirmation, souvent avancée et aussi souvent repoussée, selon laquelle le pouvoir du gouvernement fédéral s'étend intrinsèquement à des objectifs affectant la nation dans son ensemble et dont les Etats pris séparément ne peuvent pas se charger, ou pas adéquatement*". Elle indique au soutien de cette position qu'une proposition "*de légiférer dans tous les cas pour lesquels les Etats pris séparément sont incompétents, ou dans lesquels l'harmonie des Etats-Unis pourrait être dérangée par des législations particulières*" a été rejetée par la Convention constitutionnelle, même si les divergences de législation peuvent parfois créer des problèmes (*Ibid.*, pp.446-447).

<sup>627</sup> BERMAN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.395.

<sup>628</sup> ZOLLER (E.), *Grands...*(*op.cit.* note 16), p.449.

<sup>629</sup> Comme le rappelle Jean-Paul JACQUE et Josef WEILER, "*la subsidiarité n'est pas un nouveau concept. C'est la pierre angulaire de tout fédéralisme, ancien ou nouveau*", (On the Road to European Union-A new judicial Architecture : An agenda for the intergouvernemental conference, *CMLR*, 1990, p.202. Dans le même sens, Francis DELPEREE écrit que les deux concepts vont de concert. (Observations préliminaires, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Justice...*(*op.cit.* note 563), p.17).

<sup>630</sup> CONSTANTINESCO (V.), *Le principe...*(*op.cit.* note 6), pp.38-39.

<sup>631</sup> GUILLOUD (L.), *Le principe...*(*op.cit.* note 617), p.53. L'auteur cite : AUBY (J.-B.), *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, p. 59. Dans le même sens : MATTINA (E.), Subsidiarité, démocratie et transparence, *RMUE*, 1992, n°4, p.205. Melchior WATHELET se demandait même s'il y avait "*un sens de l'histoire juridique qui conduirait tous les ordres vers la reconnaissance de ce principe ?*" (Propos liminaires, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, Bruylant, 2002, p.20).

l'introduction du principe de subsidiarité dans le droit de l'Union européenne et de la clause de besoin dans la Loi fondamentale (A).

## **A. L'origine des articles 5§3 TUE et 72§2 LF**

**748.** Afin de comprendre le but recherché par l'introduction de ces dispositions il convient de rappeler le sens et l'origine du concept général de subsidiarité (1).

Les débuts de la subsidiarité dans le contexte européen sont marqués par l'ambiguïté des buts recherchés par les différents intervenants ayant participé à son introduction dans les traités (2). On retrouve le même type d'ambiguïté dans le choix de l'inclusion dans la Constitution allemande de la clause de besoin, l'idée de départ de son introduction en est une traduction dans le domaine de l'exercice des compétences partagées. Etant donné la proximité du but conféré lors de l'introduction du principe de subsidiarité européen l'étude de l'historique de cette clause s'avère particulièrement instructive (2). Certes, comme le rappelle Christoph Degenhart<sup>632</sup>, la comparaison doit tenir compte de la nature étatique de l'Allemagne, mais cette limite n'en invalide pas pour autant le principe.

### ***1) Les définitions du concept de subsidiarité***

**749.** Le "*subsidiarii officii principium*" connaît deux acceptions à partir de son étymologie latine sub (sous) et sedere (être assis)<sup>633</sup>. La première, que l'on retrouve dans le sens courant du terme "subsidaire", évoque l'idée de complément, de suppléance, et signifie que l'autorité supérieure n'intervient que pour autant que l'autorité inférieure a révélé ou prouvé son incapacité. Il apparaît dans ce sens comme un principe de limitation de pouvoir. La seconde, contenue dans le mot "subside", évoque l'idée d'un secours ou d'une protection qui s'exerce en cas de besoin. Ces deux sens sont dans un rapport de tension, la suppléance impose le respect de la liberté des niveaux inférieurs alors que l'idée de secours, de solidarité, implique sa limitation pour conserver le lien social, "*un supplément d'être, une orientation vers le bien commun*"<sup>634</sup>. Toutefois, la part des deux diffère selon les doctrines.

**750.** Pour une grande partie de la doctrine, le "*subsidiarii officii principium*" trouve ses origines chez d'Aristote dans *La Politique*<sup>635</sup> et dans *Ethique Nicomaque*<sup>636</sup>. Un extrait du 2e livre de l'Ancien Testament est également vu comme un des premiers exemples de traduction de l'idée de subsidiarité<sup>637</sup>. Le beau père de Moïse lui dit dans ce passage qu'il ne doit pas s'occuper de tout, mais au contraire se restreindre aux affaires importantes et que les chefs qu'il désignera

<sup>632</sup> DEGENHART (C.), artikel 72 GG (*op.cit.* note 40), p.1458.

<sup>633</sup> cf. MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat...* (*op.cit.* note 613), pp.7-8.

<sup>634</sup> Voir la position de Saint Thomas d'Aquin citée par : BARROCHE (J.), La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen, *Politique européenne*, automne 2007, n° 23, p.163.

<sup>635</sup> Voir en ce sens : ESTELLA (A.), *The EU...* (*op.cit.* note 10), p.77 ; MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat...* (*op.cit.* note 613), p.17. (Pour une présentation de la doctrine d'Aristote au regard de l'idée de subsidiarité voir soin chap.I : pp.15-27). L'auteur écrit ainsi qu'alors que "*le pouvoir ordinaire vise à maintenir la société dans sa diversité et sa liberté tout en lui assurant l'harmonie – d'après la définition d'Aristote*", "*le pouvoir extraordinaire, [...] vise uniquement le maintien de la société sans plus se préoccuper de ses caractères propres*" (*Ibid.*, p.30). Voir *a contrario* : BARROCHE (J.), La subsidiarité... (*op.cit.* note 634), p.154. L'auteur critique cette position car il estime qu' "*une chose est de dire qu'il faut avoir recours à Aristote et à Saint Thomas pour comprendre la subsidiarité*" mais qu' "*une tout autre chose est de dire qu'elle est déjà à l'œuvre chez ces derniers*".

<sup>636</sup> DELPERÉE (F.), observations préliminaires, in : DELPÉRÉE (F.) (dir.), *Justice...* (*op.cit.* note 563), p.13.

<sup>637</sup> Exode 18, 13-27. En ce sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...* (*op.cit.* note 612), p.14 ; ONORIO (J.-B. d'), La subsidiarité, analyse d'un concept, in : ONORIO (J.-B. d') (dir.), *La subsidiarité...* (*op.cit.* note 75), pp.13-14.



devront se charger des questions mineures. Chantal Million Delsol donne par ailleurs des exemples d'application de la subsidiarité à Rome<sup>638</sup>, dans les cités grecques, et dans la mythologie<sup>639</sup>, soulignant dans les différents cas son fondement contractuel implicite ; elle interprète même les pouvoirs de dictature comme cas extrême de la nécessité d'intervention du niveau supérieur<sup>640</sup>.

Il faut toutefois attendre Johannes Althusius et son *Politica* pour avoir une théorisation des rapports entre sphères de pouvoir<sup>641</sup>. Cet auteur est d'autant plus intéressant pour notre étude qu'il est considéré comme un des premiers théoriciens du fédéralisme. Dans son système, la société se construit par pactes successifs à tous les échelons de la société, en partant de la famille, jusqu'à la province, en passant par la corporation, et la cité. Chaque pacte donne un pouvoir de surveillance à l'échelon inférieur sur l'échelon supérieur pour faire face à la tentation à laquelle il succombe inéluctablement d'élargir ses pouvoirs.

Toutefois, si l'on recherche une influence majeure pour le principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne, il faut se tourner vers ce qui est appelé la "Doctrin sociale de l'Eglise" chez les catholiques<sup>642</sup>. Mgr Wilhelm von Ketteler est vu, notamment pour son ouvrage *Die Katholiken und das Reich* comme cofondateur de cette doctrine avec le Pape Léon XIII et comme l'initiateur de l'introduction de l'idée de subsidiarité en son sein<sup>643</sup>. La version de cette doctrine énoncée par Léon XIII traduit en particulier la fonction du secours<sup>644</sup>. Elle est complétée et précisée par Pie XI qui y introduit notamment une expression de la fonction supplétive<sup>645</sup>. Son contenu est résumé dans l'encyclique *Quadragesimo Anno*<sup>646</sup>.

Le principe trouvera une expression "laïque" avec la philosophie personaliste. Celle-ci ne vise pas à revenir à sa définition libérale du XIX<sup>e</sup> siècle, elle affirme que le but d'assurer à chacun la dignité justifie de limiter les intérêts particuliers. Ainsi, "*le secours est dû à celui qui en a besoin, simplement du fait qu'il est un homme, et ce dû justifie de priver un autre d'une*

---

<sup>638</sup> MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat...* (*op.cit.* note 613), p.23 : "*A Rome, Tarquin l'Ancien fut choisi comme Roi pour la défense de l'extérieure et Tarquin le Superbe fut chassé parce qu'il avait outrepassé ses prérogatives liées à un besoin traditionnellement reconnu*".

<sup>639</sup> "*Agamemnon est appelé «le plus Roi» [...] ce qui signifie qu'il supprime pas le pouvoir des autres chefs*" (*Ibid.*).

<sup>640</sup> "*ce n'est pas l'enflure du pouvoir qui indigne – les athéniens proposèrent bien à Solon la tyrannie –, c'est l'enflure du pouvoir sans nécessité réelle, sans appel d'en bas*" (*Ibid.*, p.24).

<sup>641</sup> Voir pour des précisions : MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat...* (*op.cit.* note 613), pp.47-60, notamment p.51.

<sup>642</sup> Voir pour le rôle de Jacques Delors dans le passage de la subsidiarité de la doctrine sociale de l'Eglise au droit de l'UE, même : BARROCHE (J.), *La subsidiarité...* (*op.cit.* note 634), p.156. L'auteur souligne qu'il n'a toutefois pas pris le substrat religieux de protection de la sphère privée par rapport à celle de l'Etat

<sup>643</sup> Evêque de Mayence, il fut membre de l'assemblée de Francfort qui a rédigé le projet de Constitution allemande de 1849 (1848-1849) puis député au Reichstag sous le Seconde Empire (1871-1872). Sur l'influence germanique sur le développement de cette doctrine, voir : ONORIO (J.-B. d'), *La subsidiarité, analyse...* (*op.cit.* note 637), pp.16-17.

<sup>644</sup> Léon XIII reconnaît en effet que "*s'il arrive qu'une famille se trouve dans une situation matérielle critique, et que, privée de ressources, elle ne puisse d'aucune manière s'en sortir elle-même, il est juste que, dans de telles extrémités, le pouvoir public vienne à son secours, car chaque famille est un membre de la société [...]. Ce n'est point là empiéter sur les droits des citoyens, mais leur assurer une défense et une protection réclamées par la justice*" (*Rerum novarum : de la condition des ouvriers : lettre encyclique du 15 mai 1891*, Paris, Éd. de la Nouvelle aurore, 1975, pt.14).

<sup>645</sup> Julien BARROCHE indique que l'adjectif supplétif était utilisé pour traduire le concept en français avant que les termes subsidiarité et subsidiaire n'y soient diffusés (*La subsidiarité...* (*op.cit.* note 634), p.155 note 3).

<sup>646</sup> "*Que l'autorité publique abandonne donc aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où se disperserait à l'excès son effort ; elle pourra dès lors assurer plus librement, plus puissamment, plus efficacement les fonctions qui n'appartiennent qu'à elle, parce qu'elle seule peut les remplir ; diriger, surveiller, stimuler, contenir, selon que le comportent les circonstances ou l'exige la nécessité*" (PIE XI, (15 May 1931) : *L'encyclique Quadragesimo Anno sur la restauration de l'ordre social*, Paris, Ed. Spes, 1936, pt.80).



*partie de ses biens*"<sup>647</sup>. L'expression de la subsidiarité en tant que limite n'est pas ici posée par rapport au champ potentiel d'intervention comme dans le cas du libéralisme, mais relativement à l'intensité de l'intervention<sup>648</sup>.

**751.** Les systèmes fédéraux étudiés font une application distincte de l'idée de subsidiarité qui correspond à l'influence plus prégnante de l'une de ces doctrines. On trouve ainsi une vision plus libérale aux Etats-Unis, où, selon Chantal Million-Delsol, "*l'individu n'a pas pris l'habitude de réclamer le secours de l'Etat, sauf en cas d'exception, jugeant l'aide comme un complément presque paré d'anormalité*"<sup>649</sup>. Au contraire dans l'Allemagne de la Loi fondamentale, la solidarité s'est développée, même si les Länder du sud aimeraient ramener une part de fédéralisme concurrentiel. De même l'idée de solidarité est très présente en Suisse. Au sein de l'Union européenne, les Etats membres font des interprétations distinctes de la subsidiarité qui ont été réunies en deux positions par Christian Callies<sup>650</sup>. La première, "subsidiarity from above", consiste à considérer que le niveau supérieur a compétence dans le cas d'une nécessité pour atteindre un objectif posé dans les traités et favorise ainsi une telle intervention. La seconde, "bottom-up-subsidiarity", ne prévoit son intervention que dans les cas où l'action du niveau inférieur se révèle insuffisante. Ces deux interprétations peuvent être rapprochées des deux versants du principe : aide et suppléance. Josse Mertens de Wilmars parle à cet égard de variante du maximum d'efficacité et de variante "démocratique", dans le sens de décision prise au plus proche du citoyen<sup>651</sup>. Il considère que la traduction de la subsidiarité dans les traités ne tranche pas en les reprenant respectivement dans le critère de valeur ajouté et le critère d'insuffisance étatique, même si cette dernière est une version tronquée de la proximité puisqu'elle est limitée aux rapports Union européenne-Etats.

## **2) Origines de la clause de besoin en Allemagne**

**752.** Dans le cas allemand, il est possible de voir des conditions posées à l'exercice de certaines compétences impériales dans le cadre de la constitution de 1871, quand celles-ci sont accompagnées de la mention "*dans la mesure où la protection de l'Empire ou l'intérêt de la circulation le nécessite*"<sup>652</sup>. Christoph Neumeyer souligne toutefois que dans la pratique les instances impériales avaient toute marge de manœuvre pour déterminer s'il était nécessaire d'agir<sup>653</sup>. De même, si l'art.9 de la constitution de Weimar, contenait des compétences partagées conditionnées pour leur exercice à une clause de besoin<sup>654</sup>, la majorité de la doctrine considérait que les implications de cette clause dépendaient d'une décision politique<sup>655</sup>.

<sup>647</sup> MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat...*(*op.cit.* note 613), p.171 et p.173.

<sup>648</sup> *Ibid.*, p.201.

<sup>649</sup> *Ibid.*, p.75.

<sup>650</sup> CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.22.

<sup>651</sup> MERTENS DE WILMARS (J.), Du bon usage de la subsidiarité, *RMUE*, 1992, n°4, pp.193-194. L'auteur fut président de la Cour de justice de 1980 à 1984. On verra que ces deux principes de démocratie et de proximité sont bien distincts et peuvent même parfois s'opposer.

<sup>652</sup> Par exemple §§28 et 31RV.

<sup>653</sup> NEUMEYER (C.), *Der Weg...*(*op.cit.* note 31), p.21.

<sup>654</sup> Art.9 : "*Dans la mesure où un besoin existe pour l'adoption de dispositions uniformes, l'Empire a le pouvoir de légiférer*".

<sup>655</sup> En ce sens : ANSCHÜTZ (G.), *Die Verfassung des Deutschen Reiches. Kommentar*, 14. Aufl., Berlin, Scientia Verlag, 1933 ; LASSAR (G.), *Die verfassungsrechtliche Ordnung der Zuständigkeiten*, in : ANSCHÜTZ (G.), THOMA (R.) (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.1*, Tübingen, Mohr, 1930, p.307. Voir *a contrario* deux auteurs considérant le principe d'un contrôle juridictionnel entier : POETZSCH-HEFFNER (F.), *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919*, Berlin, Liebmann, 1928 (voir le commentaire de l'art.9, pt.8) ; GIESE (F.), *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 8. Aufl, Berlin, Heymann, 1931 (voir le commentaire de l'art.9, pt.1).

**753.** Lors des premières discussions de projet de Constitution en 1948 dans le cadre de la Convention d'Herrenchiemsee, la plupart des membres pensaient qu'un catalogue précis des compétences législatives fédérales complété par un pouvoir d'exécution des Länder et une participation à la législation fédérale par le biais du Bundesrat suffirait à garantir un respect mutuel des compétences et qu'aucun litige ne pourrait naître<sup>656</sup>. L'art.34 du projet qui en est issu énonçait certes que dans le domaine des compétences partagées, le législateur fédéral ne réglemente que ce qui doit être harmonisé, mais même les membres des Länder du sud, pourtant particulièrement sensibles à une protection efficace des compétences des Länder, avaient indiqué qu'il s'agissait d'un postulat que seul le législateur fédéral avait à interpréter, et non d'une clause justiciable<sup>657</sup>.

Le Conseil parlementaire chargé de préparer le projet de constitution final n'apporte pas dans un premier temps de modification sur ce point<sup>658</sup>. Le rapporteur de la commission "délimitation des compétences" en son sein, le CDU Walter Strauß, indique ainsi que CDU et CSU partagent le point de vue selon lequel "il correspond à la structure de la vie moderne qu'il faille donner au niveau fédéral de larges compétences en matière de législation"<sup>659</sup>, et ajoute simplement que cette position n'était acceptable qu'en contrepartie d'une participation des Länder à la législation fédérale et d'un pouvoir d'exécution des Länder ne connaissant que peu d'exceptions<sup>660</sup>. Il est toutefois à noter que le Ministre-président de Bavière de l'époque Hans Ehard prend une position critique<sup>661</sup>, et cela sera une des causes du rejet par ce Land de la Loi fondamentale en 1949. Finalement, un projet d'article 36 est adopté en plénière qui complète l'ancienne version par l'inclusion de l'effet de préemption<sup>662</sup>. Mais les Alliés sont insatisfaits, car ils considèrent insuffisant l'encadrement de l'exercice des compétences concurrentes. Ils proposent alors une nouvelle formulation très dure<sup>663</sup> qui fait face à une résistance importante du Conseil parlementaire. La crainte se répand parmi les rédacteurs qu'en appliquant la proposition il soit porté atteinte à l'unité juridique qui avait été atteinte jusque là, et qu'il en résulte une supériorité du droit des Länder. Walter Menzel, qui avait été membre du Conseil parlementaire, indiqua ainsi par la suite que "si le conseil parlementaire avait suivi ces exigences, il n'y aurait jamais eu la conduite commune des trois zones de l'ouest voulue par tous, mais une stabilisation de la souveraineté de onze Länder"<sup>664</sup>. Après plusieurs échanges, le Conseil parlementaire adopte un projet d'art.95 c§2<sup>665</sup> qui ne satisfait toujours pas entièrement

<sup>656</sup> En ce sens : NEUMEYER (C.), *Der Weg...* (op.cit. note 31), p.41 et p. 34 ; OETER (S.), *Integration...* (op.cit. note 93), p.123.

<sup>657</sup> NEUMEYER (C.), *Ibid.*, p.34.

<sup>658</sup> WERNER (W.), *Einleitung*, in : BUNDESTAG (hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, bd.3 : Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung* (Bearb. von : WERNER (W.)), München, Oldenburg Verlag, 1986, p.XXXIII.

<sup>659</sup> STRAUB (W.), in der 3. Sitzung des Ausschusses für Zuständigkeitsabgrenzung am 23.9.1948, in : BUNDESTAG (hrsg.), *Ibid.*, p.41.

<sup>660</sup> *Ibid.*, p.43.

<sup>661</sup> Cité par : WERNER (W.), *Einleitung*, in : BUNDESTAG (hrsg.), *Ibid.*, p. XXXI et s.

<sup>662</sup> Art. 36§2 : "Les Länder conservent le droit de légiférer tant que et dans la mesure où le Bund n'a pas usage de sa compétence législative" (reproduit dans : BUNDESTAG (hrsg.), *Ibid.*, Bd.7, Dok. Nr. 5, pp.229 et s.).

<sup>663</sup> OETER (S.), *Integration...* (op.cit. note 93), p.124. La proposition de disposition se lisait comme suit : "les Länder conservent le pouvoir de légiférer dans les domaines énumérés suivant, sauf s'il est manifestement impossible pour eux d'adopter des lois efficaces ou si dans le cas de l'adoption de telles lois les intérêts ou les droits d'autres Länder étaient lésés. Dans de tels cas, et à condition que les intérêts des différents Länder soient touchés directement, manifestement et dans leur ensemble, le Bund a le droit d'adopter les lois nécessaires et appropriées" (WERNER (W.), *Einleitung*, in : BUNDESTAG (hrsg.), *Ibid.*, p.XXXIII).

<sup>664</sup> MENZEL (W.), *Die verfassungspolitischen Entscheidungen im Grundgesetz, Deutsche Verwaltung*, 1949, n°2, pp.312 et s.

<sup>665</sup> Art.95 c§2 : "Dans ces domaines, la Fédération a le droit de légiférer, 1) si une affaire ne peut être réglée



les Alliés<sup>666</sup>. Le comité de rédaction va alors apporter d'ultimes modifications. La dernière possibilité d'intervention qui posait problème est tout d'abord complétée<sup>667</sup>, et la traduction anglaise est, à dessein, en partie inexacte afin de lui donner une apparence plus restrictive<sup>668</sup>. Une autre modification, présentée comme purement stylistique et qui donnera son surnom originel à cette clause, est ensuite effectuée : les membres du comité ont remplacé "si", par "*tant qu'il existe un besoin de réglementation fédérale parce que*". Ils voulaient en réalité par ce biais affirmer que cette disposition resterait soumise à la libre interprétation du législateur fédéral et exclure tout contrôle juridictionnel sans le dire expressément pour ne pas heurter les Alliés<sup>669</sup>. En effet, leur acceptation du projet de Constitution était notamment soumise au respect d'une déclaration dans laquelle ils affirmaient la juridicité de la "clause de besoin"<sup>670</sup>. Cette déclaration n'avait toutefois pas de valeur juridique contraignante, et en 1955 le statut d'Etat occupé est levé sans que les Alliés aient utilisé leurs pouvoirs pour assurer qu'un contrôle juridictionnel efficace des conditions posées à l'art.72§2 LF soit effectué<sup>671</sup>.

**754.** Georg-August Zinn emploie l'expression "*législation limitée soumise au besoin*" (beschränkte Bedarfsgesetzgebung)<sup>672</sup> pour désigner les compétences concurrentes soumises à l'art.72§2 LF dans le but de mettre en évidence la proximité avec la "*législation soumise au besoin*" (Bedarfsgesetzgebung), expression qui était utilisée sous la République de Weimar pour désigner les compétences soumises à l'art.9 WRV. Il veut souligner par ce biais que le comité de rédaction de la Loi fondamentale "*visait [...] à exclure la compétence ou la possibilité de laisser contrôler la réunion des conditions par la Cour constitutionnelle, et ce en s'appuyant sur la jurisprudence sur "Grundsatzgesetzgebung" de la Constitution de Weimar*"<sup>673</sup>.

### **3) Les débuts du principe au sein de l'Union européenne**

**755.** Dans le cadre européen, plusieurs dispositions ont été interprétées comme des expressions de l'idée de subsidiarité<sup>674</sup>. L'art.235 CEE (art.356 TFUE)<sup>675</sup> tout d'abord a parfois

---

*de façon efficace par la législation individuelle des Länder ou 2) si la réglementation d'une affaire par une loi d'un Land pourrait porter atteinte aux intérêts d'autres Länder ou à l'intérêt général ou 3) si la sauvegarde de l'unité juridique ou économique exige une réglementation fédérale*" (reproduit in : BUNDESTAG (hrsg.), *Ibid.*, Bd.7, Dok. Nr. 10, p. 457).

<sup>666</sup> NEUMEYER (C.), *Der Weg...*(*op.cit.* note 31), pp.71-72.

<sup>667</sup> La fin de la disposition modifiée se lit comme suit "*parce que le maintien de l'unité économique et juridique l'exige, en particulier si l'homogénéité des conditions de vie le nécessite*".

<sup>668</sup> La version anglaise était la suivante : "*parce que le maintien de l'unité économique et juridique l'exige afin de promouvoir les intérêts économiques du Bund ou assurer une égalité économique raisonnable à toutes les personnes*".

<sup>669</sup> Voir pour des précisions sur toutes ces modifications : NEUMEYER (C.), *Ibid.*, pp.73-75.

<sup>670</sup> Art.72§2 LF (en vigueur jusqu'en 1994) : "*Dans ces domaines, la Fédération a le droit de légiférer pour autant qu'un besoin de réglementation législative fédérale existe, car 1) une affaire ne peut être réglée de façon efficace par la législation individuelle des Länder ou 2) la réglementation d'une affaire par une loi d'un Land pourrait porter atteinte aux intérêts d'autres Länder ou à l'intérêt général ou 3) la sauvegarde de l'unité juridique ou économique, en particulier la sauvegarde de l'homogénéité des conditions de vie au-delà du territoire d'un Land l'exige*".

<sup>671</sup> Pour ces précisions : cf. NEUMEYER (C.), *Ibid.*, pp.77-79.

<sup>672</sup> ZINN (G.-A.), *Der Bund und die Länder*, *AöR*, 1949, n°75, p.298.

<sup>673</sup> ZINN (G.-A.), *Welche deutschen und besatzungsrechtlichen Rechtsnormen gelten als Bundesrecht weiter ?*, in : GREWE (W.), *Bundesrecht und Bundesgesetzgebung. Bericht über die Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten in Frankfurt am Main am 22. und 23. Oktober 1949*, Frankfurt, Metzner, 1950, p.98 (cité par : KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), p.132).

<sup>674</sup> On relèvera au-delà des débats dans la doctrine que les conclusions de Conseil européen d'Edimbourg indiquent que des dispositions ont été des embryons du principe de subsidiarité dans traité CEE et traité CECA et estime que "*l'Acte Unique l'a énoncé explicitement [...] dans le domaine de l'environnement*"



été interprétée comme la formulation positive de la subsidiarité en tant qu'elle permet de compléter les compétences de la Communauté<sup>676</sup>. Mais il a été rétorqué à cette conclusion que cette disposition n'est qu'une base juridique subsidiaire permettant uniquement aux autorités européennes d'agir si aucune autre base, expresse ou implicite, n'existe<sup>677</sup>. Par ailleurs certains auteurs voient dans l'art.100 CEE (115 TFUE) une expression de la subsidiarité<sup>678</sup>, alors que d'autres rappellent qu'elle constitue une base de compétence et estiment que les termes de cette disposition n'indiquent pas clairement une règle de limitation<sup>679</sup>. Il est possible de proposer une synthèse de ces positions en estimant que s'il fonde bien une compétence, il inclut également une limitation de cette attribution qui est, si l'on regarde l'interprétation effectuée par le juge européen, proche de celle posée à l'art.5§3 TUE, quand bien même sa formulation ne comporte pas l'expression de "nécessité" par opposition à l'art.3 h) CEE<sup>680</sup>. Un certain nombre d'auteurs estiment que l'idée de subsidiarité se retrouve aussi dans la technique de la directive<sup>681</sup>, mais ce rapprochement conduit à une confusion avec le principe de proportionnalité dont nous verrons qu'il n'est pas toujours aisé à différencier dans ses effets du principe de subsidiarité<sup>682</sup>. Enfin, l'expression de subsidiarité est parfois employée pour qualifier le système juridictionnel européen qui se caractérise par la compétence générale des juges étatiques pour appliquer le droit de l'UE et des compétences réservées pour la Cour de justice de l'UE afin de veiller à l'efficacité et l'uniformité de l'application du droit européen<sup>683</sup>.

**756.** La première mention explicite de ce principe se trouve dans le passage d'un rapport de la Commission de 1975. Il était alors compris "comme un principe applicable à l'attribution des compétences, [...] comme une ligne directrice adressée aux rédacteurs du traité"<sup>684</sup>. On le retrouve ensuite dans le projet d'Union européenne adopté par le Parlement européen en 1984, mais comme principe régulateur de l'exercice des compétences attribuées concurremment à la Communauté et aux Etats<sup>685</sup>. Comme le souligne Josse Mertens de Wilmars, la formulation

---

(CONSEIL, *Conseil européen d'Edimbourg, 11-12 décembre 1992 : conclusions de la Présidence*, OPOCE, 1993, annexe 1 à la partie 1, pt.I.2.ii).

<sup>675</sup> En ce sens : KNEMEYER (F.-L.), Subsidiarität – Föderalismus – Dezentralisation, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1990, p.450 ; CONSTANTINESCO (V.), Le principe...(*op.cit.* note 6), p.36.

<sup>676</sup> BRIBOSIA (H.), Subsidiarité...(*op.cit.* note 79), p.179. Pour l'auteur, l'art.3 B CEE est sa formulation négative puisqu'elle en limite l'exercice.

<sup>677</sup> En ce sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip*...(*op.cit.* note 612), pp.30 et 32 ; CALLIES (C.), *Subsidiaritäts*...(*op.cit.* note 87), pp.33-34.

<sup>678</sup> Voir notamment : CONSTANTINESCO (V.), Subsidiarität : Zentrales Verfassungsprinzip für die Politische Union, *Integration*, 1990, vol.13, n°4, p.169 ; GEIGER (R.), Die Stellung der Bundesländer im europäischen Gemeinschaftsrecht und ihre Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Akte der Gemeinschaft, in : KREMER (H.), *Die Landesparlamente im Spannungsfeld zwischen europäischer Integration und europäischem Regionalismus*, München, 1988, p.51 ; KAPTEYN (P.), Community Law and the principle of subsidiarity, *RAE*, 1991, n°2, p.38 ; PIEPER (S.), *Subsidiarität : ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen*, Heymann, Köln, 1994, pp.200 et s.

<sup>679</sup> Voir par exemple : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip*...(*op.cit.* note 612), p.33.

<sup>680</sup> Souligné par : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts*...(*op.cit.* note 87), pp.31-32 ; MOLSBERGER (P.), *Ibid.*, p.34. L'art.3 h) CEE énonçait que "le rapprochement des mesures nationales dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur".

<sup>681</sup> SCHWARZE (J.), Le principe...(*op.cit.* note 619), p.615 ; MERTENS DE WILMARS (J.), Du bon...(*op.cit.* note 651), p.199.

<sup>682</sup> Voir en ce sens : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts*...(*op.cit.* note 87), p.35. Voir aussi *infra* : B. 2) b).

<sup>683</sup> MERTENS DE WILMARS (J.), Du bon...(*op.cit.* note 651), p.199.

<sup>684</sup> Ce rapport indiquait ainsi que "pas plus les Communautés actuelles, l'Union européenne ne doit conduire à un Super Etat centralisé. Par conséquent, et conformément au principe de subsidiarité, ne seront attribuées à l'Union que les tâches que les Etats membres ne pourront plus accomplir avec efficacité" (Bull. CE, suppl. 5/75 §13-17).

<sup>685</sup> L'art.12§2 du projet indiquait que "l'Union n'agit que pour mener des tâches qui peuvent être entreprises



proposée pouvait faire penser, à un principe visant à "confier les compétences revenant aux institutions politiques au niveau décisionnel assurant le maximum d'efficacité de la décision par rapport à l'objectif visé"<sup>686</sup>. L'absence du critère d'insuffisance de l'action étatique aurait en effet favorisé l'intervention de la Communauté. Pourtant, son introduction, qui devait beaucoup à Altiero Spinelli, le rapporteur du projet de 1984, visait à réguler l'action de la Communauté, afin de donner aux Etats une garantie permettant parallèlement de nouveaux transferts de compétences aux institutions européennes<sup>687</sup>. C'était également la légitimation fédérale que les fédéralistes recherchaient en soutenant l'introduction par l'Acte Unique de l'art.130R§4 dans le Traité CEE<sup>688</sup>. Ce dernier était vu comme un laboratoire expérimental du principe de subsidiarité<sup>689</sup> dans un domaine, l'environnement, très propice car des actions concordantes doivent y être menées à différents échelons. La seule référence au critère de la valeur ajoutée conduit toutefois certains auteurs à nier son caractère précurseur du principe de subsidiarité introduit par le Traité de Maastricht et à qualifier cette disposition de "clause d'optimisation poursuivant le principe de niveau d'efficacité optimal"<sup>690</sup>.

**757.** Lors d'une rencontre du président de la Commission de l'époque, Jacques Delors, avec des représentants des Länder allemands en novembre 1988 ces derniers ont exprimé leur préoccupation face aux avancées de la CE dans leurs domaines de compétences classiques, et ont suggéré<sup>691</sup> d'inclure le principe de subsidiarité dans son rapport<sup>692</sup>. Une telle proposition est reprise dans le cadre des discussions qui mèneront au Traité de Maastricht. Une opposition naît

---

*en commun de manière plus efficace que par les Etats membres œuvrant séparément, en particulier celles dont la réalisation exige l'action de l'Union parce que leurs dimensions ou leurs effets dépassent les frontières nationales...*" (JOCE, n°C 77 du 19 mars 1984, p.33). Dans le sens d'une interprétation pouvant favoriser le pouvoir de l'autorité supérieure voir : CONSEIL DE L'EUROPE, *Définition et limites du principe de subsidiarité, Collectivités locales et régionales en Europe*, n°55, 1994, p.13.

<sup>686</sup> MERTENS DE WILMARS (J.), *Du bon...*(*op.cit.* note 651), p.193. Dans le même sens : CONSEIL DE L'EUROPE, *Définition...**op.cit.* note 685), p.13.

<sup>687</sup> Souligné par : JACQUE (J.-P.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.84.

<sup>688</sup> Cette disposition a été abrogée par le Traité de Maastricht.

<sup>689</sup> En ce sens : conclusions de l'avocat général Fenelly dans l'aff.C-376/98, "*publicité sur le tabac*", pt.132 ; HAILBRONNER (K.), *Stand und Perspektiven der EG-Umweltgesetzgebung*, in : CALLIES (C.), WEGENER (B.) (Hrsg.), *Europäisches Umweltrecht als Chance*, Taunusstein, Eberhard Blottner Verlag, 1992, pp.28 et s. Pour des précisions sur le débat voir CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), pp.38-42. L'auteur souligne que la majorité de la doctrine soutient une interprétation en faveur d'une telle lecture de la disposition et ajoute que les interprétations historique et littérale de l'art.130R§4 vont dans ce sens (*Ibid.*, p.41).

<sup>690</sup> En ce sens : PERNICE (I.), *Kompetenzordnung and Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und Technikrechts, Die Verwaltung*, 1989, n°22, p.34 ; SHEUNG (D.), *Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, Europarecht*, 1989, p.164 ; MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.39.

<sup>691</sup> Proposition de clause de subsidiarité commune au Länder et au niveau fédéral, remis par le gouvernement fédéral en 1991 lors des discussions allant aboutir au Traité de Maastricht : "*La Communauté agira seulement pour exercer les compétences transférées dans le cadre du traité et réaliser les buts qui y sont fixés. Elle n'agira que dans la mesure où les actions en raison de leur dimension ou de leurs effets exigent (fordern) des solutions dépassant les limites d'un Etat membre et lorsque et dans la mesure où les buts poursuivis par les actions ne peuvent être réalisés de manière suffisante par des mesures individuelles au niveau des Etats membres*" (citée par : MOLSBERGER (P.), *Ibid.*, p.47. L'auteur souligne l'influence importante de cette proposition sur la formulation finale).

<sup>692</sup> On notera qu'ils trouvent une oreille attentive, Jacques Delors étant lui-même soucieux du respect de la subsidiarité, comme on peut le voir à sa mention dans de nombreux discours. Par exemple, lors de la rentrée au Collège de Bruges de 1989, il indique qu'il a eu "*souvent l'occasion de recourir au fédéralisme comme méthode, en y incluant le principe de subsidiarité*", ajoutant qu'il "*y voi[t] l'inspiration pour concilier ce qui apparaît à beaucoup comme inconciliable : l'émergence de l'Europe unie et la fidélité à notre nation, à notre patrie*" (DELORS (J.), *Le Nouveau concert européen*, Paris, Odile Jacob, 1992, p.315).



dans ce cadre entre les partisans d'un principe de subsidiarité ayant une portée politique et ceux désirant lui conférer un caractère juridiquement contraignant. Les débats sur l'emplacement et la valeur de ce principe opposaient certains Etats (Espagne, France, Italie) qui ne voulaient qu'une référence dans le préambule à d'autres Etats (Allemagne, RU) ainsi qu'au Parlement européen et à la Commission qui, pour des raisons différentes toutefois, exigeaient qu'il se trouve dans une partie opérationnelle du Traité<sup>693</sup>. Finalement, alors que le projet du Luxembourg d'art.3 B§2 du traité CE<sup>694</sup> se concentrait autour du critère de valeur ajoutée, la formulation finale intègre aussi le critère de l'insuffisance de l'action étatique, notamment sous la pression de l'Allemagne<sup>695</sup>.

Si RU et Allemagne visent une même justiciabilité, leur positionnement par rapport à la construction européenne n'est pas la même<sup>696</sup>. Le RU le considère uniquement comme un moyen de limiter le développement du droit de l'UE<sup>697</sup>. A contrario, l'Allemagne ne voit pas seulement dans ce principe une traduction d'une garantie de l'intégrité des Länder et l'identité nationale, elle considère cette garantie comme une caractéristique du système fédéral que les britanniques se sont efforcés de nier en exigeant la suppression de toute mention dans le Traité de Maastricht. Elle considère par ailleurs ce principe comme une compensation donnée aux Etats dans le but de faciliter le transfert de nouvelles compétences aux institutions européennes, et de légitimation de ces dernières et plus globalement de l'intégration européenne<sup>698</sup>.

Le succès originel dû à l'ambiguïté du principe a été largement souligné par la doctrine<sup>699</sup>. Il a été qualifié de d' *"inelegant ... Eurospeak"*<sup>700</sup>, de *"gobbledegook"*<sup>701</sup>, de *"parfait exemple de confusion"*<sup>702</sup> ou encore de formulation *"qui embrasse deux conceptions opposées de la subsidiarité"*, mettant à mal *"le grand optimisme de voir dans la formule choisie une garantie constitutionnelle"*<sup>703</sup>.

**758.** Ces origines rappelées, il convient de préciser le sens du principe de subsidiarité inclus à l'art.5§3 TUE et de l'art.72§2 LF.

<sup>693</sup> Pour des précisions voir : ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), pp.85-86.

<sup>694</sup> Cette proposition se lisait ainsi : *"dans les domaines qui ne sont pas de sa compétence exclusive, la Communauté peut uniquement agir, en accord avec le principe de subsidiarité, si et dans la mesure où ces objectifs peuvent être mieux réalisés par la Communauté que par les Etats membres agissant de façon séparée à cause de la dimension ou les effets de l'action proposée"* (Europe Documents, n°1722/1723 of 5 July 1991, p.4).

<sup>695</sup> Le Bundesrat avait par une décision du 26 avril 1991 poussé le gouvernement à un tel positionnement. Voir : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), pp.54-55.

<sup>696</sup> BARROCHE (J.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 634), p.166.

<sup>697</sup> John Major, alors qu'il était Premier Ministre, a ainsi annoncé devant la Chambre des Communes en 1992 que *"le Traité de Maastricht marque le point à partir duquel on a, pour la première fois, commencé à inverser cette tendance à la centralisation"*, soulignant qu'il a notamment été *"garanti un texte sur la subsidiarité juridiquement contraignant"* (cité par ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), p.88).

<sup>698</sup> Voir pour une présentation plus détaillée des motivations du RU et de l'Allemagne : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), pp.51-55. Voir aussi sur cette opposition : JACQUE (J.-P.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.84 ; BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*, *op. cit.* note 53).

<sup>699</sup> BARROCHE (J.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 634), p.168.

<sup>700</sup> SMITH (G.), *Subsidiarity and art.9, International merger law*, 1992, n°24 (cité par : BERMANN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.333).

<sup>701</sup> Différentes orthographes existent, le terme vise l'idée de langage inintelligible. Margareth Thatcher l'a utilisée (citée dans *The Times (London)*, Oct.15, 1992, p.16), tout comme l'ancien président de la Cour de justice, Alexander Mackenzie-Stuart (il s'exprimait dans le cadre d'un article intitulé *"A formula for failure"*, *The Times (London)*, Dec.11, 1992, p.18).

<sup>702</sup> Editorial Comment, *Subsidiarity : Furthering the Confusion*, 5 *Europe* 2000, *executive review*, June 1992 (cité par : BERMANN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.333).

<sup>703</sup> M. Shore, membre de la Chambre des Communes dans le cadre d'un débat sur la présidence Britannique du second semestre 1992 : <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199293/cmhansrd/1992-07-02/Debate-5.html> (column 1015).

## **B. Définition des principes inclus dans les articles 5§3 TUE et 72§2 LF**

759. Outre, l'absence d'inclusion de la solidarité, le principe de subsidiarité introduit par le Traité de Maastricht et la clause de besoin de l'art.72§2 LF se restreignent aux relations entre les niveaux fédéral et fédéré, et ils ne s'appliquent qu'au niveau de la régulation de l'exercice des compétences concurrentes, se différenciant par là même notamment des définitions de la subsidiarité susmentionnées (1). Par ailleurs, il est nécessaire de les différencier des principes d'attribution des compétences et de proportionnalité (2).

### ***1) Différence de définition par rapport aux origines générales***

760. Le principe de subsidiarité posé dans le cadre des traités européens n'est tout d'abord pas, contrairement à ce que l'art.1<sup>er</sup> du TUE<sup>704</sup> pourrait faire penser, compris comme un moyen de régulation globale du niveau d'exercice des compétences en partant de l'individu comme cela était le cas dans la définition donnée par la doctrine sociale de l'Eglise ou dans la présentation du Conseil de l'Europe<sup>705</sup>. La Cour l'a confirmé dans son arrêt *Bosman* de 1995<sup>706</sup> en écartant l'argumentation du gouvernement allemand qui visait son application dans les rapports entre les associations privées sportives et les autorités publiques<sup>707</sup>. L'avocat général Fennelly rappelle cette limitation dans ses conclusions dans l'affaire dite "*publicité sur le tabac*" en relevant l'art.5§2 CE ne vise que la répartition de l'exercice entre le niveau européen et le niveau étatique et que c'est à l'ordre constitutionnel national de déterminer le degré d'importance de la proximité du citoyen dans le choix du niveau interne d'intervention<sup>708</sup>. Il est certes précisé dans l'énoncé de ce principe issue de la modification du Traité de Lisbonne que l'insuffisance étatique doit être également appréciée par rapport à l'action locale et régionale, mais cette obligation est à comprendre comme une traduction du respect de la structure constitutionnelle des Etats. Si comme le relèvent Claude Blumann et Louis Dubouis, une telle mention "*permet de donner plus de visibilité aux collectivités infraétatiques souvent considérées comme les parents pauvres de*

---

<sup>704</sup> Art.1 TUE : "*les décisions sont prises [...] le plus près possible des citoyens*".

<sup>705</sup> L'art.4 de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985 du Conseil de l'Europe énonce ainsi que "*l'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens*" et que "*l'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie*". Mais un rapport du Conseil de l'Europe souligne la différence entre un Conseil de l'Europe qui a pour but de promouvoir l'autonomie régionale et locale et l'UE qui promeut un équilibre entre réalisation des objectifs de l'UE et respect des compétences des Etats (CONSEIL DE L'EUROPE, *Définition...op.cit.* note 685), p.14).

<sup>706</sup> La Cour indique que "*le principe de subsidiarité, dans l'interprétation que lui donne le gouvernement allemand, à savoir que l'intervention des autorités publiques, et notamment de celles communautaires, dans la matière en cause doit être limitée au strict nécessaire, ne peut avoir pour effet que l'autonomie dont disposent les associations privées pour adopter des réglementations sportives limite l'exercice des droits conférés par le traité aux particuliers*." CJCE, 15 décembre 1995 *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p.I-4921, pt.81.

<sup>707</sup> Le gouvernement allemand avait "*évoqué la liberté d'association et l'autonomie dont jouissent en droit national les fédérations sportives pour conclure que, en vertu du principe de subsidiarité, considéré en tant que principe général, l'intervention des autorités publiques et notamment de la Communauté en la matière doit être limitée au strict nécessaire*" (Aff. C-415/93, *Bosman*, pt.71).

<sup>708</sup> "*Ce principe concerne exclusivement le choix entre action communautaire et action des États membres. [...] il n'est au mieux que la traduction partielle du souhait exprimé dans le préambule ainsi qu'à l'art.[...] 1<sup>er</sup> TUE que «les décisions [soient] prises ... le plus près possible des citoyens»*. En cas d'action des États membres, le degré de proximité vis-à-vis du citoyen dépendra de la constitution et des structures internes propres à l'État membre concerné." conclusions dans l'affaire C-376/98, "*publicité du tabac*", pt.133. Dans le même sens d'une limitation par les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats voir BLUMANN (C.), *Démocratie...*(op. cit. note 616), p.136.



*l'Union européenne*<sup>709</sup>, c'est dans la perspective d'un plus grand respect des structures constitutionnelles des Etats<sup>710</sup>. De même, si la Commission invite les services qui vont réaliser l'étude d'impact de ses propositions législatives à "*garder à l'esprit que parfois, le niveau d'action adéquat peut être international, et non pas national ou européen*"<sup>711</sup>, cela ne signifie pas qu'il pourrait être argué juridiquement de la plus grande pertinence du niveau international.

**761.** Dans le cas allemand, la subsidiarité conçue comme principe de régulation global du niveau d'exercice des compétences en partant de l'individu n'a pas non plus été reprise dans la Loi fondamentale en raison de sa connotation confessionnelle. Le projet d'Herrenchiessee prévoyait certes dans un art.11 que "*l'Etat est là à cause de l'Homme et non pas l'Homme à cause de l'Etat*", mais cette disposition, outre qu'elle n'a pas été conservée dans la Constitution finale, ne visait que les rapports entre individus et Etats, à l'exclusion de la question des pouvoirs intermédiaires<sup>712</sup>. La Cour constitutionnelle valide certes dans une décision de 1967 l'argumentation du législateur fédéral qui s'était fondé sur le principe de subsidiarité pour donner la *priorité* aux organismes "libres" d'aide sociale et d'aide à la jeunesse par rapport aux organismes publics<sup>713</sup>. Toutefois, elle n'évoque pas dans son propre raisonnement la subsidiarité comme principe régulateur général et ne la consacre donc pas *a fortiori* comme un principe général constitutionnel<sup>714</sup>. Par ailleurs, Jürgen Schwarze relève que le tribunal administratif fédéral a rejeté toute reconnaissance en tant que principe de droit constitutionnel en raison de son lien avec la philosophie catholique<sup>715</sup>.

Jürgen Schwarze s'étonne donc de voir dans la doctrine des références au droit constitutionnel allemand lors des débats relatifs à l'introduction du principe de subsidiarité au sein du droit communautaire alors que ce dernier n'est pas un principe général traditionnel du droit constitutionnel allemand<sup>716</sup>. Toutefois, c'est l'expression originelle de la subsidiarité qui en est absente, l'idée de subsidiarité se retrouve par contre dans plusieurs éléments de l'ordre constitutionnel allemand, comme le même auteur l'ajoute d'ailleurs lui-même en renvoyant de façon générale à la structure fédérale, et de façon plus particulière à la présomption de compétence des Länder et à l'art.72§2 LF. Enfin, il est à noter que la révision constitutionnelle de 1994 intègre le terme subsidiarité dans la Loi fondamentale, à l'art.23, mais que cette mention renvoie uniquement à son rôle de régulation des compétences entre les Etats membres et l'Union européenne.

**762.** Dans la perspective de la doctrine sociale de l'Eglise, le principe de solidarité est le versant positif du principe de subsidiarité<sup>717</sup>. Dans le cadre allemand, Josef Isensee estime que le principe de subsidiarité "*peut légitimer la péréquation financière verticale comme 'aide pour rendre capable' (Hilfe zur Selbsthilfe) les Länder les plus faibles, quand la répartition primaire*

<sup>709</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(op. cit. note 53), p.450.

<sup>710</sup> On peut interpréter dans le même sens la proposition de Vlad CONSTANTINESCO qui se demande si le principe de subsidiarité ne devrait pas aussi viser dans les traités à protéger les compétences exercées par les entités fédérées des Etats fédéraux membres de l'UE, et dans ce cas s'il ne faudrait pas mettre en place un droit de recours en annulation privilégié pour ces entités à l'encontre d'actes qui porteraient atteinte à leurs compétences (Le principe...(op.cit. note 6), p.161). Voir aussi dans le même sens : PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (rapporteur : LAMASSOURE (A.)), 24 avril 2002 (2001/2024(INI)), JOCE, n°C 180 E, 31.07.2003, p.493.

<sup>711</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, 15.1.2009, SEC(2009) 92, p.25.

<sup>712</sup> Sougliné par : ISENSEE (J.), *Subsidiaritätsprinzip...*(op.cit. note 80), p.143-144.

<sup>713</sup> BVerfGE 22, 180 (2<sup>e</sup> sénat 18 juillet 1967 *Jugendhilfe*).

<sup>714</sup> On ne trouve également dans aucun autre arrêt la consécration d'un tel principe : GAS (T.), WEBER (A.), République...(op.cit. note 563), pp.153 et s.

<sup>715</sup> SCHWARZE (J.), Le principe...(op.cit. note 619), p.616.

<sup>716</sup> *Ibid.*

<sup>717</sup> Notamment en ce sens : ISENSEE (J.), *Subsidiaritätsprinzip...*(op.cit. note 80), p.373.



*des impôts se révèle inappropriée*<sup>718</sup>. Mais il poursuit que la pratique tend plutôt vers le nivellement des différences alors que la subsidiarité impliquerait "de donner priorité à la responsabilité autonome et de laisser produire les chances et risques de leur politique économique et financière"<sup>719</sup>. Christophe Heckly et Eric Oberkampff soulignent plus globalement, en dehors du seul cas allemand, que "les subventions des autorités de rang supérieur aux collectivités de rang inférieur répondent au second volet du principe de subsidiarité", la "solidarité" permettant à ces dernières d'accomplir leurs missions<sup>720</sup>.

Pour ce qui est de l'Union européenne, Jacques Delors met ce second aspect en avant dans son discours à l'Institut d'Administration Publique de Maastricht du 21 mars 1991<sup>721</sup>. Certes, l'énoncé du principe de subsidiarité à l'art.3 B du traité UE (5§3 TUE), ne fait pas référence à ce corollaire de l'ingérence de l'échelon supérieur<sup>722</sup>, comme le relève François Schwerer<sup>723</sup>. Mais il faut le lire avec l'ensemble des autres dispositions des traités parmi lesquelles il se trouve des références à la solidarité. En outre, des mécanismes financiers ont été établis dans un tel but et peuvent être interprétés dans une certaine mesure comme des aides fournies aux Etats pour les mettre en capacité d'exercer leurs compétences<sup>724</sup>.

## **2) Distinction par rapport aux concepts d'attribution des compétences et de proportionnalité**

**763.** La subsidiarité dans le sens affirmé dans le cadre de l'art.5§3 TUE et les différentes versions de la clause incluse à l'art.72§2 LF se distinguent aisément du principe d'attribution des compétences (a). Le principe de subsidiarité de l'art.5§3 TUE ne se différencie pas, *a contrario*, aussi aisément du principe de proportionnalité dès lors qu'on sort de la simple présentation théorique (b). Dans le cas allemand, une telle question ne s'est pas posée concernant l'art.72§2 LF dans sa version antérieure à 1994, et la version issue de la révision constitutionnelle de 1994 implique l'équivalent du contrôle de subsidiarité et du contrôle de proportionnalité.

### **a) Distinction par rapport au principe d'attribution des compétences**

**764.** L'applicabilité du principe de subsidiarité à la répartition des compétences dans le cadre des traités en vigueur est à rejeter<sup>725</sup>, à peine de faire perdre toute sens à l'art.352 TFUE<sup>726</sup>. Le

<sup>718</sup> *Ibid.*, p.374.

<sup>719</sup> *Ibid.* Nous avons néanmoins *a contrario* souligné que la Cour constitutionnelle rejetait un tel nivellement : cf. *supra* sect.I §3 C 1) b).

<sup>720</sup> HECKLY (C.), OBERKAMPFF (E.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 370), p.79.

<sup>721</sup> "La subsidiarité, ce n'est pas seulement une limite à l'intervention d'une autorité supérieure vis-à-vis d'une personne ou d'une collectivité qui est en mesure d'agir d'elle-même, c'est aussi une obligation, pour cette autorité, d'agir vis-à-vis de cette personne ou de cette collectivité pour lui offrir les moyens de s'accomplir" (DELORS (J.), *Le Nouveau...*(*op.cit.* note 692), p.165).

<sup>722</sup> Au contraire, la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985 y fait une référence directe en donnant "les moyens concrets qui doivent être mis à disposition pour assurer l'effectivité de cette autonomie" (CONSEIL DE L'EUROPE, *Définition...**op.cit.* note 685), p.15). Ainsi, elle pose en son art.9 le droit "à des ressources propres suffisantes" (§1), "proportionnées aux compétences" (§2), "de nature suffisamment diversifiée et évolutive pour leur permettre de suivre, autant que possible dans la pratique, l'évolution réelle des coûts de l'exercice de leurs compétences" (§4).

<sup>723</sup> SCHWERER (F.), La subsidiarité dans l'organisation européenne ou le détournement d'une valeur chrétienne, in : ONORIO (J.-B. d')(dir.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.121.

<sup>724</sup> Voir *supra* : section I §3 C 2).

<sup>725</sup> Avant que le Traité de Lisbonne ne précise la définition des différents principes, différents textes aux valeurs juridiques diverses ont pu le souligner que le principe de subsidiarité ne s'appliquait pas à la répartition des compétences : Réponse à des questions écrites au Conseil concernant le principe de subsidiarité. *JOCE*, 11 avril 1994, n° C 102 p.4. Voir dans le même sens : COMMISSION EUROPEENNE, Le principe de subsidiarité, SEC (92) 1990 final, 27.10.1992, p.3. On relèvera que le §3 du protocole

principe d'attribution des compétences correspond par ailleurs à la subsidiarité appliquée à la répartition des compétences, si bien que celui-ci n'est plus nécessaire que pour l'exercice des compétences partagées<sup>727</sup>. L'art.5§1 TUE issu du Traité de Lisbonne a tranché en précisant expressément que le principe d'attribution des compétences "*régit la délimitation des compétences de l'Union*", et que le principe de subsidiarité s'applique au niveau de l'exercice des compétences.

Par contre, il est possible de défendre son applicabilité à la question de la modification de la répartition des compétences lors de la révision des traités, au sens d'une ligne politique que ce seraient donnés les auteurs des traités<sup>728</sup>, même si cette position a fait l'objet de critiques<sup>729</sup>. Vlad Constantinesco estime ainsi qu' "*autant la flexibilité inhérente de la subsidiarité est normale dans le registre de l'exercice des compétences [...] autant elle peut compliquer beaucoup la tâche d'allocation des compétences*"<sup>730</sup>. En effet, "le principe, dans ce contexte différent, est d'un maniement plus délicat : apprécier les matières qui doivent relever des compétences communautaires, décider de la nature de cette compétence [...] relève avant tout d'un choix politique et ne s'impose pas en vertu de considérations soi-disant « objectives »"<sup>731</sup>. L'auteur souligne en outre le risque par ce biais d'une renationalisation de certaines compétences, à la différence d'Alain Lamassoure qui dans son rapport pour la Convention estime qu'il ne faut pas avoir peur de remettre à plat<sup>732</sup>. Stefan Pieper tente une conciliation des points de vue en indiquant que l'attribution des compétences correspond à une subsidiarité fixe, alors que la version applicable à l'exercice des compétences est dynamique<sup>733</sup>.

Dans le cadre de la Loi fondamentale, l'art.70 renvoie au principe d'attribution des compétences, et l'art.72 vise explicitement le régime juridique de l'exercice des compétences concurrentes.

## b) Une difficile différenciation pratique du principe de proportionnalité

**765.** Le principe de subsidiarité a un champ d'application *ratione materiae* moins large que le principe de proportionnalité puisque ce dernier s'applique aussi aux compétences exclusives de l'Union européenne<sup>734</sup>. Il s'en distingue ensuite par son objet, portant sur la question "*la Communauté doit-elle agir ?*"<sup>735</sup>, alors que la proportionnalité répond à celle de "*la nature ou*

d'Amsterdam le soulignait indirectement en précisant qu'il "*ne remet pas en question les compétences conférées à la Communauté européenne par le traité, telles qu'interprétées par la Cour de justice*".

<sup>726</sup> En ce sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...* (op.cit. note 612), p.22.

<sup>727</sup> En ce sens : ISENSEE (J.), *Subsidiaritätsprinzip...* (op.cit. note 80), p.357 ; BIEBER (R.), Subsidiarität im Sinne des Vertrages über die Europäische Union, in : NÖRR (K.), OPPERMANN (T.) (Hrsg.), *Subsidiarität : Idee und Wirklichkeit*, Mohr, 1997, p.175.

<sup>728</sup> Voir en ce sens : MEGRET (J.) (éd.), *Le droit de la CEE : Commentaire Mégret, vol.1*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd. 1992, p.428 ; BLUMANN (C.), *Démocratie...* (op. cit. note 616), p.139 ; BRIBOSIA (H.), *Subsidiarité...* (op.cit. note 79), p.178.

<sup>729</sup> Jean-Claude GAUTRON critique un passage de la déclaration n°23 sur l'avenir de l'Union annexée au Traité de Nice qui semblait attribuer au principe de subsidiarité un rôle dans la répartition des compétences (Art.I-11, principes fondamentaux, in : in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...* (op.cit. note 77), p.183). Le passage visait notamment la question de savoir "*comment établir, et maintenir ensuite, une délimitation plus précise des compétences entre l'Union européenne et les États membres, qui soit conforme au principe de subsidiarité*" (pt.5 1<sup>er</sup> tiret).

<sup>730</sup> CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *La question...* (op.cit. note 137), p.28.

<sup>731</sup> CONSTANTINESCO (V.), Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ?, BLANQUET (M.) (dir), *Mélanges...* (op.cit. note 67), pp.159-160.

<sup>732</sup> CONSTANTINESCO (V.), *Ibid.*, p.160. Le rapport Lamassoure est cité dans : CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *La question...* (op.cit. note 137), p.16.

<sup>733</sup> PIEPER (S.), *Subsidiarität...* (op.cit. note 678), p.184.

<sup>734</sup> Voir par exemple : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...* (op. cit. note 53), p.461.

<sup>735</sup> Conclusions du Conseil européen d'Edimbourg, annexe 1 à la partie 1, pt.I.1. second tiret.



*l'intensité de l'action de la Communauté*<sup>736</sup>. L'enchaînement logique semble clair entre l'étude de ces deux principes suivant leur placement dans l'art.3 B du traité CE (5§3 TUE). Guy Braibant ajoute comme critère de distinction le caractère politique du principe de subsidiarité par opposition au principe de proportionnalité<sup>737</sup>, même si nous verrons que le contrôle poussé désormais réalisé par la CJUE remet au moins partiellement en cause cette affirmation. Pourtant en pratique la différenciation est loin d'être toujours aisée. Ainsi si Josse Mertens de Wilmars estime que même s'ils se rejoignent, "*la motivation*" et les "*effets*" sont à distinguer, il ne peut prévenir toute confusion quand il indique qu'en cas de choix laissé au législateur la subsidiarité s'appliquera à la détermination de l'instrument législatif<sup>738</sup>. La CJUE elle-même confond souvent également l'étude des deux principes<sup>739</sup>. Le protocole n°7 sur la mise en œuvre des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité d'Amsterdam, censé faciliter leur application, a contribué à un certain flou en ne distinguant pas clairement ce qui relève des précisions de motivation au regard de chacun des deux principes, là où les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg réalisait un rattachement clair. Il prescrit notamment en son §6 le recours préférentiel aux instruments juridiques les moins contraignants, ce que la doctrine a qualifié de subsidiarité instrumentale, alors même que les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg le rattachaient au principe de proportionnalité<sup>740</sup>. De même le §7, en vertu duquel "*les mesures de la Communauté doivent laisser une marge de décision aussi grande que possible au plan national*", est rattaché à la subsidiarité alors que les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg l'avait bien lié à la proportionnalité<sup>741</sup>. Enfin, la Commission estime dans son rapport "mieux légiférer 2003" que ce même §7 "*fait double emploi avec les conditions déjà définies par le principe de subsidiarité*"<sup>742</sup>. Cela souligne bien la difficulté à opérer une distinction en pratique<sup>743</sup>. Le nouveau protocole issu du Traité de Lisbonne ne suit quant à lui pas le même souci de clarification que l'art.5 TUE puisqu'il ne précise pas le rattachement des précisions apportées au principe correspondant.

La Cour contrôle souvent la proportionnalité avant le principe de subsidiarité<sup>744</sup>. A cet égard, Koenraad Lenaerts et Patrick von Ipersele ont écrit qu' "*un test d'efficacité comparative n'est possible que si l'on s'est déjà prononcé sur la proportionnalité et si l'on a défini les moyens de l'action communautaire*"<sup>745</sup>, ce qui pourrait expliquer le comportement de la Cour.

<sup>736</sup> *Ibid.*, annexe 1 à la partie 1, pt.I.1. premier tiret.

<sup>737</sup> Le second "*est un principe juridique dont les juges peuvent, même si cela est difficile souvent, contrôler l'application*" alors que le premier est "*incontrôlable, ne serait-ce que parce qu'on n'en connaît pas, tout simplement, l'exacte signification*". BRAIBANT (G.), in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) *Constitution...*(*op.cit.* note 616), p.154-155. Voir *infra* sur la question de la nature du principe de subsidiarité §3 A 1).

<sup>738</sup> MERTENS DE WILMARS (J.), *Du bon...*(*op.cit.* note 651), pp.198-199.

<sup>739</sup> Ainsi dans l'affaire C-84/94, *RU c/ Conseil*, si l'avocat général relève dans ses conclusions la confusion opérée par le requérant entre les deux principes dans son deuxième argument, la Cour ne prend pas la peine de la souligner dans son arrêt (CJCE, 12 novembre 1996, *Rec.* p. I-5755). Et dans l'arrêt *British American Tobacco*, elle indique que "*l'intensité de l'action entreprise par la Communauté en l'espèce a également respecté le principe de subsidiarité en ce qu'elle n'a pas [...] excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser*" (CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, *Rec.*p.I-11550, pt.184).

<sup>740</sup> Conclusions du Conseil européen d'Edimbourg, annexe I à la partie A, II, al.3 (Nature et étendue de l'action communautaire), pt.V. Dans le même sens : COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "mieux légiférer 2003", 12.12.2003, COM (2003) 770 final, p.18.

<sup>741</sup> Annexe I à la partie A, II, Troisième alinéa, pt.IV.

<sup>742</sup> COM (2003) 770 final, p.18.

<sup>743</sup> Voir par exemple en ce sens : BURCA (G. de), *The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an institutional actor*, *JCMS*, 1998, vol.36 n°2, p.220.

<sup>744</sup> Cas dans l'arrêt *British American Tobacco* (aff.C-491/01).

<sup>745</sup> LENAERTS (K.), IPERSELE (P. van), *Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'art.3 B du traité CE*, *CDE*, 1994, p.60.



Chantal Million Delsol souligne également que "*la pensée juridique allemande tend à montrer que la réponse à la question du « si » est largement déterminée par celle du « comment »*" et que " dans beaucoup de cas, l'évaluation des moyens nécessaires et de leurs effets indirects détermine le rendement de l'intervention par rapport à la fin poursuivie, et permet de répondre à la question de savoir s'il faut intervenir"<sup>746</sup>. George Bermann privilégie également une étude de la proportionnalité avant la subsidiarité, estimant que l'inverse peut conduire à privilégier le niveau étatique alors que l'action de l'UE porterait moins atteinte à l'autonomie des individus<sup>747</sup>. Mais un tel raisonnement repose sur une portée de la proportionnalité qui n'est pas celle de l'art.5§4 TUE, qui vise seulement à laisser le plus de marge de manœuvre aux Etats<sup>748</sup>, conformément à la logique de compétence de principe des Etats. Un contrôle de proportionnalité est bien exercé en cas de risque d'entrave aux libertés de circulations des individus par le législateur européen, mais il serait illogique d'étudier l'intensité de l'action européenne avant d'avoir vérifié le principe même de la justification de l'exercice de la compétence. Au-delà, Christian Callies rejette une interprétation en termes de critère de nécessité, comparable à celle effectuée sur la base de l'art.72§2 LF dans sa version de 1994, et qui inclurait l'équivalent d'un contrôle de subsidiarité et de proportionnalité dans le critère d'insuffisance étatique<sup>749</sup>. Il relève notamment qu'une proposition de la délégation allemande de 1991 présentant un tel critère de nécessité<sup>750</sup> a été écartée lors des discussions sur l'introduction du principe de subsidiarité dans le Traité de Maastricht. Si certains auteurs affirment pourtant que dans le cadre du principe de subsidiarité, un bilan (*Abwägung*) entre les intérêts issus des buts de l'UE, les intérêts étatiques et les intérêts des citoyens doit être effectué<sup>751</sup>, il s'agit d'une confusion avec la proportionnalité.

### **C. Cadre et critères d'application des articles 5§3 TUE et 72§2 LF**

**766.** La définition des principes inclus dans les articles 5§3 TUE et 72§2 LF présentés, il convient de préciser leur champ d'application (1). Le principe de subsidiarité européen appelle en outre des précisions concernant ses critères d'application (2). Même s'il est encore considéré comme encore vague, notamment par la Cour constitutionnelle allemande, l'art.72§2 LF pose en effet un cadre beaucoup plus précis que l'art.5§3 TUE par le biais desdits buts.

#### ***1) Champ d'application***

**767.** Dans le cadre de la Loi fondamentale, l'art.72§2 s'inscrit dans un titre consacré au pouvoir législatif, et aucune discussion n'existe concernant son applicabilité en dehors des actes législatifs. Dans le cas de l'Union européenne, la question des normes auxquelles le principe de subsidiarité est opposable est plus complexe à résoudre. Il peut tout d'abord être relevé que le protocole n°2 annexé au Traité de Lisbonne sur la mise en œuvre des principes de subsidiarité et de proportionnalité vise seulement les projets d'actes législatifs. Claude Blumann souligne ensuite qu'en matière de relations extérieures, "*c'est plutôt le critère de l'intensité normative interne qui permettrait de désigner le titulaire de la capacité conventionnelle dans le domaine*

<sup>746</sup> MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat...* (*op.cit.* note 613), p.207.

<sup>747</sup> BERMAN (G.), *Taking...* (*op.cit.* note 7), pp.388-389.

<sup>748</sup> Pour une telle lecture critique de l'enchaînement des contrôles de ces principes, voir : JACQUE (J.-P.), *La subsidiarité...* (*op.cit.* note 75), pp.94-95.

<sup>749</sup> CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...* (*op.cit.* note 87), p.97 et p.107

<sup>750</sup> "*elle agira seulement si les mesures exigent en raison de leur dimension ou de leurs effets des solutions dépassant les frontières d'un Etat membre, et si et dans la mesure où les buts poursuivis par les mesures ne peuvent être réalisés de façon suffisante individuellement au niveau des Etats membres*" (cité par CALLIES (C.), *Ibid.*, p.97)

<sup>751</sup> En ce sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...* (*op.cit.* note 612), p.50 ; BOGDANDY (A. von), NETTESHEIM (M.), art.3b EGV, in : GRABITZ (E.), HILF (M.), *Kommentar zum EG-Vertrag*, Beck, München, 1994, pts.33 et s.



*des compétences externes partagées*", et ajoute qu' "en matière d'exécution la répartition repose" notamment sur le principe "*d'administration indirecte qui conduit à reconnaître une véritable priorité aux Etats dans l'exécution des normes communautaires, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le niveau théoriquement le mieux approprié*"<sup>752</sup>. Mais Claus-Dieter Ehlermann estime au contraire que ce principe est également applicable à l'action administrative et évoque en outre le recours aux directives pour permettre plus de marge des Etats dans l'exécution<sup>753</sup>, mais ces éléments relèvent de la proportionnalité. Au soutien de la thèse d'une applicabilité du principe de subsidiarité en dehors des actes législatifs pourrait être certes avancé la présentation de la Commission dans ses lignes directrices concernant l'analyse d'impact de 2009. Elle y énonce que "*le principe de subsidiarité présente deux aspects qui doivent tous deux être analysés lors de l'examen de la justification d'une action communautaire législative ou non législative*"<sup>754</sup>. Nous considérons néanmoins que les arguments au soutien d'une restriction au domaine législatif l'emportent sur ceux en sa défaveur, d'où l'importance d'une claire délimitation des actes législatifs par rapport aux autres types de réglementation<sup>755</sup>.

**768.** La question du champ d'application *ratione materiae* ne se pose pas dans le contexte allemand où l'art.72§2 LF visait expressément les compétences concurrentes, et l'art.75§2 LF précisait que cette clause s'appliquait aux compétences cadres. La question est plus complexe dans le contexte européen. Le Traité de Lisbonne, s'il met fin aux piliers et au statut spécial du titre IV de la troisième partie du TCE<sup>756</sup>, conserve tout d'abord une exception pour la compétence de la Cour concernant la PESC. Certes, la Cour se reconnaît le pouvoir de vérifier le choix de la base juridique, mais si elle conclut que le texte pouvait être fondé sur une base juridique relevant de la PESC, elle ne peut pas poursuivre son contrôle, notamment au regard du principe de subsidiarité<sup>757</sup>.

Par ailleurs, l'art.3 B du traité CE (5§3 TUE) précise qu'il ne s'applique pas aux compétences exclusives. Des membres de la Convention sur l'avenir de l'Europe avaient réclamé la fin de cette exclusion<sup>758</sup>. Selon eux, la restriction aux compétences concurrentes est "incohérente avec l'idée de subsidiarité comme principe régulant l'exercice, non pas la détention, des compétences de la Communauté" car le fait qu'une compétence ait un caractère

<sup>752</sup> BLUMANN (C.), *Démocratie...*(op. cit. note 616), p.140. Voir *a contrario* pour une applicabilité de la subsidiarité aux compétences parallèles externes : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(op.cit. note 87), p.90 ; BRIBOSIA (H.), *Subsidiarité...*(op.cit. note 79), p.182.

<sup>753</sup> EHLERMANN (C.-D.), *Quelques réflexions sur la communication relative au principe de subsidiarité*, *RMUE*, 1992, n°4, p.218.

<sup>754</sup> SEC(2009) 92, p.25. Un certain nombre d'auteurs soutiennent son applicabilité aux actes réglementaires : Zuleeg (M.), in : GROEBEN (H. von der), THIESING (J.), EHLERMANN (C.-D.) (Hrsg.), *Kommentar zum Eu-/EG-Vertrag, Bd.III*, 1999, p.633 ; Hailbronner (K.), *Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip nach dem Maastrichter Vertrag*, in : HAILBRONNER (K.) (Hrsg.), *Europa der Zukunft – Zentrale und dezentale Lösungssätze*, Köln, 1994, p.61. Philipp MOLSBERGER va même jusqu'à y voir une applicabilité aux recommandations et avis (*Das Subsidiaritätsprinzip...*(op.cit. note 612), p.48).

<sup>755</sup> Cf. sur cette délimitation *infra* chap.II sect.II §3 A 2).

<sup>756</sup> Le dernier paragraphe de l'art.2 UE concernait la principe subsidiarité dans le cadre du Traité sur l'Union Européenne jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, mais il ne faisait pas partie des dispositions relevant de la compétence de la Cour visées à l'art.46 TUE, si bien que seuls les textes fondés sur des dispositions du traité CE pouvaient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel du respect du principe de subsidiarité. Les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg l'avaient confirmé en indiquant que "*l'interprétation de ce principe et la vérification de la conformité à ce principe sont soumises au contrôle de la Cour de justice, pour ce qui concerne les questions relevant du traité instituant la Communauté européenne*" (Annexe 1 partie A I 4. 5<sup>e</sup> tiret). Par ailleurs, le titre IV de la 3<sup>e</sup> partie du traité CE faisait l'objet d'un statut juridictionnel spécial qui limitait en conséquence l'pplcabilité de la subsidiarité.

<sup>757</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*, op. cit. note 53), p.455.

<sup>758</sup> Voir : Conv 624/03, p.5. Voir pour une critique notamment : BLUMANN (C.), *Démocratie...*(op. cit. note 616), p.144.



exclusif d'un point de vue abstrait ne signifie pas qu'il est forcément justifié que l'UE agisse dans un cas concret<sup>759</sup>. Cette interprétation est critiquable car elle ne tient pas compte de la logique intrinsèque au mécanisme des compétences exclusives qui est d'exclure par principe toute action des Etats sauf habilitation. Si on leur appliquait le principe de subsidiarité, leur régime ne serait plus différent de celui des compétences partagées. Cette confusion peut être attribuée à l'usage de l'expression "compétences exclusives par exercice"<sup>760</sup> qui semble suggérer l'exclusion de l'applicabilité de la subsidiarité alors qu'il s'agit de compétences concurrentes qui ont simplement été exercées de façon exhaustive. A cet égard, Jean-Paul Jacqué note bien qu' "*il ressort de l'examen de la jurisprudence de la Cour [...] que l'application du principe n'est exclue que pour les compétences qui revêtent un caractère exclusif en vertu du traité lui-même*"<sup>761</sup>. A contrario, Hervé Bribosia estimait en 1992 que l'exercice intégral d'une compétence concurrente ne peut être remis en question en raison du jeu de la préemption<sup>762</sup>. Toutefois, la référence expresse introduite par le Traité de Lisbonne à la possibilité de revenir en arrière dans l'exercice d'une compétence contredit cette affirmation<sup>763</sup>.

La simple exclusion des compétences exclusives à l'art.3 B du traité CE (5§3 TUE) va dans le sens d'une telle applicabilité du principe de subsidiarité aux compétences de complément, de coordination ou d'appui. Autre élément à l'appui d'une telle interprétation, rien dans le régime juridique de ces compétences n'exclut l'applicabilité de ce principe, à la différence des compétences exclusives<sup>764</sup>. Par ailleurs, il est à souligné que les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg précisent une différenciation de l'intensité du contrôle en fonction des bases du traité, estimant que "*plus est spécifique la nature d'une exigence du Traité, moins elle laissera le champ à l'application du principe de subsidiarité*"<sup>765</sup>, ce qui paraît notamment viser en creux le cas des compétences d'appui, de coordination et d'appui. Enfin, l'exemple allemand de l'art.75 LF montre qu'un tel contrôle peut avoir un sens<sup>766</sup>. Hervé Bribosia partant d'une interprétation littérale de l'article concluait en 1992 à l'exclusion des seules compétences exclusives, et se demandait si cela pourrait permettre d'accroître les compétences complémentaires<sup>767</sup>. Mais ces compétences sont, comme nous l'avons vu<sup>768</sup>, soumises à une limitation supplémentaire de leur exercice, l'exclusion de toute harmonisation et un rappel de la nécessité d'action du niveau européen pour les utiliser.

## 2) Les deux critères du principe de subsidiarité

**769.** La modification de l'art.72§2 LF en 1994 a conduit à une clarification du point de vue des conditions d'interventions fédérales, même s'il a fallu quelques années pour que la Cour lui assure une effectivité juridique. La Cour a pu confirmer dans son analyse que le critère de nécessité, complété par les expressions "*dans l'intérêt de l'ensemble de l'Etat*" et "*sur le territoire fédéral*" qui qualifient les buts permettant de justifier l'intervention fédérale, renvoyait à la fois au critère de l'insuffisance des Länder et à celui de la valeur ajoutée de l'action fédérale<sup>769</sup>. Dans le cas européen, le caractère cumulatif des deux critères énoncés à l'art.3 B du

<sup>759</sup> ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), p.92.

<sup>760</sup> Voir notre critique de l'expression : *Infra* sect.I §1 A 2) a).

<sup>761</sup> JACQUE (J.-P.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.101. BRIBOSIA (H.), *Subsidiarité...*(*op.cit.* note 79), p.181.

<sup>762</sup> BRIBOSIA (H.), *Ibid.*, p.181.

<sup>763</sup> Voir *infra* §2 C.

<sup>764</sup> Dans le sens de l'applicabilité à ces domaines : BLUMANN (C.), *Démocratie...*(*op. cit.* note 616), p.144.

<sup>765</sup> Annexe 1 partie A I 4. 6<sup>e</sup> tiret

<sup>766</sup> Dans ce sens : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.113.

<sup>767</sup> BRIBOSIA (H.), *Subsidiarité...*(*op.cit.* note 79), p.183.

<sup>768</sup> Cf. *supra* sect.I §1 A 1) c).

<sup>769</sup> Voir dans ce sens avant l'évolution jurisprudentielle : NEUMEYER (C.), *Der Weg...*(*op.cit.* note 31), p.156). Voir sur le contrôle strict de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à partir de 2002 : *infra* §3 B 2).



traité CE a fait l'objet de débat (a). Par ailleurs, ces critères ont suscité et suscitent toujours des difficultés d'interprétation (b). Plusieurs textes ont tenté d'apporter des précisions qui ne se sont pas toujours révélées très éclairantes (c).

### a) Le caractère cumulatif des critères

**770.** L'art.5§2 CE précisait que "*la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire*". Le protocole d'Amsterdam n°7 soulignait dans son §5 la distinction entre le critère d'insuffisance étatique, aussi appelé critère de l'efficacité comparative, et le critère de la valeur ajoutée, également nommé critère de l'optimisation d'efficacité. Les lignes directrices de la Commission de 2009 concernant l'analyse d'impact de ses actes confirment que "*le principe de subsidiarité présente deux aspects qui doivent tous deux être analysés*"<sup>770</sup>. Une action peut en effet être insuffisante au niveau étatique sans que le niveau européen soit finalement le niveau adéquate, comme c'est le cas quand les questions concernent plusieurs Etats membres et non l'ensemble des Etats<sup>771</sup>. Inversement, une action au niveau européen peut apporter une valeur ajoutée au regard du but recherché sans que l'action étatique soit insuffisante<sup>772</sup>. Pourtant, la Cour confond souvent leur étude. Dans une affaire *British American Tobacco* de 2002, par exemple, elle indique qu'elle va étudier le principe de subsidiarité sous l'angle du test de la valeur ajoutée<sup>773</sup> mais se penche en réalité sur le test de l'insuffisance étatique<sup>774</sup> et en déduit finalement la satisfaction du test de la valeur ajoutée<sup>775</sup>.

Dans la doctrine, la majorité de la doctrine reconnaît la différenciation entre les critères<sup>776</sup>. Une partie minoritaire des auteurs considérait toutefois le critère de l'insuffisance étatique comme une simple concrétisation du critère de valeur ajoutée<sup>777</sup>. A l'inverse, d'autres auteurs minoritaire déduisaient du "et donc" que la valeur ajoutée était une simple conséquence de l'insuffisance étatique<sup>778</sup>. Jean-Paul Jacqué rétorquait en 1995 que les rédacteurs des traités avaient voulu que soit vérifié si la "différence d'aptitude" entre l'UE et les Etats était "manifeste"<sup>779</sup>.

---

<sup>770</sup> SEC(2009) 92, p.25.

<sup>771</sup> Voir en ce sens notamment : ZULEEG (M.), in : *Kommentar zum Eu-/EG-Vertrag*, p.632.

<sup>772</sup> En ce sens : MACKENZIE-STUART (A.), in : INSTITUT EUROPEEN D'ADMINISTRATION PUBLIQUE (dir.), *Subsidiarité : défi du changement, actes du colloque Jacques Delors « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ? »*, Maastricht, Institut européen d'administration publique, 1991, p.44.

<sup>773</sup> "*il convient d'examiner en premier lieu si l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire.*" (Aff.C-491/01, *British American Tobacco*, pt. 180).

<sup>774</sup> "*Un tel objectif ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des seuls États membres*" (*Ibid.*, pt.182).

<sup>775</sup> "*Il s'ensuit que, dans le cas de la directive, l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire.*" (*Ibid.*, pt.183).

<sup>776</sup> CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), pp.92-93. L'auteur renvoie à plusieurs références d'auteurs de la majorité de la doctrine allemande allant dans ce sens : *Ibid.*, p.93 note 177.

<sup>777</sup> En ce sens : ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), p.94 ; SCHINK (A.), *Die europäische Regionalisierung*, *DÖV*, 1992, p.387 ; SCHNABEL (A.), *Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union*, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1993, n°13, p.394 ; STEWING (C.), *Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzverteilungsregel im Europäischen Recht*, *DVBl*, 1992, p.1518 (pp.1516 et s.) ; TOH (A.), *Is subsidiarity...*(*op.cit.* note 76), p.281.

<sup>778</sup> Hervé BRIBOSIA estime que les deux critères sont une "tautologie" (*Subsidiarité...*(*op.cit.* note 79), p.180).

<sup>779</sup> JACQUE (J.-P.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.107. Dans le même sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), pp.53-54 ; MERTEN (D.), *Subsidiarität als Verfassungsprinzip*, in : MERTEN (D.) (Hrsg.), *Die Subsidiarität Europas*, 2. Auflage, Berlin, 1994, p.83.

Les difficultés d'interprétation de la relation entre les deux critères s'expliquent par le fait que la rédaction de la disposition est due à un compromis entre deux tendances, les pays favorables à une traduction plus fédérale du principe, et ceux désireux de limiter au maximum l'exercice des compétences non exclusives de l'UE<sup>780</sup>.

Concernant l'enchaînement de l'étude des deux critères, le critère de la valeur ajoutée semble devoir être étudié après celui de l'insuffisance étatique. La formulation et les discussions préparatoires qui montrent l'importance particulière de ce critère de l'insuffisance étatique viennent au soutien de cette interprétation<sup>781</sup>.

**771.** Face à l'ambiguïté du "et donc" qui semblait exprimer un lien de cause à effet<sup>782</sup>, le Traité de Lisbonne fait un progrès en le remplaçant par un "mais"<sup>783</sup>, même si un simple "et" serait apparu plus clair. En effet, une telle conjonction de coordination aurait permis de confirmer avec force l'existence de deux conditions<sup>784</sup>, tout en évitant l'ambiguïté d'un "mais" qui exprime l'opposition. Le protocole n°2 de Lisbonne contribue quant à lui plutôt à un certain obscurcissement puisqu'il ne reprend pas la référence, faite au §5 du protocole n°7 d'Amsterdam, au caractère distinct des critères.

## **b) La difficile traduction des critères**

**772.** Outre la question du caractère cumulatif et alternatif des critères, se pose la question de l'interprétation de leur portée.

Claude Blumann et Louis Dubouis soulignent que le critère de l'insuffisance étatique implique "*plutôt [...] une appréciation objective*" là où le critère de la valeur ajoutée, "*introduit une dimension subjective*", mais au regard d'éléments objectifs comme les "*dimensions*", et les "*effets de l'action envisagée*"<sup>785</sup>.

Mais, comme le souligne François Schwerer, "*si une action est une notion objective facilement constatable, l'objectif d'une action est une notion subjective qui n'est pas obligatoirement explicitée, ni même suggérée et qu'il va falloir deviner*"<sup>786</sup>. Sur quels critères fonder l'insuffisance et la valeur ajoutée ? La théorie libérale considère comme limite à l'intervention du niveau supérieur le salut de la société, sa sûreté<sup>787</sup>. Chez Althusius, le domaine est beaucoup plus large puisqu'il inclut le bien-être de tous et de chacun<sup>788</sup>. Toutefois cela

---

<sup>780</sup> Les premiers proposaient un principe n'indiquant que la seconde condition, ce qui favorisait l'UE, alors que les seconds mettaient l'accent sur le caractère insuffisant de l'action des Etats, le résultat étant l'art.3 B du traité CE combinant les deux. Voir notamment sur ce compromis : ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), pp.93-94.

<sup>781</sup> En ce sens : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.97 ; MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.56

<sup>782</sup> Critique en ce sens : HIRSCH (G.), Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Le principe...*(*op.cit.* note 631), p.52 ; et concernant la version allemande comparable "*und daher*" MERTEN (D.), *Subsidiarität...*(*op.cit.* note 779), p.83 ; SCHIMA (B.), *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1994, pp.104 et s.

<sup>783</sup> Art.5§3 al.1 TUE : "*En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union*".

<sup>784</sup> Pour une formulation accentuant encore la distinction, "en outre" ("darüber hinaus"), voir : SCHIMA (B.), *Ibid.*, pp.104 et s. Voir aussi en faveur de "et en outre" (und darüber hinaus) : MERTEN (D.), *Ibid.*, p.83.

<sup>785</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel...*, *op. cit.* note 53), p.450.

<sup>786</sup> SCHWERER (F.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 723), p.123.

<sup>787</sup> Voir : MILLION-DELSOL (C.), *L'Etat...*(*op.cit.* note 613), p.59.

<sup>788</sup> *Ibid.*, p.60.



implique dans son esprit que les différents échelons aient déjà accompli une grande partie des tâches de solidarité, ce qui permet de différencier cette conception de la logique appliquée dans le cadre de l'Etat-providence et qui conduit à une centralisation<sup>789</sup>. Joseph Proudhon indique quant à lui qu'il est naturel que chaque individu, groupe,... régisse ce qui le concerne<sup>790</sup>, mais où s'arrête, si on le transpose dans le cadre européen, ce qui concerne seulement l'Etat membre, et où commence ce qui a trait à l'Union européenne ? Comme le remarque Philippe Molsberg, le principe en droit de l'UE "*a peu à voir avec la tradition originelle philosophico-sociale de la subsidiarité*", car la priorité du niveau étatique n'est pas considérée comme un "*donné naturel*" mais comme un principe juridique<sup>791</sup>.

**773.** Le critère qui semble le plus simple est celui de la capacité de l'Etat à répondre aux besoins.

La première question qui se pose alors est celle de la méthode permettant de déterminer la capacité à agir de l'Etat<sup>792</sup>. Comme le souligne Chantal Millon Delsol, "*l'idée de subsidiarité implique que l'on confère une définition et un contenu au bien commun européen*"<sup>793</sup>. Prenant l'exemple de l'exigence d'un niveau de protection sociale ou de garanties écologiques permettant de vivre dignement, elle relève que l'insuffisance étatique dépend de la référence posée, celle des Etats les plus avancés ou de la moyenne des Etats. Elle considère pourtant qu'il s'agit là d'un contresens car la dignité interprétée à l'aune de la subsidiarité suppose non seulement "un certain bien-être matériel et une certaine sécurité, mais aussi [...] l'autonomie et la responsabilité"<sup>794</sup>. Il convient donc d'opérer un équilibre entre une intervention importante du niveau européen mettant à mal l'autonomie des Etats et une action de l'UE limitée conduisant à la condamner à être "faible, face à l'extérieur, menacée en permanence d'éclatement"<sup>795</sup>.

Par ailleurs se pose la question du référentiel : un, quelques Etats ou l'ensemble des Etats. Günther Hirsch estime certes que le premier critère n'est pas respecté si seulement un ou plusieurs Etats peuvent réaliser l'action de façon suffisante, mais qu'il faut que l'ensemble des Etats membres en soit capable<sup>796</sup>. Mais il semble au regard des contrôles politique et juridictionnel qu'il soit suffisant que seuls quelques Etats n'agissent pas de façon suffisante.

Ensuite, il faut se demander si l'insuffisance étatique doit être jugée en comparant seulement l'action actuelle des Etats à l'objectif européen ou également l'éventualité d'actions qui seraient entreprises par les Etats dans l'avenir, seule ou par voie d'accord intergouvernemental en dehors des traités. Le sens de la formule permettrait certes d'inclure ces actions éventuelles mais cela reviendrait à porter atteinte au processus d'intégration de l'UE<sup>797</sup>. Jean-Paul Jacqué indiquait en outre en 1995 que la première solution apparaissait la plus plausible, compte tenu de la jurisprudence sur le principe de proportionnalité dont le test n'est effectué qu' "*à partir des données actuelles et prévisibles*"<sup>798</sup>. Nous soulignerons également en

<sup>789</sup> *Ibid.*

<sup>790</sup> *Ibid.*, p.112.

<sup>791</sup> MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.20

<sup>792</sup> Voir pour une illustration des difficultés à ce stade : ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), pp.108-111.

<sup>793</sup> MILLION-DELSOL (C.), La subsidiarité dans les idées politiques, in : D'ONORIO (J.-B.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.54.

<sup>794</sup> *Ibid.*, pp.54-55.

<sup>795</sup> *Ibid.*, p.55.

<sup>796</sup> HIRSCH (G.), Le principe...( *op.cit.* note 782), p.52.

<sup>797</sup> En ce sens : ZULEEG (M.), in : GROEBEN (H. von der), SCHWARZE (J.) (hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd.I*, 6. Auflage, 2003, p.632 ; FROWEIN (J.), *Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität. Zur Kompetenzverteilung in bündlichen Systemen*, in : BADURA (P.), SCHOLZ (R.) (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungsleben, Festschrift für Peter Lerche*, München, C.H. Beck, 1993, p.408 ; CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.98 ; LAMBERS (H.-J.), Subsidiarität in Europa – Allheilmittel oder juristische Leerformel, *EuR*, 1993, p.236 ; TOTH (A.), *Is subsidiarity...*(*op.cit.* note 76), p.1099.

<sup>798</sup> JACQUE (J.-P.), La subsidiarité...( *op.cit.* note 75), p.105 : l'auteur cite en ce sens un passage des



ce sens la position de Karlsruhe dans le contexte de l'application de l'art.72§2 LF en vertu de laquelle l'action potentielle commune ou parallèle des Länder ne permet pas d'exclure la nécessité d'intervention du législateur fédéral<sup>799</sup>.

Enfin, se pose la question du moment de l'intervention : faut-il laisser intervenir l'UE dès que l'incapacité a été constatée de l'extérieur ou quand l'Etat se dit lui-même incapable et réclame de l'aide ? Dans le premier cas un risque d'ingérence indue de l'autorité supérieure est pris, et dans le second, le risque consiste dans un appel à l'aide qui ressemblerait à une paresse plutôt qu'à une incapacité.

### c) La précision des critères apportée par les textes européens

774. Dans ses conclusions d'Edimbourg, le Conseil européen a donné des lignes directrices pour préciser ces critères<sup>800</sup> que le protocole n°7 d'Amsterdam a reprises, leur assurant par ce biais une valeur juridique contraignante. La 1<sup>ère</sup> ligne directrice invitait à contrôler l'existence d'aspects transnationaux qui ne pourraient "*pas être réglés de manière satisfaisante par l'action des Etats membres*". La 3<sup>e</sup> invitait à se demander si une action au niveau européen "*présenterait des avantages manifestes, en raison de ses dimensions ou de ses effets, par rapport à une action au niveau des Etats membres*". La 2<sup>nde</sup> précisait qu' "*une action au seul niveau national ou l'absence d'action communautaire [...] lèserait grandement d'une autre manière les intérêts d'un Etat membre*". Par rapport à ces lignes directrices, une comparaison avec l'art.72§2 LF se révèle ici encore intéressante. Dans sa version antérieure à 1994, cette disposition visait le cas où la résolution d'une question par une loi d'un Land pourrait porter atteinte aux intérêts d'autres Länder ou à l'intérêt général allemand, ce qui se rapprochait de la 2<sup>nde</sup> ligne directrice du protocole d'Amsterdam, mais ce fondement a été considéré inutile et supprimé en 1994. De même, le fondement de l'art.72§2 LF selon lequel une question n'était pas résolue de manière effective par l'action individuelle des Länder a été supprimé, seul le fondement visant l'exigence de maintien de l'unité économique et juridique ayant été considéré comme permettant en pratique de justifier l'action du niveau fédéral<sup>801</sup>. On pourrait s'en étonner à première vue, étant donné qu'il se rapprochait du premier critère de l'art.5§3 TUE. Il est toutefois possible de le comprendre dès lors que l'on remarque que le but d'unité économique est en réalité également un critère essentiel de justification de l'action de l'Union européenne dans le domaine des compétences partagées. Une référence indirecte à ce but se trouve d'ailleurs dans le protocole d'Amsterdam, mais seulement comme cas particulier de la 2<sup>nde</sup> ligne directrice<sup>802</sup>. Philippe Molsberg considère à cet égard que cette référence est contraire au souhait des Etats d'encadrement de l'exercice des compétences concurrentes, servant plutôt une large intervention de l'UE, rejoignant une remarque comparable de Christoph Neumeyer pour le cas allemand<sup>803</sup>.

775. Au-delà de leur impact respectif, l'interprétation des lignes directrices a fait l'objet de

---

conclusions de l'avocat général Jacobs dans les affaires jointes C-133/93, C-300/93 et C-362/93 *Crispoltoni*). Voir aussi en ce sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.52 ; BOGDANDY (A. von), NETTESHEIM (M.), art.3b EGV, in : GRABITZ (E.), HILF (M.) (Hrsg.), *Recht der Europäischen Union, Altband I*, München, Beck, 1999, pt.33 et pt.37.

<sup>799</sup> BVerfGE 106, 62 (pt.339) ; repris dans BVerfGE 111, 226 (pt. 101).

<sup>800</sup> pt.II, précisions sur le 2<sup>e</sup> alinéa, ii.

<sup>801</sup> Voir déjà en ce sens : *Schlußbericht...*(*op.cit.* note 103), BT-Drs.7/5924, p.131.

<sup>802</sup> Celle-ci ne visait pas l'unité économique mais plus indirectement les possibilités de contrariété aux exigences du traité et notamment la "*nécessité de corriger les distorsions de concurrence, d'éviter des restrictions déguisées aux échanges*". Voir *infra* sur l'importance de ce fondement : §3.

<sup>803</sup> Pour Christoph NEUMEYER, la disparition des deux premiers buts n'a pas d'impact étant donné la faible portée en pratique et la réforme est paradoxale en tant qu'elle vise à une plus grande efficacité de la clause tout en conservant le but qui avait été ajouté par le Conseil parlementaire pour laisser une marge importante au législateur et empêcher un contrôle juridictionnel (*Der Weg...*(*op.cit.* note 31), p.157).



débats. Antonio Estella estimait que dimension transnationale et distorsions de concurrence étaient des conditions cumulatives<sup>804</sup>. Cette assertion est à réfuter puisque, comme nous le verrons, la Cour considère comme alternatifs les fondements comparables dans le cas d'une harmonisation sur la base de l'art.95 CE (114 TFUE). Le même auteur considérait par ailleurs que la première ligne pouvait être vue comme l'énonciation générale de la troisième. Mais cela revenait à déduire le critère de la valeur ajoutée du critère de l'insuffisance étatique dont a déjà souligné le caractère erroné. La Commission a, plus justement, rattaché dans son rapport "mieux légiférer" de 2003 les deux premières lignes directrices du protocole d'Amsterdam au critère de l'insuffisance étatique qu'elle qualifie de critère de nécessité, et la troisième au critère de la valeur ajoutée<sup>805</sup>. Enfin, la formulation de la première ligne directrice a été critiquée en ce qu'elle visait le caractère non "*satisfaisant*" de l'action des États membres alors même que le terme utilisé à l'art.5§2 CE était celui d'"*insuffisance*", ce qui en modifiait le sens.

776. La Commission a précisé et complété ces lignes directrices dans un document de 2009 concernant l'analyse d'impact de ses propositions<sup>806</sup>. Elle y donne pour exemple d'aspects transnationaux ne pouvant être traités de manière satisfaisante par le biais d'une action des États membres la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, le traitement discriminatoire de parties prenantes dans le cas de l'atteinte aux intérêts des États membres, ou encore une action entravant la libre circulation des biens pour le cas de violation des exigences du traité. Même si les lignes directrices ont disparu du nouveau protocole, le cadre de justification qui a été peu à peu précisé ne s'en est pas senti.

## §2. Des garanties politiques plus efficaces

777. Guy Braibant avait devant le constat de l'absence de définition du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne, appelé à une clarification pour permettre de résoudre le problème de son contrôle<sup>807</sup>. Certes, comme l'a souligné Claude Blumann lors des discussions sur le projet de Traité constitutionnel, "*l'ambiguïté même du principe paraît le meilleur garant de son succès, et ceci peut expliquer l'inaptitude ou le manque de volonté des [...] constituants européens à en mieux déterminer le contenu tout en affichant une intention sans faille d'en faire le principe fondamental de l'Union en matière de compétences*"<sup>808</sup>. Mais dans le même temps, la volonté au sein de la Convention était clairement celle d'un renforcement du contrôle politique, volonté qui a été relayée bien avant que le Traité de Lisbonne, qui en reprend les avancées, ne soit entré en vigueur.

En effet, le contrôle du respect du principe de subsidiarité par les institutions européennes avait été jugé insuffisant. Nous rejoignons cependant Claude Blumann quand il souligne que "*les insuffisances [...] sembl[ai]ent dans une large mesure relever plus du fantasme que de la réalité*", et que les États eux-mêmes ne soulèvent que rarement ce moyen<sup>809</sup>. Claire-Françoise Durand relevait par exemple en ce sens en 2002 que les remarques du Bundesrat concernant la conformité des projets de textes législatifs au principe de subsidiarité ont eu tendance à diminuer<sup>810</sup>. Le problème relève plus de la question de légitimité de l'Union européenne, le rôle des parlements nationaux pouvant alors avoir un impact très positif permettant de renforcer la légitimité de cette intervention par une plus grande précision dans sa justification. A cet égard,

<sup>804</sup> ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), p.107.

<sup>805</sup> COM (2003) 770 final, 12.12.2003, p.17.

<sup>806</sup> SEC(2009) 92, p.25.

<sup>807</sup> BRAIBANT (G.), in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution...*(*op.cit.* note 616), p.154-155

<sup>808</sup> BLUMANN (C.), *Démocratie...*(*op. cit.* note 616), p.141.

<sup>809</sup> *Ibid.*, p.146 et p.147.

<sup>810</sup> DURAND (C.-F.), La mise en œuvre du principe de subsidiarité, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Le principe...*(*op.cit.* note 631), p.370.



le complément du contrôle exercé par les institutions européennes (A) par un contrôle des parlementaires nationaux s'est, après de longues discussions sur sa forme, révélé un moteur du renforcement de la motivation des actes européens au regard du principe de subsidiarité, mais aussi par extension des principes d'attribution des compétences et de proportionnalité (B), et pourrait permettre de lutter contre une partie des reproches de déficit démocratique de l'Union européenne. Un autre choix a été fait, comme nous l'avons vu dans le contexte allemand dans le but de renforcer les Länder<sup>811</sup>. Enfin, ultime garantie politique pour les Etats membres, le principe de réversibilité de l'exercice des compétences par le niveau fédéral a été affirmé, avec force dans le contexte allemand, avec plus de retenu dans le contexte européen (C).

### **A. Un contrôle par les institutions européennes renforcé...**

778. Il est possible, à l'instar d'Antonio Estella<sup>812</sup>, de distinguer en droit de l'Union européenne la subsidiarité matérielle de la subsidiarité procédurale. La première renvoie au respect d'un certain nombre de conditions substantielles qui aident les institutions de l'Union européenne à déterminer si l'action au niveau européen est appropriée. La seconde implique le respect par les institutions de conditions procédurales, en premier lieu desquelles l'obligation de motiver de façon explicite. Les deux sont intimement liés puisque la subsidiarité procédurale a pour but de prouver que le versant matériel de la subsidiarité a bien été respecté, d'où l'importance de la motivation effectuée par la Commission dans ses propositions législatives<sup>813</sup> (1). Le contrôle politique du législateur peut alors permettre d'assurer une bonne effectivité. A cet égard, le Parlement européen est toutefois, comme le résume un rapport du Sénat de 2001, "*non seulement tenté d'intervenir dans des domaines qui n'entrent pas dans ses attributions, mais [...] [encore] porté à adopter une démarche centralisatrice qui lui permet d'être au cœur du dispositif*"<sup>814</sup>. Quant au Conseil, il peut apparaître, en tant que représentant de l'intérêt de Etats, comme l'institution appropriée pour pousser à une plus grande motivation une Commission qui tournée vers l'intérêt général européen pourrait avoir tendance à la négliger, mais la pratique montre qu'il n'a pas réellement joué ce rôle (2).

#### ***1) Un renforcement de la motivation des propositions législatives***

779. L'art.2 du protocole n°2 annexé au Traité Lisbonne impose tout d'abord à la Commission de procéder à des consultations aussi larges que possibles, là où le terme "*devrait*" utilisé dans le protocole d'Amsterdam pouvait aller à l'encontre de ce caractère obligatoire<sup>815</sup>. Sans préciser la qualité des consultés, il ajoute simplement par rapport au protocole d'Amsterdam que les dimensions régionale et locale doivent être prises en compte, mais seulement "*le cas échéant*", conformément à la mention des niveaux régional et local à l'art.5§3 TUE. La dernière phrase de l'art.5 impose ensuite une motivation de ses propositions au regard du principe de subsidiarité et précise qu'une note jointe "*devrait*" apporter des précisions à cet égard en cas de nécessité. Le terme "*devrait*" suggère certes l'absence d'obligation, mais une pression s'exerce sur la Commission pour une justification de plus en plus précise. La 4e phrase de l'art.5 ajoute que le test de la valeur ajoutée doit "*s'appuyer sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est*

<sup>811</sup> Cf. *supra* section I §1 A 1) b).

<sup>812</sup> ESTELLA (A.), *The EU...* (*op.cit.* note 10), p.105.

<sup>813</sup> Même si on ne visera dans la suite des développements que la Commission comme auteur d'une proposition d'acte législatif, cela peut être, selon l'art.3 du protocole n°2 de Lisbonne, le Parlement européen, un groupe d'Etats membres, la CJUE, la BCE et la Banque européenne d'investissement. On notera toutefois que l'art.2 concernant les consultations ne vise expressément que la Commission.

<sup>814</sup> SENAT, *Une deuxième chambre européenne*, Rapport d'information (Rapporteur : HOFFEL (D.)), 13 juin 2001, p.15 : <http://www.senat.fr/rap/r00-381/r00-381.html>.

<sup>815</sup> Le §9 2e tiret du protocole n°7 d'Amsterdam précisait : "*la Commission devrait [...] procéder à de larges consultations avant de proposer des textes législatifs*".

possible, quantitatifs", reprenant l'énoncé du §4 du protocole d'Amsterdam. Cette disposition impose par ailleurs de rechercher la mesure ayant la charge administrative et financière la plus faible pour les Etats au niveau national, local et pour les citoyens ou opérateurs économiques<sup>816</sup>. En outre, en dépit de son impact limité puisqu'une bonne partie de l'action européenne est uniquement législative et n'entraîne pas de coût pour le budget européen<sup>817</sup>, la même disposition impose à la Commission de faire une estimation du coût et l'affecter à un chapitre du budget de l'UE. Enfin, l'art. 9 reprend l'obligation pour la Commission de réaliser un rapport annuel sur la mise en œuvre du principe de subsidiarité, ajoutant simplement les parlements nationaux à la liste des destinataires prévue au §9 dernier tiret Amsterdam<sup>818</sup>.

**780.** George Bermann écrivait en 1994 que si le principe de subsidiarité était simplement évoqué ("*pure lip service*"), le renforcement de la confiance auprès des Etats et l'opinion publique européenne que l'on cherchait à promouvoir par son biais ne serait pas atteint, et appelait pour cette raison à "*une réelle enquête législative sur les conséquences d'une absence d'action de la Communauté*"<sup>819</sup>. Il encourageait l'UE à faire évoluer la subsidiarité d'un principe substantiel vers un principe procédural, à obliger les institutions à un contrôle minutieux car il soulignait que la Cour de justice n'avait pas les moyens d'opérer elle-même un contrôle substantiel, et ne peut que vérifier le sérieux de l'étude menée par les institutions<sup>820</sup>.

Le Parlement européen indiquait encore en 2004 que s'il reconnaissait "*que la Commission [avait] déplo[yé] des efforts pour démontrer la conformité avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité, [...] [il] estim[ait] que l'utilisation d'un considérant standard refl[était] le caractère quelque peu mécanique de l'approche de la Commission*"<sup>821</sup>. Il poursuivait en considérant "*opportun, bien que la jurisprudence de la Cour de justice ne le considère pas comme une obligation juridique une référence explicite au principe de subsidiarité*". De nombreux commentateurs estimaient de même que la Commission devait améliorer les éléments de fondement du respect du principe de subsidiarité<sup>822</sup>. Ils soulevaient notamment que la Commission se focalisait trop sur le critère de la valeur ajoutée sans étudier suffisamment le critère de l'insuffisance étatique<sup>823</sup>, et que le recul du nombre de propositions de la Commission s'expliquait en grande partie par la réalisation du marché intérieur et non par une amélioration de la prise en compte de la subsidiarité<sup>824</sup>.

**781.** Il peut être constaté que la Commission a fait beaucoup d'effort pour répondre à ces critiques et recommandations. Ainsi, dès 2006, elle décide de "*transmettre directement toutes*

<sup>816</sup> Reprise du §9 2<sup>e</sup> tiret du protocole d'Amsterdam

<sup>817</sup> Souligné par Antonio ESTELLA au sujet de la même disposition incluse au §9 3<sup>e</sup> tiret du protocole d'Amsterdam pour lequel (*The EU...*(*op.cit.* note 10), p.116).

<sup>818</sup> Celui prévoyait une remise au Conseil européen, au Parlement européen, au Conseil ainsi qu'au Comité des régions et au Comité économique et social.

<sup>819</sup> BERMANN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.335 et p.391.

<sup>820</sup> *Ibid.*, p.336 et p.391.

<sup>821</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur le rapport "mieux légiférer 2000" (COM(2000) 772) et sur le rapport "mieux légiférer 2001" (COM(2001) 728), P5\_TA(2003)0143, *JOUE*, 12.03.2004, p.135 : pts.17-18.

<sup>822</sup> Voir en ce sens : MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente : eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p.133. L'auteur donne dans la note 532 des exemples où la Commission s'est contentée d'affirmer que les critères sont remplis sans préciser. Voir aussi : BOGDANDY (A. von), BAST (J.), *die vertikale Kompetenzverteilung der EU*, *EuGRZ*, 2001, p.455 ; BUNDESRAT, *Stellungnahme zum Subsidiaritätsbericht der Bundesregierung des Jahres 2002*, 12.03.2004, Drs. 922/03, pt.3 et s. Voir *a contrario*, déjà positif, CRAIG (P.), *Competence : clarity, containment and consideration*, *ELRev*, 2004, n°29, p.343.

<sup>823</sup> ALTMAIER (P.), *Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungs-vertrag*, in : DERRA (H.-J.) (Hrsg.) *Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p.305..

<sup>824</sup> GUILLOUD (L.), *Le principe...*(*op.cit.* note 617), p.57

*ses nouvelles propositions et ses documents de consultation aux parlements nationaux en les invitant à réagir, de façon à améliorer le processus d'élaboration des politiques*<sup>825</sup>. La Commission a par ailleurs créé un comité d'analyses d'impact<sup>826</sup> en 2006 dont elle met en avant la contribution à un "*contrôle de qualité indépendant*"<sup>827</sup> et renforcé les informations relatives au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité avec ses lignes directrices de 2009 sur l'étude d'impact de ses propositions législatives<sup>828</sup>.

La Commission se soumet en outre à un exercice de rationalisation de la législation communautaire qui est à la croisée des principes de subsidiarité et de proportionnalité<sup>829</sup>. Ainsi, elle a par exemple avec le règlement n°1/2003<sup>830</sup>, qui concerne l'interdiction des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante, redonné une large responsabilité aux autorités nationales, développant un système de réseau conformément à l'esprit du livre blanc sur la gouvernance<sup>831</sup>. Elle donne un certain nombre d'autres exemples de ce qu'elle qualifie de "subsidiarité instrumentale" dans son rapport "*Mieux légiférer 2003*". Ainsi, elle a proposé en matière de sécurité routière que les Etats intègrent dans leur plan d'action national les meilleures pratiques mises en évidence via un échange d'informations, et de ne prendre des mesures plus contraignantes qu'en cas d'insuffisance pour atteindre les buts fixés<sup>832</sup>. Autre exemple, elle a

---

<sup>825</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Communication au Conseil européen - Un projet pour les citoyens - Produire des résultats pour l'Europe, 10.5.2006, COM/2006/0211 final, p.10.

<sup>826</sup> Organe indépendant, sous l'autorité directe du président de la Commission, créé en 2006 sous la direction du secrétaire général adjoint chargé de l'amélioration de la législation, ses membres ne dépendent pas de services particuliers et sont des fonctionnaires nommés en raison de leur expertise.

<sup>827</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "Mieux légiférer 2008" (16<sup>e</sup> Rapport), 25.09.2009, COM(2009)0504 final, p.4. Le comité d'analyses d'impact a ainsi relevé dans son rapport de 2011 la "*nécessité de fournir une justification plus probante de la valeur ajoutée de l'action de l'UE*" (COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "Mieux légiférer 2010" (18<sup>e</sup> Rapport), 10.6.2011, COM(2011) 344 final, p.3 : Renvoi à : ID., Rapport 2010 du comité d'analyses d'impact, document de travail des services de la Commission, SEC(2011) 126 final. Il a par exemple "*émis des doutes concernant la valeur ajoutée de mesures*" incluses dans "*la proposition relative à la création d'un label pour les produits de montagne*". La Commission précise que ses services concernés ont alors effectué une analyse d'impact complémentaire avant de transmettre sa proposition. Le comité d'analyse d'impact a par ailleurs recommandé de faire une "*analyse plus approfondie de la subsidiarité pour les initiatives qui étendent le champ d'intervention de l'UE*".

<sup>828</sup> SEC(2009) 92, p.4. Elles donnent notamment les questions types précises que ses agents doivent se poser en les préparant. L'Analyse dans ce cadre est réalisée par le service de la Commission chef de file responsable de la proposition avec le soutien d'autres services intéressés et du comité d'analyse d'impact (*Ibid.*, p.11).

<sup>829</sup> Dans ce sens, Julien BARROCHE note que le principe de subsidiarité est "*devenu synonyme de rationalisation de la pratique légistique de l'Union*" (Discours...(op.cit. note 615), p.16). Voir pour des précisions sur ce point : *Ibid.*, pp.20-21.

<sup>830</sup> Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, n°L 1 du 4 janvier 2003, p.1. Un système très centralisé d'autorisation des accords existait depuis 1962. Les autorités nationales de la concurrence pouvaient constater la violation de l'interdiction mais n'avaient pas le pouvoir d'exemption qui restait le monopole de la Commission à laquelle les entreprises devaient notifier l'accord ou la pratique restrictive de concurrence. Le système établi par le règlement n°1/2003 conserve à la Commission un rôle de cohésion de l'application du droit de la concurrence de l'UE et dans le développement de la politique de la concurrence de l'UE. Mais au-delà, les accords remplissant les conditions de l'art.81§3 CE (101§3 TFUE) sont considérés comme licites et ne sont plus à lui notifier. S'est par ailleurs mis en place un système de réseau entre les autorités nationales chargées de la concurrence, chapeauté par la Commission, opérant notamment des échanges d'informations.

<sup>831</sup> Voir : chantier 3 intitulé "*mieux exercer les responsabilités européennes par la décentralisation. Système de réseau*" in : COMMISSION EUROPEENNE, *Gouvernance européenne : travaux préparatoires au livre blanc*, Luxembourg, OPOCE, 2002.

<sup>832</sup> COM (2003) 770 final, p.23.



conclu, grâce à une analyse d'impact examinant une série d'approches possibles, qu'une directive-cadre permettant de combiner législation traditionnelle et corégulation devrait suffire à atteindre les objectifs de l'Union concernant les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs.

Cette imbrication des principes de subsidiarité et de proportionnalité conduit toutefois à une certaine confusion dans un certain nombre de textes. Dans son rapport "*Mieux légiférer 2003*", la Commission indique que le principe de proportionnalité l'a amené "*à proposer des mesures de décentralisation vers les Etats Membres, [...] dans des domaines relevant de la compétence exclusive de l'Union*", et qu'il faut "*recourir à des moyens adéquats qui ne vont pas au delà de ce qui est nécessaire*"<sup>833</sup>. Prenant l'exemple de la politique de la concurrence, elle poursuit pourtant en indiquant qu'étant donné l'élargissement de l'UE et le développement de règles nationales de la concurrence et d'un contrôle par des autorités particulières au sein des Etats, "*il était urgent de moderniser les règles existantes, conformément à l'application dynamique du principe de subsidiarité*"<sup>834</sup>. Cette confusion dans l'usage des deux principes est un exemple supplémentaire de la difficulté déjà évoquée à les différencier en pratique.

**782.** Dans le cas allemand, il n'existe pas d'obligation de motivation s'imposant au législateur fédéral dans la Loi fondamentale. Markus Kenntner estimait en 2002 qu'appliquer la proposition de Joseph Isensee, d'introduire une telle nécessité de motivation pour la législation concurrente et la législation cadre<sup>835</sup>, conduirait à passer d'une volonté objective transparaissant dans la norme à une volonté subjective du législateur. Il craignait surtout que le juge se contente du caractère insuffisant de la motivation d'une loi fédérale pour conclure à sa contrariété à l'art.72§2 LF, sans même vérifier si son contenu est compatible avec la Loi fondamentale, ou inversement qu'il valide une loi sur la seule base d'une bonne motivation<sup>836</sup>. Il s'agit toutefois d'une interprétation pessimiste, la motivation doit permettre de faciliter le contrôle en donnant à la Cour des éléments qu'elle n'aurait pas la capacité d'aller chercher. Par ailleurs, si aucune obligation textuelle de motivation n'est posée pour justifier l'existence d'une compétence fédérale ou l'exercice d'une compétence partagée, la jurisprudence *Altenpflegegesetz* en fait toutefois office depuis 2002<sup>837</sup>, en posant un cadre procédural et matériel strict au législateur fédéral. L'efficacité de cette jurisprudence démontre, s'il était nécessaire de le faire, l'importance d'une exigence de motivation stricte.

## 2) Le Conseil : contrôleur naturel ?

**783.** Contrairement aux attentes, l'effectivité du contrôle du respect du principe de subsidiarité par le Conseil n'est pas assurée<sup>838</sup>. La Commission relève ainsi dans différents rapports que le Conseil n'exige qu'à la marge des modifications sur cette base<sup>839</sup>.

Plusieurs explications ont été apportées à la faiblesse de ce contrôle. La première est que les membres des gouvernements cèdent devant la pression des lobbies. Ils demandent ainsi parfois, sur la base de l'art.241 TFUE, à la Commission de proposer un texte qu'elle avait renoncé à présenter au regard du principe de subsidiarité<sup>840</sup>. Par ailleurs, il est parfois dans

<sup>833</sup> COM (2003) 770 final, pp.21-22.

<sup>834</sup> *Ibid.*, p.22.

<sup>835</sup> ISENSEE (J.), *Mit blauem Auge davongekommen – das Grundgesetz. Zu Arbeit und Resultat der Gemeinsamen Verfassungskommission*, NJW, 1993, p.2586.

<sup>836</sup> KENNTNER (M.), *Justitiabler...* (*op.cit.* note 8), p.39.

<sup>837</sup> BVerfGE 106, 62 (2e sénat, 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz*). Voir *infra* §3. B. 2).

<sup>838</sup> En ce sens : SENAT, Rapport HOFFEL (*op.cit.* note 814), p.15.

<sup>839</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "mieux légiférer 2004" (12<sup>e</sup> rapport), 21.03.2005, COM(2005)98final, pp.6-7 ; COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "mieux légiférer 2006" (14<sup>ème</sup> Rapport), 6.6.2007, COM(2007)0286 final, p.9.

<sup>840</sup> A la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, la Commission décide de retirer certaines de ses



l'intérêt des gouvernements de faire passer des réformes au sein du Conseil des ministres qui auraient du mal à être acceptées au niveau national en raison de leur impopularité, d'un risque de blocage parlementaire, ou simplement pour ne pas subir les conséquences possibles d'une prise de décision nationale isolée en termes de concurrence pour leur pays et/ou leurs entreprises. George Bermann estimait ainsi en 1994 que "*les représentants des Etats vot[aient] au Conseil en fonction des avantages économiques et politiques de leur Etat qu'ils voient dans le contexte de la question en jeu*", et rappelait que les négociations de type diplomatiques et les votes réciproques pour des mesures importantes pour chacun des pays l'emportaient sur le souci de prise de décision au niveau adéquate.<sup>841</sup> Daniel Hoefel écrit aussi dans un rapport du Sénat de 2002 que les "*ministres font prévaloir leurs idées en s'affranchissant tout à la fois du contrôle des parlements nationaux et des contraintes des arbitrages interministériels au niveau national*"<sup>842</sup>. Il ajoute que le Conseil n'a en pratique jamais voulu élaborer une véritable doctrine de la subsidiarité, et a toujours privilégié des motifs d'opportunité. Enfin, les négociations au sein du Conseil de l'UE sont faites entre spécialistes techniques qui se connaissent bien<sup>843</sup>. Or, comme le résume Daniel Hoefel, "*dès lors que les fonctionnaires des Quinze se sont accordés sur un texte et qu'aucun des ministres n'est gêné politiquement par ce texte lorsqu'il vient devant le Conseil, à quoi bon [...] le remettre en cause au nom du principe de subsidiarité ?*"<sup>844</sup>. On retrouve ce reproche dans le cas allemand où les exécutifs de l'Etat fédéral et des Länder sont les acteurs majeurs du fédéralisme coopératif. Christian Callies estime ainsi que "*la bureaucratie de coordination monopolise les éléments de connaissance, à l'exclusion des parlements et donc de la publicité*", qu'elle forme une "*confrérie verticale des spécialistes d'une matière*" ("*vertikale Fachbruderschaft*") à laquelle "*il manque l'intérêt à un [...] contrôle*" de l'art.72§2 LF<sup>845</sup>.

Ces éléments n'invalident pas la logique de construction du Conseil comme représentation des différents intérêts étatiques mais relativise son rôle de défense du niveau de compétence étatique, George Bermann écrivant même que la garantie que les décisions politiques essentiellement locales seront laissées aux Etats est encore moins bien assurée que par le Congrès<sup>846</sup>.

**784.** Dans le contexte allemand, une minorité importante de la commission d'enquête de révision constitutionnelle de 1976<sup>847</sup> et la majorité de la commission commune de réforme constitutionnelle de 1993, estimait que le Bundesrat devait être l'instance arbitrale de contrôle de l'art.72§2 LF à la place de la Cour constitutionnelle. Elles soutenaient pour cela une extension de la codécision<sup>848</sup>. Cependant, outre que l'extension déjà effectuée de cette procédure

---

propositions dont une directive sur la détention des animaux dans les zoos, mais sous la pression du Conseil, elle a dû présenter une recommandation que le Conseil à l'unanimité et le Parlement ont modifié en directive (Voir : DURAND (C.-F.), *La mise...*(*op.cit.* note 810), p.369). Même s'il ne dispose que du pouvoir de demander à la Commission de faire une proposition selon l'art.241 TFUE, celle-ci cèdera dès lors qu'elle n'y voit pas une atteinte à l'intérêt général européen.

<sup>841</sup> BERMANN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.396. Dans le même sens voir Jean-Paul JACQUE qui ajoute que cela "*donn[e] au citoyen l'impression d'une frénésie réglementaire de la Communauté*" (*La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.88).

<sup>842</sup> SENAT, Rapport HOFFEL (*op.cit.* note 814), p.15.

<sup>843</sup> Voir les développements : *infra* chap.II.

<sup>844</sup> SENAT, Rapport HOFFEL (*op.cit.* note 814), p.15.

<sup>845</sup> CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.897.

<sup>846</sup> BERMANN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.337.

<sup>847</sup> La majorité de la commission de 1976 a refusé cette solution en raison de la perte de poids du Bundestag contraire au système parlementaire de la Loi fondamentale, le Bundesrat n'étant pas issu d'élections au suffrage universel direct (Schlußbericht...(op.cit note 103), BT-Drs.7/5924, p.129 et p.132). Mais l'argument doit être remis dans son contexte celui d'un Etat fédéral dans lequel le principe démocratique l'emporte sur le principe fédéral.

<sup>848</sup> *Ibid.*, pp.136-137. Bericht...(op.cit. note 104), BT-Drucks.12/6000, p.40 et p.91.



a été critiquée comme compliquant la prise de décision, et poussant à des compromis entre les principaux partis politiques, le Bundesrat pensé à l'origine comme un frein fédéral pour la protection de l'indépendance des Etats s'est développé plutôt comme un soutien de l'unification<sup>849</sup>. Par ailleurs, une telle réforme aurait signifié un renforcement des gouvernements face aux parlements des Länder déjà affaiblis. Au-delà de l'importance en matière de contrôle de la répartition de l'exercice des compétences, se pose en effet la question des rapports de force des parlements par rapport aux gouvernements au sein des entités fédérées, seuls ces derniers participant au processus de décision fédérale<sup>850</sup>, problématique que l'on retrouve au niveau européen.

Plus généralement, selon Daniel Hoeffel, *"la logique même du fonctionnement des institutions européennes amène chacun des acteurs du triangle institutionnel à ne se plier que difficilement à ce principe et [...] Conseil, Commission et Parlement européen ont naturellement tendance à exercer [...] une poussée de même sens vers un développement des interventions communautaires"*<sup>851</sup>. Dans le même sens, Christian Koenig et Ralph Lorz parlent de *"dilemme de l'auto-interprétation"*, les organes étant plus ou moins appelés à se contrôler eux-mêmes<sup>852</sup>.

A cet égard, la possibilité d'un contrôle par le Comité des régions ne présentait pas les mêmes risques. Créé en 1992 par le Traité de Maastricht, il concilie le désintéressement de ses membres et la légitimité démocratique d'élus qui, de surcroît, connaissent le terrain par leur mandat local, et sont donc à même de défendre le principe de subsidiarité. Par ailleurs sa charge de travail assez limitée lui permet de se pencher de manière plus approfondie sur le contrôle du respect par les textes communautaires du principe de subsidiarité. Les rédacteurs du Traité de Lisbonne se sont toutefois contentés, avec l'art.8§2 du protocole n°2 de Lisbonne, de lui conférer un recours en annulation pour violation du principe de subsidiarité dans les cas où les traités prévoient sa consultation.

D'autres structures ont été proposées. Guy Braibant conseillait ainsi de recourir à la Convention dans une version plus resserrée, soulignant qu'elle *"réussit l'association intelligente des niveaux national et européen, juridique et politique, exécutif et parlementaire"*<sup>853</sup>. Dans une perspective comparable, Ingolf Pernice proposait une enceinte hybride *"Comité parlementaire de la subsidiarité"*, composé de membres du Conseil et du Parlement européen, ainsi que de représentant des assemblées aux niveaux national et régional<sup>854</sup>, enceinte qui aurait notamment eu en outre un pouvoir d'avis conforme en cas de recours à l'art.308 CE (352 TFUE) ou à l'art.95 CE (114 TFUE)<sup>855</sup>. L'essentiel des réflexions s'est toutefois focalisé sur une meilleure association des parlementaires nationaux, et c'est cette solution qui a finalement été retenue par le Traité de Lisbonne.

---

<sup>849</sup> Voir notamment : SCHWANENGEL (W.), *Die Malaise...*(*op.cit.* note 42), p.558.

<sup>850</sup> Voir en ce sens : LERCHE (P.), *Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen*, p.39 ; SCHWANENGEL (W.), *Ibid.*, p.558.

<sup>851</sup> SENAT, Rapport HOFFEL (*op.cit.* note 814), p.15.

<sup>852</sup> KOENIG (C.), LORZ (R.), *Stärkung des Subsidiaritätsprinzips*, JZ, 2003, p.168 ; expression reprise par : CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.182.

<sup>853</sup> BRAIBANT (G.), in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution...*(*op.cit.* note 616), p.157-158.

<sup>854</sup> Voir : PERNICE (I.), *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, JZ, 2000, p.876 ; CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *La question...*(*op.cit.* note 137), p.12. Voir pour une critique de cette proposition : BAST (J.), BOGDANDY (A. von), *Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union*, p.456.

<sup>855</sup> CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *Ibid.*, p.26.

## **B. ... sous l'influence du contrôle des parlementaires nationaux**

785. Si les gouvernements ont pu compenser leur perte de pouvoir au niveau national par une participation à la prise de décision européenne, les parlements n'ont fait que perdre de leur pouvoir de décision et aussi reculer dans leur rapport avec le gouvernement<sup>856</sup>. La déclaration de Laeken demandait notamment de s'interroger sur la question de savoir si les parlements nationaux devaient "être représentés dans une nouvelle institution, à côté du Conseil et du Parlement européen ?" ou s'ils devaient "se concentrer sur la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, par exemple par un contrôle préalable du respect du principe de subsidiarité". Le choix s'est finalement porté sur un contrôle direct par les parlements nationaux (1), plutôt que par une chambre spéciale (2), même si comme le notait Claude Blumann en 2002, "il n'est pas certain que les parlements nationaux y trouvent la satisfaction à leur désir de représentativité à l'intérieur de l'édifice communautaire"<sup>857</sup>.

### **1) Le rejet du contrôle par une chambre spéciale**

#### **a) Les justifications de la proposition**

786. La solution d'une chambre composée au moins pour une part de parlementaires nationaux ne visait pas à "créer en Europe un système à deux Assemblées, où tout ce qui passerait devant la première devrait également passer devant la seconde"<sup>858</sup>, mais à mettre en place une chambre spécialisée dans le domaine du contrôle de subsidiarité. L'objectif était à la fois de permettre un contrôle extérieur au système institutionnel européen et d'offrir la possibilité que se développe une culture de la subsidiarité et de renforcer la légitimité de l'UE.

L'idée d'un congrès composée de parlementaires nationaux et européens chargé d'une étude périodique sur l'application générale du principe de subsidiarité<sup>859</sup>, est reprise par plusieurs membres de la Convention sur l'avenir de l'Europe dont son Président, Valéry Giscard d'Estaing, qui souhaitait en faire une instance parallèle au Conseil européen.

Le contrôle par une structure déjà existante s'en rapprochant, la COSAC (conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires), a elle aussi été proposée<sup>860</sup>. Dans un rapport du Sénat de 2002, il était indiqué que "cette assemblée, qui serait une sorte de « COSAC renforcée » devrait pouvoir saisir la Cour de justice des Communautés européennes, conduisant ainsi la Commission, le Conseil et le Parlement à se montrer plus vigilants qu'aujourd'hui sur le respect de la subsidiarité"<sup>861</sup>.

Pour comprendre le système proposé, il faut revenir un instant sur ce qu'est la COSAC. Créée à la suite de la conférence des présidents des parlements des Etats membres de Madrid du 18 au 20 mai 1989<sup>862</sup>, la COSAC a pour but de favoriser les échanges entre les parlementaires nationaux, et entre ces derniers et les députés européens. Il a été prévu lors de la première réunion en novembre 1989 qu'ils "se rencontrer[ai]ent, en principe chaque semestre, dans le

<sup>856</sup> Par exemple en ce sens : DE WITTE (B.), Community Law and national constitutional values, *Legal Issues of European Integration*, 1991, n°2, p.8. Voir aussi *infra* chap.II.

<sup>857</sup> BLUMANN (C.), Démocratie...(op. cit. note 616), p.147.

<sup>858</sup> Souligné par : SENAT, Rapport d'information sur la réforme de 1996 des institutions de l'Union européenne (rapporteurs : GUENA (Y.)), t.1, 15 février 1995, p.38.

<sup>859</sup> Voir : JACQUE (J.-P.), La subsidiarité...(op.cit. note 75), p.96.

<sup>860</sup> Sören Lekberg, WG IV/WD 21 13.09.2002.

<sup>861</sup> SENAT, Rapport sur la répartition des compétences (op.cit. note 156), p.7.

<sup>862</sup> Voir les Conclusions de la Conférence des Présidents des parlements des pays membres de la Communauté économique européenne et du Parlement européen (Madrid, 20 mai 1989) sur le site de la COSAC : <http://www.cosac.eu/fr/cosac/>.



pays qui exerce la présidence du Conseil de la Communauté pour traiter ensemble des grands thèmes d'actualité communautaire et en décider conformément à leurs compétences respectives".

Le protocole n°13 sur le rôle des parlements nationaux dans l'UE annexé au Traité d'Amsterdam officialise son existence et précise dans §6 que "*la COSAC peut adresser toute contribution qu'elle juge appropriée sur les activités législatives de l'Union, notamment en ce qui concerne l'application du principe de subsidiarité*". A cet égard, un rapport du Sénat français du 9 octobre 1996<sup>863</sup> suggérait que la COSAC puisse être saisie de l'étude de textes, soit à la demande du Conseil, soit à la demande des organes spécialisés dans les affaires communautaires d'au moins deux assemblées d'Etats différents. Il proposait par ailleurs qu'elle débattenne de la manière dont pourrait être précisée et complétée, pour chaque grand domaine d'action, la répartition des compétences entre l'UE et les Etats, dans la perspective d'une révision des traités.

La COSAC s'est progressivement institutionnalisée<sup>864</sup>. Elle est composée de six parlementaires au plus, provenant du ou des organe(s) spécialisé(s) dans les affaires de l'UE des parlements de chaque Etat membre, et de six parlementaires européens.

**787.** Mais la solution qui a réuni le plus de soutien, même si peu de conventionnels l'ont finalement défendue<sup>865</sup>, a été la création d'une chambre uniquement composée de parlementaires nationaux. Il devait s'agir, d'une assemblée qui "*ne se mêlerait pas de la négociation législative au quotidien*"<sup>866</sup>. Le mécanisme proposé par le rapport Hoeffel lui donnait la possibilité d'examiner au regard de la subsidiarité tout texte communautaire en cours d'élaboration et de décider que sa mise en œuvre était subordonnée à un contrôle de conformité par la Cour de justice. Dans le cas d'une saisine, cette dernière aurait été amenée à se prononcer dans un délai de six semaines. Enfin, cette chambre aurait donné son avis sur le rapport annuel de la Commission européenne au sujet de l'application du principe de subsidiarité<sup>867</sup>.

Le but étant de veiller à la protection de l'autonomie des Etats, les partisans de cette chambre ajoutaient à son soutien que "*le vote des Etats membres de petite taille aurait le même poids que celui des grands*"<sup>868</sup>. En effet, un système de vote pondéré à l'instar du Conseil ne se justifie pas dans la perspective de l'étude du respect du principe de subsidiarité, tous les Etats ayant une légitimité égale à le voir respecter.

**788.** En dépit d'une absence de participation des parlementaires européens dans cette proposition de chambre comme c'est le cas dans la COSAC, les problèmes de fonctionnement rencontrés par cette dernière permettent d'expliquer en partie le rejet final de la proposition.

## **b) Les difficultés de fonctionnement de la "deuxième" chambre**

**789.** Le premier problème est relatif à sa composition. En effet, tous les parlementaires

---

<sup>863</sup> SENAT, *Comment organiser l'action collective des parlements nationaux au sein de l'Europe*, Rapport d'information (rapporteurs : ESTIER (C.), GENTON (J.), GUENA (Y.)), 9 octobre 1996 : la 2<sup>e</sup> partie du rapport présente tour à tour le système de la COSAC, les nécessités de réforme et le rôle qu'elle pourrait jouer : [http://www.senat.fr/rap/r96-24/r96-24\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/r96-24/r96-24_mono.html).

<sup>864</sup> Le règlement n°2008/C 27/02 de la conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires et européennes des parlements de l'Union européenne (*JOUE*, n°C 27 du 31.1.2008, p.6) précise les différents éléments de son organisation.

<sup>865</sup> MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle...*(*op.cit.* note 822), p.104. Voir pour des exemples : Haenel (H.), CONV 12/02 19.03.2002, pp.5 et s. (composé de parlementaires nationaux) ; Severin (A.), CONV 41/02 24.04.2002, p.7 (composé de parlementaires nationaux, régionaux et locaux).

<sup>866</sup> SENAT, Rapport HOEFFEL (*op.cit.* note 814), p.10.

<sup>867</sup> *Ibid.*, p.27.

<sup>868</sup> Vaclav Havel cité dans : SENAT, *Ibid.*, p.9.



nationaux participant actuellement à la COSAC sont issus des commissions parlementaires chargées des affaires européennes, et non des commissions spécialisées. Si le souci de continuité dans la participation des membres permet de l'expliquer, il n'est, comme le notait Andreas Maurer en 2001, "*guère concevable de voir comment des parlementaires traitant principalement les questions horizontales des affaires européennes pourraient devenir capables de réfléchir effectivement sur des sujets précis*"<sup>869</sup>. Ce problème aurait cependant pu être résolu en demandant que les commissions spécialisées de chaque assemblée aident leurs représentants à préparer chacune des questions étudiées. Toutefois cela aurait soulevé un problème d'augmentation des délais de procédure législative. Par ailleurs, le souci de réduire ce délai devait conduire à des réunions fréquentes de la chambre, soulevant une nouvelle difficulté de disponibilité des membres. La solution de réunions thématiques ne résout pas non plus le problème de fréquence des réunions.

**790.** Par ailleurs, le Parlement européen a toujours vu d'un œil critique la création d'une telle chambre. Il l'indiquait ainsi déjà dans une résolution de 1990<sup>870</sup>. Comme le résume Christine Guillard, s'il "*est favorable à l'extension de l'influence des parlements nationaux [...] il la conçoit à l'intérieur des seules frontières nationales afin de préserver le pré-carré de ses propres attributions*"<sup>871</sup>. Il ne conçoit l'existence européenne des parlements nationaux que dans l'optique d'un contrôle de leur gouvernement national lorsque celui-ci joue son rôle au sein du Conseil, estimant qu'il revient aux députés européens de contrôler l'action des autres institutions de l'Union.

**791.** Finalement, la solution choisie par la Convention, et reprise dans le Traité de Lisbonne est celle d'un contrôle dans le cadre des parlements nationaux, ce qui est conforme à l'esprit de la déclaration de Laeken, quand bien même on considérerait comme Andreas Maurer que ses prescriptions portaient de l'idée d'un nouvel organe et qu'elles ont été élargies sur ce point<sup>872</sup>.

## **2) Le contrôle par les parlements nationaux**

**792.** Déjà en 1989 Alain Poher appelait les parlements nationaux à parler d'une seule voix auprès des institutions européennes afin de renforcer leur poids dans le système de prise de décision européen<sup>873</sup>. Leur participation a toutefois longtemps été aléatoire, fonction des dispositions constitutionnelles nationales. Avec l'introduction du système d'alerte précoce par le Traité de Lisbonne qui leur confère un pouvoir de contrôle en matière de subsidiarité, l'intérêt d'une coopération entre eux apparaît plus prégnant aux Parlements nationaux<sup>874</sup> (a). A cet égard, la COSAC se révèle par contre un outil précieux de coordination par le biais de son secrétariat, comme le révèlent les tests qu'elle a menés dans la perspective de l'introduction de cette

---

<sup>869</sup> MAURER (A.), *Les Parlements nationaux après Amsterdam : adaptation, re-calibrage et européanisation par processus*. Document destiné à la rencontre du Groupe de travail, XXIV<sup>e</sup> COSAC du 8 au 9 avril 2001, p.35 : <http://www.cosac.eu/24-suede2001/groupe-de-travail/> ("mémoire sur les parlements nationaux").

<sup>870</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur la préparation de la rencontre avec les parlements nationaux sur l'avenir de la Communauté, 12 juillet 1990, Document A3-162/90 : le Parlement européen y dit qu'il "*n'est pas utile de constituer, parallèlement au Parlement européen, une nouvelle institution – une chambre des parlements nationaux*".

<sup>871</sup> GAILLARD (M.), La coopération interparlementaire dans l'Union européenne, in : AUVRET-FINCK (J.) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, Paris, LGDJ, 2002, p.194.

<sup>872</sup> MAURER (A.), Optionen und Grenzen der Einbindung der nationalen Parlamente in die künftige EU-Verfassungsstruktur, *SWP-Studie*, August, 2002, p.8 :

[http://www.swp-berlin.org/common/get\\_document.php?asset\\_id=765](http://www.swp-berlin.org/common/get_document.php?asset_id=765).

<sup>873</sup> *Le Figaro*, 15 novembre 1989 cité par : SENAT, Rapport HOFFEL (*op.cit.* note 814), p.5-6.

<sup>874</sup> En ce sens : JANOWSKI (C.), *Die nationalen Parlamente und ihre Europa-Gremien*, 2005, Nomos, p.178 et s.



nouvelle procédure (b).

### a) Le mécanisme d'alerte précoce

**793.** Selon l'art.4§1 du protocole n°2 de Lisbonne, la Commission doit adresser directement à chaque Parlement national, en même temps qu'au législateur européen, ses propositions à caractère législatif<sup>875</sup>. Le changement n'est sur ce point que relatif puisqu'auparavant le protocole n°13 d'Amsterdam sur les parlements nationaux dans l'UE confiait déjà aux gouvernements le soin de transmettre les "*informations destinées aux parlements nationaux des Etats membres*". La véritable innovation provient de ce que les parlements nationaux ont désormais la faculté d'émettre un avis motivé indiquant les raisons pour lesquels le principe de subsidiarité ne serait pas selon lui respecté par la proposition en cause<sup>876</sup>. Chaque parlement dispose de deux voix, et dans le cas où un parlement dispose de deux chambres, chacune peut donc envoyer un avis comptant pour une voix<sup>877</sup>, permettant aux deux chambres d'avoir des positions différentes<sup>878</sup>, ce qui est notamment important dans le cas où la seconde chambre représente des régions disposant d'un pouvoir législatif<sup>879</sup>. On retrouve par ailleurs le respect de l'autonomie constitutionnelle puisque l'art.6 du protocole de Lisbonne précise qu'il "*appartient à chaque parlement national ou à chaque chambre d'un parlement national de consulter, le cas échéant, les parlements régionaux possédant des pouvoirs législatifs*".

Dans l'hypothèse où, dans le délai de huit semaines posé, la Commission reçoit des avis émanant d'un tiers des voix des chambres des Parlements nationaux – ramené à un quart si le projet concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice – il doit réexaminer sa proposition selon l'art.7§2. Si elle reste libre de maintenir sa proposition, de la modifier, ou de la retirer, elle doit motiver son choix. En outre, un poids politique s'exerce sur elle tout comme sur le législateur européen<sup>880</sup>. Par ailleurs, dans le cas particulier où, dans le cadre de la procédure législative ordinaire<sup>881</sup>, le nombre des avis motivés atteint au moins la majorité simple, à savoir actuellement 27, l'art.7§3 prévoit une procédure spéciale. Ces avis ainsi que la motivation de la Commission au soutien de la conformité du texte au principe de subsidiarité sont transmis au Parlement européen et au Conseil qui doivent examiner la proposition au regard législatif au regard du respect dudit principe avant la fin de la première lecture. Si le Conseil, à la majorité de 55% des membres, ou le Parlement européen, à la majorité des suffrages exprimés, constatent l'incompatibilité, la proposition est retirée. Dans ce cadre, on imagine mal que le Conseil vote un texte en l'état contre lequel la moitié des voix des chambres nationales se seraient portées<sup>882</sup>. Dans tous les cas, il est à noter que les parlements nationaux ne se prononcent que sur la proposition initiale et non sur sa version amendée.

---

<sup>875</sup> On notera que le protocole vise aussi les cas où d'autres institutions disposent du pouvoir d'initiative, mais pour alléger la présentation on ne mentionnera ici que la Commission.

<sup>876</sup> Art.6 du protocole n°2 de Lisbonne.

<sup>877</sup> Il y a 15 parlements monocaméraux et 12 bicaméraux dans l'Europe des 27.

<sup>878</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport d'information sur l'application du principe de subsidiarité (rapporteurs : LAMBERT (J.), QUENTIN (D.)), novembre 2004, p.27. Il citait déjà le cas de telles divergences qui ont été confirmées depuis lors de la mise en œuvre de la procédure.

<sup>879</sup> Voir en ce sens Hubert Haenel dans le cadre d'une réunion de la délégation pour l'UE du Sénat du 9 octobre 2002 : <http://www.senat.fr/europe/r09102002.html>.

<sup>880</sup> En ce sens, un rapport de l'Assemblée nationale de 2004 note que c'est "en pratique, c'est le seuil de la minorité de blocage au Conseil qui devrait se révéler le véritable critère d'appréciation de la *Commission, davantage que le seuil d'un quart ou d'un tiers des voix fixé par le protocole*" (ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport (*op.cit.* note 878), pp.22-23).

<sup>881</sup> Ancienne codécision : Cf. sur la procédure législative au niveau européen : *infra* Chap.II sect.II.

<sup>882</sup> Voir par exemple en ce sens : JACQUE (J.-P.), Les réformes institutionnelles introduites par le Traité de Lisbonne, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir), *Le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2009, p.71.



**794.** Le groupe de travail I de la Convention avait en outre étudié la mise en place, au sein de la Commission, d'un "*Monsieur ou Madame subsidiarité*", d'un(e) vice-Président(e) afin de faciliter le dialogue avec les parlements nationaux dans le but d'assurer une bonne mise en œuvre du principe de subsidiarité. Mais, malgré l'opportunité de permettre aux Parlements nationaux de disposer d'un interlocuteur unique et identifié au sein de la Commission, cette proposition n'a pas recueilli un soutien suffisant. Le groupe a notamment indiqué à son encontre que "*chaque commissaire devait être responsable du respect du principe de subsidiarité dans les domaines de sa compétence et qu'il appartenait à la Commission d'arrêter son organisation interne*"<sup>883</sup>.

**795.** Concernant le délai de la procédure d'alerte précoce, la remarque de Claude Blumann<sup>884</sup> concernant l'encadrement "*dans une limite de temps*" qui "*ne paralyse pas la procédure législative*" peut être reprise en dépit de son allongement de six à huit semaines par rapport au projet de Traité constitutionnel sur lequel il s'exprimait alors. Cet allongement a été décidé suite aux tests d'alerte précoce menés par la COSAC qui avaient montré l'insuffisance de la durée initiale.

La procédure d'alerte précoce<sup>885</sup> présente *a priori* l'inconvénient d'isoler les parlementaires les uns des autres, alors que, comme le souligne très justement Nicole Fontaine, "*dans un contexte européen, le débat ne se réduit pas à la juxtaposition de points de vue nationaux*" et l' "*on ne peut avancer que par un brassage de ces points de vue*"<sup>886</sup>. De même, Gisela Stuart mettait, en marge des discussions à la Convention, en garde contre un raidissement des positions nationales en l'absence d'échange entre les parlements nationaux<sup>887</sup>.

La COSAC, qui avait déjà favorisé le développement de réseaux interparlementaires<sup>888</sup> et d'échange d'informations systématique sur les textes adoptés par chaque parlement, apparaissait comme le cadre adéquate pour faciliter les échanges entre assemblées concernant la conformité d'un texte au principe de subsidiarité. A l'issue de la préparation du projet de Traité-constitutionnel, il n'est donc pas étonnant qu'elle se soit proposée comme centre de rassemblement de ces informations et comme cadre pour le cas échéant les aider à monter ultérieurement un dossier dans la perspective d'une saisine de la Cour<sup>889</sup>, dans le cadre de tests dans un premier temps.

## **b) L'expérience des tests COSAC au service de l'amélioration du cadre du contrôle**

**796.** Les premiers tests ont été menés sur la base du délai de six semaines du protocole du projet de Traité constitutionnel et ont permis de montrer qu'un allongement de ce délai était

<sup>883</sup> Conclusions du groupe de travail I sur le Principe de la subsidiarité, 23 septembre 2002, p.5.

<sup>884</sup> BLUMANN (C.), in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) *Constitution...* (op.cit. note 616), p.161.

<sup>885</sup> L'expression "alerte précoce" est employée notamment dans les conclusions du groupe de travail I "subsidiarité" de la Convention, et reprise par la doctrine.

<sup>886</sup> Cité dans : SENAT, Rapport HOEFFEL (op.cit. note 814), p.13.

<sup>887</sup> Séance du 9 octobre 2002 de la délégation pour l'UE du Sénat citée note 879.

<sup>888</sup> Voir notamment en ce sens le rapport du groupe IV de la Convention sur l'avenir de l'Europe qui invite aussi à un renforcement de ces réseaux.

<sup>889</sup> Un groupe de travail avait été mis en place par la XXVII<sup>e</sup> COSAC, réunie les 16-18 Octobre 2002 à Copenhague, dans la perspective de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Il avait proposé que "*le secrétariat de la COSAC [...] aid[e] les parlements dans leurs actions en justice en réunissant les informations que des parlements auraient sur ces recours et en les communiquant aux autres parlements*", *Note sur le travail de la COSAC concernant l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, 9 décembre 2002, p.3 : [www.cosac.eu/fr/meetings/27/wg\\_december/principle.pdf/](http://www.cosac.eu/fr/meetings/27/wg_december/principle.pdf/).



nécessaire, seule une minorité des participants ayant réussi à le respecter<sup>890</sup>. Le problème de délai s'était fait notamment ressentir au regard de la traduction<sup>891</sup>. Le passage à un délai de huit semaines posé par le Traité de Lisbonne a amélioré la situation<sup>892</sup>. Mais une grande majorité des parlements ayant participé à des tests se déroulant au moins pour partie durant les vacances parlementaires notent que celles-ci posent toujours des problèmes pour respecter les délais<sup>893</sup>. C'est particulièrement la pause parlementaire d'été qui est visée, les parlements demandant que le mois d'août ne soit pas décompté dans ce délai<sup>894</sup>.

La pression temporelle restant importante, on ne s'étonnera pas que dans la majorité des cas, ce sont les commissions spécialisées sur les questions européennes qui opèrent le contrôle, parfois avec l'avis de commissions spécialisées<sup>895</sup>. Dans de rares cas ce sont des commissions spécialisées qui le réalisent. Dans des cas encore plus rares ce sont les plénières qui décident. Enfin, le cas particulier de commissions mixtes entre les deux chambres aux Pays-Bas et en Irlande peut être noté. Le protocole laisse aux chambres la liberté de consulter éventuellement des parlements régionaux ou des entités fédérées, mais faute de temps, une telle consultation est rare<sup>896</sup>.

En raison du délai de six semaines, un rapport de l'Assemblée nationale de 2004 estimait que "*les parlements nationaux aur[ai]ent tout intérêt à « contourner » ce délai en amont et en*

---

<sup>890</sup> Lors du premier test mené du 17 juillet au 27 septembre 2006, seules 11 chambres sont ainsi parvenues à respecter les délais, alors que le nombre d'avis parvenus fin octobre s'élevait à 22 (COSAC, Rapport sur l'examen au regard de la subsidiarité et de la proportionnalité de la proposition de règlement sur la compétence et les règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale (2005/JSL/187), novembre 2006, p.4 (ci-après : "test COSAC 1") (tous les rapports sont accessibles sur le site de la COSAC : <http://www.cosac.eu/pre-traite-de-lisbonne/>)). Sur ces 11 chambres, dix estiment que le délai était insuffisant, ajoutant des récriminations concernant l'absence de prise en compte des sessions parlementaires dans les délais (test COSAC 1, p.14). Dans le cadre du second test, seules 10 chambres sur les 27 ayant participé ont réussi à terminer dans le délai de six semaines (COSAC, Rapport sur l'examen au regard de la subsidiarité et de la proportionnalité de la proposition sur la directive pour l'achèvement du marché intérieur des services postaux (2006/MARKT/006), janvier 2007, p.4 : (ci-après "test COSAC 2").

<sup>891</sup> *Ibid.*, p.14.

<sup>892</sup> Ce délai a été respecté par la très grande majorité des chambres ayant participé aux tests organisés sur cette nouvelle base. Ainsi, par exemple dans un test mené à fin 2007, début 2008, 25 des 29 chambres ont respecté le délai, là où comme le note le rapport de février 2008 seulement ¼ des chambres arrivaient jusqu'alors à se plier au délai de six semaines (COSAC, Report on the results of the test on the subsidiarity check mechanism on the proposal for a framework decision on combating terrorism, février 2008, p.8 (ci-après "test COSAC 3")).

<sup>893</sup> COSAC, Rapport sur les résultats du contrôle de subsidiarité réalisé sur la proposition de directive du Conseil sur la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de religion ou de croyance, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, novembre 2008, p.11 (ci-après "test COSAC 4"). La grande majorité des chambres participantes l'ont indiqué dans leur avis, et 15 chambres sur les 32 ayant participé au test n'ont pu respecter le délai (*Ibid.*, p.5). Voir aussi dans le même sens : COSAC, Rapport sur les résultats du contrôle de subsidiarité au sujet de la proposition de directive relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, mai 2009, p.4 (ci-après "test COSAC 5") ; COSAC, Rapport sur les résultats du contrôle de subsidiarité sur la proposition sur une décision cadre relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, octobre 2009, p.13 (ci-après "test COSAC 6").

<sup>894</sup> "test COSAC 4", p.13.

<sup>895</sup> Précisions sur l'enceinte préparant l'avis : "test COSAC 1", p.5 ; "test COSAC 2", p.5 ; "test COSAC 3", p.3 ; "test COSAC 4", p.5 ; "test COSAC 5", p.5.

<sup>896</sup> Seul au RU, test COSAC 1 p.5) ; seul au RU test COSAC 2, p.5 ; Autriche (mais n'a pas tenu les délais) et au RU, test COSAC 4, p.5 ; RU et Autriche, test 5 p.6. On notera toutefois *a contrario* l'effectivité du fonctionnement du contrôle au RU qui lui a permis une consultation assez régulière des assemblées régionales.



aval"<sup>897</sup>. En amont, il estimait qu'ils avaient "*une vraie chance à saisir en développant un échange permanent avec les commissaires européens et leurs services dans la phase pré-législative*". Ils relevaient en outre que les régions françaises et les chambres du Parlements avaient ouvert des bureaux à Bruxelles qui peuvent jouer le rôle de relais "*pour alerter les parlementaires sur les projets en cours d'élaboration*". En aval, il notait que les chambres pouvaient agir après la fin du délai posé par le mécanisme auprès de leurs homologues du Parlement européen ou du représentant français au Conseil, ce qui est notamment intéressant par rapport aux textes amendés qui ne peuvent faire l'objet d'avis motivés.

**797.** Un certain nombre de parlements ont par ailleurs rencontré des difficultés pour différencier les principes de subsidiarité et de proportionnalité<sup>898</sup>, et ont appelé à définir plus clairement le principe de subsidiarité, ainsi qu'à poser un schéma de contrôle plus précis commun afin de lever certaines ambiguïtés et de faciliter les échanges entre parlements nationaux dans le cadre du système d'alerte précoce<sup>899</sup>. Il est en outre à souligner que plusieurs parlements bien que conscients de limitation du mécanisme d'alerte précoce à la subsidiarité ont également étudié lors des tests l'existence d'une base de compétence pour agir de l'UE, estimant que celle-ci était un contrôle préalable nécessaire si l'on voulait que le contrôle de subsidiarité ait un sens, ainsi que le respect du principe de proportionnalité<sup>900</sup>.

**798.** Les différences de perspectives des Etats par rapport aux conséquences à tirer du principe de subsidiarité pouvaient entraîner une certaine incertitude quant à la constatation de l'existence d'une nécessité d'intervention de l'UE<sup>901</sup>, notamment dans le cas de projets pour lesquels l'intervention de l'UE se justifiait pour un aspect restreint, mais apparaissant néanmoins important. Dans le cadre d'une simulation du Comité des régions de contrôle du respect du principe de subsidiarité sur la proposition de directive "patient", un certain nombre de participants ont ainsi posé la question de la valeur ajoutée de l'action de l'UE "*étant donné que les soins de santé transfrontaliers représentent environ 1% des dépenses totales de soins de santé*"<sup>902</sup>. Dans le même sens, Antonio Estella se demande par exemple si un volume de lettres de 4% pour les relations transnationales suffit à justifier la prise d'une directive dans le secteur de la poste<sup>903</sup>.

Les tests COSAC ont toutefois montré que la crainte d'une complication du système législatif en raison d'un usage immodéré des avis motivés constatant une violation du principe de subsidiarité était infondée, seule une très faible minorité de chambres ayant conclu à une telle contrariété dans les différents cas<sup>904</sup>. Ces tests ont permis de mettre en évidence un certain

<sup>897</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport (*op.cit.* note 878), pp.28-29.

<sup>898</sup> "test COSAC 1", p.14.

<sup>899</sup> Voir : "test COSAC 4" p.7 ; "test COSAC 5", p.14. Au soutien de cette position, le Parlement européen a affirmé "*qu'il [était] nécessaire d'élaborer, en vue d'améliorer l'efficacité des relations avec les parlements nationaux, une conception commune des conditions fixées par les principes de subsidiarité et de proportionnalité*" (Résolution sur le rapport de la Commission "mieux légiférer 2006", 2008/2045(INI), 21 octobre 2008, pt.25).

<sup>900</sup> Concernant la proportionnalité, 8 chambres ont estimé qu'elle était violée dans le "test COSAC 1" p.13 ; 7 chambres l'ont constaté ou émis des réserves dans le "test COSAC 2", p.5 ; 4 chambres l'ont considéré violé dans le "test COSAC 3", p.7. Le rapport de mai 2009 soulignait même un recours croissant à ce second contrôle ("Test Cosac 5", p.13).

<sup>901</sup> HETMEIER (H.), RICHTER (V.), Kompetenzabgrenzung in der EU, ZG, 2001, n°4, p.295.

<sup>902</sup> PETERSEN (K.-U.), Rapport du réseau de monitoring de la subsidiarité sur la proposition de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM(2008) 414 final, fiche CdR 9539/2008, p.4 (<http://subsidiarity.cor.europa.eu/Searchdoc/search2/tabid/643/Default.aspx>).

<sup>903</sup> ESTELLA (A.), *The EU...* (*op.cit.* note 10), pp.127 et s.

<sup>904</sup> 5 chambres sur les 27 ayant participé pour le "test COSAC 1", p.13 ; 1 seule chambre sur 27 pour le "test COSAC 2", p.5 ; 1 seule chambre sur 29 pour le "test COSAC 3" ; 2 chambres dans les délais, et 1 hors des délais sur 32 ayant participé pour le "test COSAC 4". Dans le cas du "test COSAC 5", sur 31 chambres



nombre de reproches concernant la motivation opérée par la Commission<sup>905</sup>, ce qui a conduit cette dernière, comme nous l'avons vu, à se donner un cadre plus strict en la matière. La pression parlementaire a ainsi joué le rôle de pression voulu par les initiateurs de la procédure d'alerte précoce.

**799.** Il ressort de ces différents tests un bon niveau de participation, l'Espagne étant le seul Etat dont les chambres n'ont participé à aucun test. Du point de vue de la coordination, au sein des Etats, des échanges peuvent avoir lieu entre les deux chambres d'un parlement sous forme de coopération, mais le plus souvent ils ont lieu de manière informelle<sup>906</sup>. Par contre du point de vue des échanges d'informations entre Etats, les résultats des tests apparaissaient encore un peu mitigés. IPEX<sup>907</sup>, le site d'échanges d'informations entre parlements nationaux, et entre parlement européen et parlements nationaux, a fait dans ce cadre l'objet d'une utilisation encore limitée<sup>908</sup>.

### c) Les contrôles d'alerte précoce depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne

**800.** Le problème de capacité des assemblées à opérer ce contrôle a été soulevé, alors qu'elles ont une surcharge structurelle de travail importante<sup>909</sup>. A cet égard, les tests organisés par la COSAC ont permis de mettre en évidence un certain nombre d'adaptations nécessaires pour améliorer leur capacité de contrôle<sup>910</sup>. Certes, ils n'ont concerné qu'une à deux propositions par an alors que comme le soulignait l'Assemblée nationale, environ "*400 documents sont transmis au titre du protocole sur la subsidiarité*", parmi lesquels il faut trier la "*cinquantaine de textes pou[vant] donner lieu à un débat sur la subsidiarité*"<sup>911</sup>. Mais nous avons déjà souligné que depuis 2006, la Commission donne la possibilité aux parlements nationaux de lui envoyer des avis concernant ses propositions législatives. Ainsi, sur cette base, elle notait 115 avis rendus en 2007, dont 10% négatifs ou positifs portaient sur la subsidiarité et/ou la proportionnalité, et 250 avis en 2009<sup>912</sup>.

Parmi les réformes parlementaires d'adaptations aux nouvelles missions en matière d'affaires européennes dont fait partie la procédure d'alerte précoce, nous citerons l'exemple du Bundestag<sup>913</sup>. Une commission européenne et une sous-commission Europe ont ainsi été créées

---

participantes 1 seule a conclu à sa violation, 1 autre ayant répondu hors délai concluait à l'incompétence de l'UE, 1 troisième a émis des doutes, et 4 ont demandé des informations complémentaires. Enfin pour "test COSAC 6" sur les 29 participantes, 4 chambres ont conclu à sa violation, et 6 ont demandé des informations complémentaires.

<sup>905</sup> Avis de 9 chambres dans le "test COSAC 1", p.13 ; avis de 5 chambres dans le "test COSAC 2", p.6 ; avis de 5 chambres dans le "test COSAC 3", p.5 ; avis de 5 chambres dans le "test COSAC 4", p.8. Enfin, le rapport du "test COSAC 5" indique que "*seulement 16 [...] chambres sur 31 ont été entièrement satisfaites de la justification présentée par la Commission*" (p.17).

<sup>906</sup> "test COSAC 2", p.5 ; "test COSAC 4", p.5; "test COSAC 5", p.6.

<sup>907</sup> <http://www.ipex.eu>

<sup>908</sup> Lecture pouvant paraître contradictoire dans le "test COSAC 2", p.4 (semble aller dans le sens d'une utilisation correcte, et p.8 manque de coopération soulignée par Pays-Bas) d'où l'intérêt des précisions sur l'utilisation concrète dans les tableaux récapitulatifs à la fin de chacun des rapports. Utilisation d'IPEX : dans le "test COSAC 1", p.4; dans le "test COSAC 4", p.12; dans le "test COSAC 5", p.14 ; dans le test COSAC 6, p.13.

<sup>909</sup> Voir en ce sens : BVerfGE 123, 267 Lisbonne (pt.109).

<sup>910</sup> "test COSAC 5", p.6-8.

<sup>911</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport (*op.cit.* note 878), p.26.

<sup>912</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "mieux légiférer 2009" (17<sup>e</sup> rapport), 10.2010, COM(2010)547 final, p.6.

<sup>913</sup> Voir PERNICE (I.), Plädoyer für Lissabon. Nachbemerungen zur Mündlichen Verhandlung vom 10./11. Febr. 2009 im Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht, whi-paper 05/09-04, p.24 : <http://www.whi-berlin.de.eu/documents/whi-paper050904.pdf> (consulté en octobre 2009).



au sein de la commission juridique. En outre, un bureau de liaison a été ouvert à Bruxelles afin de connaître les projets en amont et pouvoir exercer une influence sur ces derniers, ainsi que pour permettre une meilleure coordination avec les autres parlements nationaux des Etats membres, et cela bien avant le début du délai du système d'alerte précoce. Enfin, le partenariat avec le Parlement européen a également été renforcé.

**801.** Concernant les avis motivés rendus sur la base du Traité de Lisbonne en 2010, 13 propositions législatives ont fait l'objet d'avis motivé, parmi lesquelles 5 ont suscité plus d'1 avis motivé même si leur nombre était encore loin d'atteindre le premier seuil d'un tiers du mécanisme d'alerte précoce<sup>914</sup>. Certains avis ont en outre estimé que la Commission avait donné trop peu ou pas du tout de justification au regard du principe de subsidiarité, ou ont constaté une violation du principe de proportionnalité.

Une proposition de directive sur les travailleurs saisonniers adoptée dans le cadre d'un ensemble de mesures sur l'immigration légale a donné lieu au plus grand nombre d'avis motivés pour l'année 2010, 9<sup>915</sup>. En dehors des avis motivés qui renvoient à des avis négatifs, certaines chambres ont, tout comme cela avait déjà été le cas lors des tests de la COSAC, également envoyé des avis positifs au regard du respect du principe de subsidiarité. Ainsi, dans le cas de la présente proposition, 9 chambres ont transmis des avis favorables à son égard. Il peut être relevé que certaines chambres, tant celles qui ont émis des doutes concernant le respect du principe de subsidiarité que celles qui ne l'ont pas fait, ont estimé que la proposition violait le principe de proportionnalité, étant donné qu'elle pouvait avoir une incidence sur les régimes nationaux de sécurité sociale.

Une proposition de révision du programme d'aide alimentaire aux plus démunis, a fait l'objet de trois avis motivés dans les délais et de trois autres hors délais<sup>916</sup>. Cette proposition donne un exemple de tensions entre subsidiarité et solidarité<sup>917</sup>. Il est à cet égard à noter que l'ancien programme a été lui-même remis en cause par une décision de 2011 du Tribunal, nouveau nom du Tribunal de première instance depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne<sup>918</sup>. Finalement, un accord a pu être trouvé sur la base d'une proposition modifiée de la Commission.

Enfin, il est à noter qu'une proposition visant à renforcer les systèmes de garantie des dépôts dans l'UE a fait l'objet de 5 avis motivés, alors que 6 chambres ont au contraire envoyé des avis estimant que la proposition respectait la subsidiarité<sup>919</sup>.

Dans les cas où de tels avis ont été émis, la Commission note qu' "*un débat approfondi a eu lieu*" qui a "*permis de trouver le bon équilibre entre les responsabilités qui incombent à l'UE et celles qui relèvent des États membres*"<sup>920</sup>. Même lorsque le seuil d'un tiers des voix des parlements nationaux n'est pas atteint, les institutions s'efforcent de tenir compte de ces avis. Ainsi, la proposition de directive patients déjà évoquée qui avait suscité trois avis négatifs en 2009<sup>921</sup>, a fait l'objet d'un accord, après de longues négociations<sup>922</sup> qui a permis son adoption

---

<sup>914</sup> Voir pour les propositions concernées ainsi que les chambres ayant rendu un avis motivé : COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "mieux légiférer 2010" (18<sup>e</sup> rapport), 10.6.2011, COM(2011) 344 final, pp.13-14.

<sup>915</sup> COM(2011) 344 final, p.7 : Les chambres considéraient que le sujet était "*déjà suffisamment réglementé au niveau national*" et que l'UE n'était "*pas en mesure de traiter de manière adéquate les spécificités nationales*". Voir pour plus de précisions : [http://www.ipex.eu/ipex/cms/home/Documents/dossier\\_COD20100210/lang/fr](http://www.ipex.eu/ipex/cms/home/Documents/dossier_COD20100210/lang/fr).

<sup>916</sup> COM(2011)344 final, pp.8 et 13 et COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "mieux légiférer 2011" (19<sup>e</sup> rapport), 10.7.2012, COM(2012)373 final, COM(2012)373final, p.8.

<sup>917</sup> Voir à ce sujet : CHAMBON (N.), Subsidiarité contre solidarité ? L'exemple du programme européen d'aide alimentaire aux plus démunis, *Les brefs, Notre Europe*, octobre 2011, 4 p.

<sup>918</sup> Tribunal, 13 avril 2011, *Allemagne c/ Commission*, aff.T-576/08.

<sup>919</sup> COM(2011)344 final, p.8 : Les avis motivés estimaient que "*la directive ne prenait pas suffisamment en compte les caractéristiques des systèmes nationaux ou pourrait réduire le niveau de protection actuel*".

<sup>920</sup> *Ibid.*, pp.11-12.

<sup>921</sup> COM(2010)547 final, p.9.

définitive en mars 2011.

En 2011, 64 avis motivés ont concerné 28 propositions législatives. S'il s'agit d'une augmentation de 75 % par rapport à 2010, ils "*ne représentent [comme le souligne la Commission] que 10 % environ des 622 avis reçus au total par la Commission en 2011 dans le cadre de son dialogue politique élargi avec les parlements nationaux*"<sup>923</sup>.

Une proposition de régime commun pour le calcul de l'assiette imposable des entreprises exerçant leur activité dans l'UE a donné lieu au plus grand nombre d'avis motivés pour l'année 2011, 9,<sup>924</sup> et deux autres propositions sur le droit commun européen de la vente et sur l'établissement d'une organisation commune de marché unique ont donné lieu chacune à 5 avis motivés<sup>925</sup>.

Il peut par ailleurs être relevé que la proposition visant à renforcer la gouvernance dans l'espace sans contrôles aux frontières intérieures a fait l'objet de 6 avis motivés<sup>926</sup>. Cette proposition a pour but de permettre aux États membres de faire face à des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen tout en préservant la libre circulation des personnes. Les avis motivés reprochent un empiètement sur la souveraineté des États membres qu'ils considèrent comme mieux placés pour juger de la nécessité de réintroduire des contrôles aux frontières. Si le seuil d'un tiers des voix des parlements nationaux n'a pas été franchi, on voit, ici encore, que leur influence ne se limite pas aux procédures officielles prévues par le protocole n°2 de Lisbonne, l'argumentation ayant été reprise dans le cadre des discussions au Conseil<sup>927</sup>.

**802.** Pour finir, il est à noter que le Comité des régions inclut une étude au regard du principe de subsidiarité dans tous ses avis depuis 2010 et qu'il bénéficie d'un réseau de monitoring de la subsidiarité<sup>928</sup> qui comprend à la fin de l'année 2011, 134 partenaires. Le site internet REGPEX créé en mars 2012 permet en outre d' "*aider les régions dotées de pouvoirs législatifs à jouer leur rôle dans le mécanisme de contrôle de la subsidiarité*", à l'instar d'IPEX<sup>929</sup>. Reste à savoir si ce site connaîtra les mêmes difficultés de fonctionnement qu'IPEX<sup>930</sup>.

### **C. La réversibilité de l'exercice des compétences concurrentes par le niveau fédéral**

**803.** En dehors du mécanisme d'alerte précoce, une ultime garantie politique est donnée aux États membres de l'UE par l'affirmation de la réversibilité de l'exercice des compétences

---

<sup>922</sup> COM(2011)344 final, p.6 : La Commission note que "*la préoccupation majeure a été de trouver le juste milieu entre le respect des compétences nationales en matière d'organisation et de financement des soins de santé, d'une part, et la codification des droits des patients tels que reconnus par la Cour de justice, d'autre part*".

<sup>923</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Rapport "mieux légiférer 2011" (19e Rapport), 10.7.2012, COM(2012)373 final, p.4.

<sup>924</sup> Outre des "*lacunes justification*", les chambres craignaient que la proposition "*ne légifère dans un domaine relevant de la compétence des États membres et effets négatifs puisque les États membres ne pourraient pas utiliser l'impôt sur les sociétés pour favoriser la croissance et l'emploi*" : *Ibid.*, pp.8-9.

<sup>925</sup> *Ibid.*, p.4.

<sup>926</sup> *Ibid.*, p.9.

<sup>927</sup> Souligné par *Ibid.*

<sup>928</sup> <http://extranet.cor.europa.eu/subsidiarity>

<sup>929</sup> COM(2012)373 final, pp.6-7. Voir pour un récapitulatif des propositions en cause et des parlements ayant rendu des avis négatifs : *Ibid.*, pp.11-12.

<sup>930</sup> Difficultés soulignées par : MEYER-HEINE (A.), La participation... (*op.cit.* note 616), p.43. L'auteur note qu' "*en particulier, les parlements ne l'alimentent pas toujours régulièrement et certains d'entre eux ne disposent pas des moyens de traduire leurs positions en français ou en anglais*".



concurrentes par l'UE, garantie que l'on retrouve dans le contexte allemand où elle semble toutefois plus effective.

A cet égard, comme le résume Jérôme Vaillant, "*en matière d'attribution de compétences [...], la répartition varie selon les situations historiques et les choix politiques et est fonction de l'efficacité reconnue à tel ou tel échelon comme du rapport de forces entre les différents échelons*"<sup>931</sup>. Mais l'évolution marque également l'exercice d'une compétence concurrente par le niveau fédéral. Ainsi, Bernard Dubey souligne l'existence de possibilités de rétrocessions de compétences législatives de la Confédération aux cantons par des lois fédérales<sup>932</sup>. Il note que la possibilité de telles rétrocessions est souvent vu comme un recul dans le cadre européen, elle fait craindre une mise en danger des objectifs européens, expliquant que ce mécanisme ait pu y être "négligé"<sup>933</sup>, mais poursuit qu'une telle possibilité de rétrocession ne devait être interprétée que comme une application du principe de subsidiarité dès lors que l'exercice par le niveau européen d'une compétence n'est plus nécessaire<sup>934</sup> (2). Si cette remarque est exacte comme le souligne indirectement un rapport de la Commission de 2003 affirmant que "*la subsidiarité est, par essence, un concept dynamique*"<sup>935</sup>, mais si l'on retrouve en ce sens une telle possibilité expresse de rétrocession dans le texte de la Loi fondamentale suite aux réformes de 1994 et 2006 (1), il demeure que la Suisse et l'Allemagne ne connaissent pas les tentatives menées par certains membres de remettre en cause certaines politiques communes pour des motifs qui se révèlent éloignés de la subsidiarité<sup>936</sup>.

### **1) La réversibilité dans le contexte de la Loi fondamentale**

**804.** Les révisions constitutionnelles de 1994 et 2006 ont renforcé le caractère dynamique du système d'exercice des compétences partagées en Allemagne. Le système de l'art.72§3 LF issu de la révision de 1994, devenu avec la réforme de 2006 art.72 IV LF, précise qu'une loi fédérale peut prévoir qu'une autre loi fédérale ne reposant plus sur une nécessité d'action fédérale au sens de l'art.72§2 peut être remplacée par le droit des Länder. La Cour a précisé dans une décision *Ladenschlussgesetz* de 2004 que le Land habilité à agir par une loi fédérale ne peut simplement modifier certaines des dispositions de la loi fédérale mais doit la remplacer par un nouveau texte, car selon son expression une loi mêlée présentant des "*corps étrangers*" n'est pas admissible<sup>937</sup>. Elle relève à cet égard que la proposition initiale de la commission constitutionnelle commune selon laquelle les lois fédérales encore en vigueur peuvent être "*abrogées ou complétées par le droit du Land*"<sup>938</sup> a été rejetée.

Ce système a été jugé inefficace car l'effet de blocage de l'art.72§1 LF pour l'action des Länder ne pouvait être levé que par une loi dépendant de la volonté du législateur fédéral<sup>939</sup>. En effet, même si le législateur fédéral avait en théorie la possibilité de s'en défaire il n'en faisait pas usage notamment par crainte d'une inaction ultérieure des Länder. Christoph Degenhart explique que le but recherché par cette réforme était de ne pas laisser le pouvoir de décision au législateur du Land pour une raison de sécurité juridique et de maintenir cette récupération de

<sup>931</sup> VAILLANT (J.), Du principe de subsidiarité comme principe fondateur du fédéralisme, *Allemagne d'aujourd'hui*, 2003, n°164, p.4. Voir dans le même sens notamment : ISENSEE (J.), *Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 80), p.350.

<sup>932</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), pp.584 et s.

<sup>933</sup> *Ibid.*, pp.588-589 et p.593.

<sup>934</sup> DUBEY (B.), *La répartition...*(*op.cit.* note 46), p.594. En ce sens aussi : LENAERTS (K.), Regulating the regulatory process : "Delegation of powers" in the European Community, *ELRev*, 1993, n°18, pp.30 et s.

<sup>935</sup> COM (2003) 770 final, 12.12.2003, p.17.

<sup>936</sup> On songe bien entendu ici aux tentatives du RU de mettre fin à la PAC.

<sup>937</sup> BVerfGE 111, 10 (1<sup>er</sup> sénat 9 juillet 2004 *Ladenschlussgesetz III*) (pt.105).

<sup>938</sup> Bericht...(*op.cit.* note 104), BT-Drucks.12/6000, p.18 et p.36.

<sup>939</sup> En ce sens : SCHWANENGEL (W.), *Die Malaise...*(*op.cit.* note 42), p.557.



l'exercice d'une compétence concurrente à un contrôle de nécessité<sup>940</sup>. Il ajoute qu'un tel système pouvait être maintenu en 2006 car l'interprétation jurisprudentielle avait permis de le rendre équilibré. En effet, dans l'affaire *Ladenschlussgesetz* de 2004<sup>941</sup>, la Cour a confirmé que le législateur fédéral n'était pas obligé de prévoir le remplacement du droit fédéral par le droit du Land et a ajouté que le pouvoir législatif avait la possibilité de le modifier. Elle a toutefois limité cette compétence de modification en se fondant sur la volonté du législateur constituant de renforcer la position des Länder en énonçant que le législateur fédéral ne pouvait modifier les éléments essentiels de la loi, ou en proposer une nouvelle conception. Dans un tel cas, elle a précisé que par une lecture combinée de l'art.125a§2 LF et du principe de fidélité fédérale le niveau fédéral devait alors habiliter les Länder à agir<sup>942</sup>.

La nouvelle procédure introduite à l'art.93§2 LF par la réforme de 2006 prolonge et renforce la logique de cette jurisprudence. Sur recours du Bundesrat, du gouvernement d'un Land ou de la représentation populaire d'un Land, la Cour peut constater l'absence de nécessité pour une loi fédérale adoptée depuis 2006 en vertu de l'art.72 IV, ou pour une loi fédérale adoptée avant 1994 selon l'art.125a§2 LF. Une telle décision équivaut selon le même article à une loi fédérale d'habilitation au sens de l'art.72 IV et de l'art.125a§2. Un tel recours n'est toutefois possible que si une proposition de loi sur l'une de ces bases a été rejetée au Bundestag ou au Bundesrat, ou n'a pas été délibérée dans le délai d'un an. Cette solution a été jugée complexe, comme empêchant le législateur du Land d'agir rapidement, d'où la proposition de certains auteurs de permettre au Land de déroger à la loi fédérale dès lors que celle-ci n'apparaît plus nécessaire, en permettant un recours devant la Cour constitutionnelle<sup>943</sup>.

**805.** Au-delà se posait la question, qui n'est pas simplement théorique, de l'applicabilité au droit antérieur. Nous avons indiqué que le législateur fédéral n'était pas forcément enclin à faire des propositions de textes législatifs permettant de retransférer aux Länder l'exercice d'une compétence concurrente, mais un principe de non rétroactivité renforce encore la position du législateur fédéral. Ainsi, Fritz Scharpf souligne que le problème en Allemagne en 1949 ne provenait pas seulement d'une inefficacité de la clause de l'art.72§2 LF, mais encore du principe selon lesquelles les nombreuses lois prises dans le domaine des compétences partagées avant la Loi fondamentale demeuraient, l'art.125 LF prévoyant que la condition de besoin ne lui était pas applicable<sup>944</sup>.

L'art.125 a LF (devenue art.125a§2 LF après la réforme de 2006) introduit par la réforme constitutionnelle de 1994 prévoit que les lois prises avant 1994 restent en vigueur mais qu'une loi fédérale peut prévoir son abrogation. Le législateur fédéral ne peut toutefois habiliter le législateur du Land à simplement abroger la loi fédérale, une obligation de remplacement par le Land de la loi fédérale doit être incluse dans la loi d'abrogation afin d'éviter un vide juridique. Le législateur du Land reste par contre libre de son contenu. Afin d'éviter que cette disposition ne conduise le législateur fédéral à ne pas modifier le droit en vigueur par crainte de perdre sa compétence, ce dernier dispose d'un pouvoir de modification ponctuel des lois fédérales pour lesquelles une nécessité d'action n'existerait plus au regard de l'art.72§2 LF dans sa version postérieure à 1994. Par contre, une modification totale, fondamentale n'est pas possible comme la Cour l'a indiqué à plusieurs reprises. Ainsi, dans sa décision *Juniorprofessur* de 2004, la Cour

<sup>940</sup> DEGENHART (C.), artikel 72 GG, in : SACHS (M.), *Grundgesetz : Kommentar*, 6. Aufl., München, Beck, 2009, p.1467.

<sup>941</sup> BVerfGE 111, 10 (1<sup>er</sup> sénat 9 juillet 2004 *Ladenschlussgesetz III*).

<sup>942</sup> *Ibid.*, pts.110 à 112.

<sup>943</sup> MEYER (H.), *Die Föderalismusreform 2006. Konzeption, Kommentar, Kritik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p.231 ; SCHARPF (F.), *Föderalismusreform...*(*op.cit.* note 43), p.128.

<sup>944</sup> SCHARPF (F.), *Ibid.*, p.19. Ces éléments font dire à l'auteur que le caractère unitaire du système était déjà présent dès l'origine par opposition à l'idée d'un développement ultérieur contraire à la volonté originelle de séparation.



constate une "*nouvelle conception fondamentale*" du système de l'accès aux professions de l'enseignement supérieur conclut à l'impossibilité de faire jouer cette disposition<sup>945</sup>. De même, dans sa décision *Kampfhunde* de 2004, elle estime que le législateur fédéral ne pouvait se prévaloir de l'art.125 a LF en arguant de l'existence du code pénal car des peines d'amende ou de prison introduites pour violation de réglementations dans les Länder interdisant l'élevage et le commerce de chiens dangereux constitueraient une nouvelle réglementation fédérale<sup>946</sup>.

L'art.125 a§1 LF dans sa version de 2006 prévoit que les lois adoptées sur la base de l'art.72§2 LF de 1994 à la réforme de 2006 et qui ne seraient plus de la compétence du niveau fédéral suite à la réforme restent en vigueur, mais que les Länder peuvent les remplacer.

## 2) La réversibilité dans le contexte juridique européen

**806.** Dans le cadre européen, le dynamisme de l'équilibre n'est évoqué dès l'origine de la Communauté économique européenne qu'au profit des institutions communautaires par le biais de la formule reprise lors des différentes modifications d'"union sans cesse plus étroite entre les peuples européens. Il faut attendre le protocole d'Amsterdam n° 7 pour qu'une référence à un potentiel mouvement inverse soit évoquée. Son §3 qualifiait le principe de subsidiarité de "*concept dynamique*" permettant "*d'étendre*" ou "*de mettre fin*" à l'action de la Communauté selon les besoins, mais le §2 imposait dans le même temps de respecter l'acquis communautaire ce qui pouvait apparaître contradictoire. Le caractère de compromis de ce protocole pouvait être vu comme un explication de ces contractions<sup>947</sup>. La Commission souligne en 2009 dans le cadre de ses lignes directrices concernant l'analyse d'impact de ses propositions législatives qu'il faut toujours garder à l'esprit que "l'évaluation de la subsidiarité évolue avec le temps", que "l'action communautaire peut être réduite ou interrompue si l'évolution des circonstances ne la justifie plus" "au moment d'étudier les activités communautaires existantes"<sup>948</sup>. C'est dans cette perspective qu'elle précise que dans le cadre des propositions de simplification législative, l'analyse d'impact devra contenir des éléments de preuves du maintien du respect des conditions du principe de subsidiarité<sup>949</sup>. L'influence du projet de Traité de Lisbonne est à noter. Ses dispositions renforcent ces idées d'évolution potentielle dans les deux sens.

**807.** Le Traité de Lisbonne a introduit un art.2§2 TFUE qui précise que "*les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne*". Le §3 de la déclaration n°18 concernant la délimitation des compétences annexée au Traité de Lisbonne indique en outre que le Conseil peut sur demande d'un de ses membres soumettre une proposition d'abrogation d'acte législatif<sup>950</sup>. Il ne s'agit bien sûr que d'une demande ne liant pas la Commission comme le souligne la seconde phrase qui indique que la Commission a déclaré lors la CIG qu'elle l'étudierait avec attention. En outre, une déclaration n'a pas de valeur juridique contraignante et aucune action en carence ne semble pouvoir trouver

<sup>945</sup> BVerfGE 111, 226 (2<sup>e</sup> sénat 27 juillet 2004 *Juniorprofessur*) (pt.139).

<sup>946</sup> BVerfGE 110, 141 (1<sup>er</sup> sénat 12 mars 2004 *Kampfhunde*).

<sup>947</sup> En ce sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.70 note 280. La même contradiction se trouvait dans les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg annexe 1 à la partie A, pt.I.4. tirets 2 (visant le maintien de "*l'acquis communautaire*") et 3 (visant le caractère "*dynamique*" permettant "*d'élargir l'action de la Communauté lorsque les circonstances l'exigent et inversement de la restreindre ou de l'interrompre lorsqu'elle n'est plus nécessaire*").

<sup>948</sup> SEC(2009) 92, p.25.

<sup>949</sup> *Ibid.*

<sup>950</sup> Déclaration n°18 annexée au Traité de Lisbonne, §3 : "*Sur l'initiative d'un ou de plusieurs de ses membres (représentants des États membres) et conformément à l'art.241 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le Conseil peut demander à la Commission de soumettre des propositions visant à abroger un acte législatif. La Conférence se félicite que la Commission déclare qu'elle accordera une attention particulière à ce type de demande*".



de soutien dans les dispositions du traité, aucune obligation de faire une proposition en ce sens n'étant posée. Aussi, il est possible de reprendre la remarque qu'a faite Vlad Constantinesco en 1992, à savoir que la subsidiarité ne peut remettre en cause l'acquis communautaire car il n'existe pas d'obligation juridique pour la Commission de contrôler les actes existants au regard du principe de subsidiarité<sup>951</sup>. La question de la possibilité de dégager, à l'instar de la jurisprudence allemande, un recours implicite sur la base du principe de coopération loyale pourrait certes être posée, mais le fondement d'une telle interprétation se trouvant dans une déclaration dépourvue de valeur juridique, apparaît peu réaliste.

### §3. L'encadrement assuré par le contrôle juridictionnel

**808.** En dehors de la garantie politique, se pose la question d'un contrôle juridictionnel du respect du principe de subsidiarité et de la clause incluse à l'art.72§2 LF. En Allemagne, la commission d'enquête pour la réforme constitutionnelle soulignait dans son rapport de 1976 sa préférence pour la Cour constitutionnelle en tant qu'elle "*n'[était] pas elle-même partie au conflit*", ajoutant que rien ne l'empêchait de se prononcer en raison du caractère politique de la décision de besoin en renvoyant à d'autres compétences de la Cour qui l'amenaient à se prononcer sur des questions politiques<sup>952</sup>. Dans le cas de l'Union européenne, la Cour de justice indiquait dans sa communication du 20 décembre 1990 à la CIG sur l'Union politique que "*nonobstant la connotation largement politique [du] principe [de subsidiarité], l'examen, par la Cour, d'un tel moyen ne poserait pas à celle-ci des problèmes de caractère nouveau*" et renvoyait au principe de proportionnalité qui faisait déjà l'objet d'un tel contrôle<sup>953</sup>. Mais une limitation suivait cette remarque. Elle indiquait qu'elle "*a[vait] toujours reconnu une large marge d'appréciation à l'institution en cause*" tout en poursuivant qu' "*elle a[avait] néanmoins contrôlé le respect par celle-ci des limites extrêmes de ce pouvoir d'appréciation, notamment par sa censure de la mesure en cas d'erreur manifeste*". Toutefois, le contrôle juridictionnel a, aussi bien dans le cas allemand qu'au sein de l'Union européenne, évolué dans le sens d'une plus grande intensité

**809.** La doctrine a dans un premier temps dans les cas allemand et européen affirmé le caractère politique respectivement du principe subsidiarité et de la clause de l'art.72§2 LF, et douté de leur justiciabilité<sup>954</sup>, et les jurisprudences initiales de la CJCE et de la Cour constitutionnelle allemande étaient très proches, se contentant d'un contrôle extrêmement restreint ne conduisant à la remise en cause d'aucun texte législatif (A).

Afin de rendre l'encadrement de l'exercice des compétences partagées efficace, l'art.72§2 LF a été modifié en 1994, conduisant au remplacement de la notion de "besoin" par celle de "nécessité" comme critère du contrôle de l'exercice des compétences partagées, et à la modification des critères à l'aune desquels le contrôle devait être opéré. Par ailleurs, un recours spécifique a été créé à l'art.93§2a LF, soulignant la volonté du législateur constitutionnel de renforcer le contrôle jusqu'alors opéré. Dans les années qui suivent cette réforme, si le contrôle opéré par la Cour apparaît plus poussé, il demeure un doute quant à la possibilité et la volonté réelle de la Cour de censurer une disposition fédérale, conduisant une partie de la doctrine à

<sup>951</sup> CONSTANTINESCO (V.), *Subsidiarité...vous avez dit subsidiarité ?*, RMUE, 1992, n°4, p.229.

<sup>952</sup> Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, 7. Wahlperiode, Bundestag, Drucksache 7/524, p.129. Voir dans le même sens : HAUG (V.), *Die Föderalismusreform...*(*op.cit.* note 45), p.195.

<sup>953</sup> Cité par : ONORIO (J.-B. d'), *La subsidiarité analyse d'un concept*, in : ONORIO (J.-B. d') (dir.), *La subsidiarité...*(*op.cit.* note 75), p.38

<sup>954</sup> Par exemple : GRIMM (D.), *Subsidiarität ist nur ein Wort*, *Franfurter Allgemeine Zeitung*, 17 septembre 1992, p.38; *Ibid*, *Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1994, n°77, pp.6-12 ; BIEBER (R.), *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in : EVERS (T.) (Hrsg.), *Chancen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Baden-Baden, 1994, pp.161-171.

penser que ce principe conservait un caractère essentiellement politique. C'est dans ce contexte que Karlsruhe rend l'arrêt *Altenpflegegesetz* du 24 octobre 2002 dans lequel un cadre de contrôle strict est posé et appliqué (B).

On assiste au niveau européen depuis le début des années 2000 à un renforcement comparable du contrôle effectué par la Cour de justice, l'introduction du système d'alerte précoce accentuant ce mouvement dans le sens de l'exigence d'une plus grande motivation des projets de textes législatifs européens (C).

## **A. Des principes politiques justifiant un contrôle juridictionnel restreint ?**

**810.** La nature politique du principe de subsidiarité et la crainte de son impact négatif sur l'intégration européenne étaient invoqués pour écarter tout contrôle juridictionnel (1). L'expérience allemande soutenait cette position, l'absence de contrôle juridictionnel effectif de la clause incluse dans l'art.72§2 LF se fondant sur sa nature politique (2). Et il paraissait possible de conclure au caractère inéluctable de l'inefficacité du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité<sup>955</sup>, la jurisprudence de la CJCE le concernant "*s'appuya[nt] sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur l'art.72§2 LF*"<sup>956</sup> (3).

### ***1) La subsidiarité : un principe politique dangereux pour l'intégration européenne ?***

**811.** Le premier argument à l'encontre de la justiciabilité du principe de subsidiarité invoqué était sa nature politique. La délégation pour les Communautés européennes de la Chambre des Lords estimait en 1990 que "*la subsidiarité [était] un principe politique qui dev[ait] s'appliquer à tous les stades du processus législatif, mais [que] la responsabilité de son application dev[ait] revenir aux législateurs, et non aux juges*"<sup>957</sup>. De même, selon Akos Toth qui écrivait en 1994, la Cour devait se restreindre à relever s'il y a une erreur manifeste dans l'évaluation, ou si un détournement de pouvoir a été opéré par les institutions communautaires, à peine de remplacer la discrétion du Conseil et de la Commission par la sienne et d'assumer le rôle de législateur suprême sous couvert de contrôle de légalité<sup>958</sup>. Antonio Estella affirmait encore en 2002 qu'elle ne disposait pas des capacités requises en terme d'experts, d'hommes, de matériel,...et que sa crédibilité dépendait de sa capacité à continuer à convaincre les observateurs que ses décisions étaient basées strictement sur l'interprétation et l'application du droit de l'UE, et non sur des préférences<sup>959</sup>, ce qui impliquait de maintenir un raisonnement prévisible, cohérent, ayant une consistance juridique.

**812.** La peur du rôle de l'atteinte à l'acquis communautaire ou au moins de ralentissement de l'intégration sous l'influence du principe de subsidiarité se retrouve comme autre argument à l'encontre de sa justiciabilité dans les écrits de plusieurs avocats généraux et juges de la Cour de justice du début des années 1990<sup>960</sup>. Jean Mischo estimait ainsi en 1990, alors qu'il était avocat général près la CJCE, que l'introduction d'un principe général de subsidiarité était inutile

<sup>955</sup> En ce sens notamment : FROWEIN (J.), *Konkurrierende...*(*op.cit.* note 797), pp.403 et s. ; KAPTEYN (P.), *Community...*(*op.cit.* note 678), p.41 ; PIEPER (S.), *Subsidiarität...*(*op.cit.* note 678), p.274 ; SCHIMA (B.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 782), pp.139 et s.

<sup>956</sup> KENNTNER (M.), *Der Föderalismus ist (doch) justiziabel! – Anmerkungen zum "Altenpflegegesetz-urteil" des BverfG, NVwZ, 2003, Heft 7, p.821.*

<sup>957</sup> Session 1990-91, 17<sup>th</sup> Report, "Political Union. law-making powers and procedures", pt.122 (cité par : TOH (A.), *Is subsidiarity...*(*op.cit.* note 76), p.268).

<sup>958</sup> TOH (A.), *Ibid.*, p.283.

<sup>959</sup> ESTELLA (A.), *The EU...*(*op.cit.* note 10), p.160.

<sup>960</sup> Voir l'article très critique de l'ancien juge à la CJCE Pierre PESCATORE : *Mit der Subsidiarität Leben – Gedanke zu einer Drohenden Balkanisierung der Europäischen Gemeinschaft*, in : DUE (O.), LUTTER (M.), SCHWARZE (J.), *Festschrift für Everling, Bd.II*, Baden-Baden 1995, pp.1071 et s.



estimant les mécanismes établis par le Traité pour le contrôle du développement des compétences de la Communauté suffisants<sup>961</sup>. Il poursuivait que dans l'hypothèse où il serait tout de même introduit, il ne devrait être appliqué qu'aux compétences nouvelles de la Communauté afin de ne pas porter atteinte à l'acquis communautaire<sup>962</sup>. Il affirmait par ailleurs que c'était un principe politique et que la Cour de justice risquait de mettre à mal sa légitimité si elle l'étudiait. Enfin, il considérait qu'il devrait pour cette raison uniquement servir aux réflexions sur la répartition des compétences dans le cadre des CIG. De même, Paul George Kapteyn affirmait en 1991, alors qu'il était juge à la CJCE, que ce principe "*concern[ait] le législateur et non le juge*"<sup>963</sup> et que si un contrôle était effectué, il ne pourrait qu'être limité. Pour lui, la Communauté connaissant un système de compétences d'attribution pour la réalisation d'objectifs déterminés, "*l'importation du principe de subsidiarité [était] redondant, apport[ait] la confusion et [était] dangereux car il remet[tait] en question le système posé par les traités privant la logique d'intégration fonctionnelle de sa force motrice*"<sup>964</sup>.

Un certain nombre d'auteurs partageaient cette crainte de remise en cause de l'intégration européenne. Le principe de subsidiarité était ainsi jugé plutôt dangereux par Akos Toth en 1992 qui considérait qu'il "*ne fai[sait] pas seulement partie du droit communautaire antérieur à Maastricht, [qu'il y était] totalement étranger et contredi[sait] la logique, la structure et les termes des traités fondateurs ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice*"<sup>965</sup>. Joe Verhoeven jugeait quant à lui encore en 2002 "*abusif de demander à la Commission de faire la preuve [...] de l'incapacité des Etats*" dans sa motivation, considérant que "*ce devrait être aux Etats qu'incombe l'obligation, s'ils jugent qu'ils sont en mesure, sans son intervention, de parvenir à des résultats aussi, sinon plus satisfaisants*"<sup>966</sup>.

Si la position de Koenraad Lenaerts, dans un article coécrit avec Patrick van Ipersele, est plus positive par rapport au principe de subsidiarité<sup>967</sup>, il est à noter qu'il a tenté, dans un autre article, de démontrer que la subsidiarité pouvait être interprétée en termes d'intégration<sup>968</sup>. Selon lui, ce principe pouvait servir à restreindre les pouvoirs de l'UE ou à les augmenter, et il estimait que la Communauté avait élargi ses domaines de compétences en échange d'une limitation de son pouvoir d'exercice des compétences ainsi transférées, et que ce principe était la condition permettant de nouveaux transferts de compétences à la Communauté. S'il considérait les craintes envers l'introduction du principe de subsidiarité exagérées, prenant l'exemple de l'environnement pour montrer que la preuve de son respect était facile à montrer, il mettait néanmoins en garde contre toute interprétation qui remettrait en cause l'acquis communautaire.

**813.** Ces articles de membres de la Cour de justice renforçaient les doutes qui avaient pu être émis sur la volonté de la Cour à exercer réellement un contrôle en la matière. Le reproche de partialité de la juridiction fédérale a ainsi conduit à réfléchir à la création d'une cour spécifique ou d'une chambre spécialisée au sein de la CJCE qui aurait été composée pour une part de juges

---

<sup>961</sup> MISCHO (J.), *Un rôle nouveau pour la Cour de justice?*, *Revue du marché commun*, décembre 1990, n°342, p.682. Il fut avocat général près la Cour de justice de 1986 à 1991, puis de 1997 à 2003.

<sup>962</sup> *Ibid.*, p.684.

<sup>963</sup> KAPTEYN (P.), *Community...*(*op.cit.* note 678), p.39. L'auteur a été juge à la CJCE de 1990 à 2000.

<sup>964</sup> *Ibid.*, p.41.

<sup>965</sup> TOTH (A.), *The principle of subsidiarity in the Maastricht treaty*, *CMLR*, 1992, n°29, p.1105. Voir dans le même sens : GAZZO (E.), *Lever le voile de la "subsidiarité" pour ne pas tomber dans le piège qu'elle peut cacher*, *RMUE*, 1992, n°4, p.222.

<sup>966</sup> VERHOEVEN (J.), *Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité*, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Le principe...*(*op.cit.* note 631), p.382.

<sup>967</sup> LENAERTS (K.), IPERSELE (P. van), *Le principe...*(*op.cit.* note 745), pp.82-83. Koenraad LENAERTS a été juge au TPI de 1989 à 2003, et est depuis 2003 juge à la Cour de justice.

<sup>968</sup> LENAERTS (K.), *The principle of subsidiarity and the environment in the European Union : keeping the balance of federalism*, *Fordham International Law Journal*, 1994, p.893 et p.895.



de la CJCE et pour une autre de juges des cours constitutionnelles nationales<sup>969</sup>. Toutefois devant l'atteinte portée à l'autorité de la Cour de justice<sup>970</sup>, la proposition n'a pas été reprise. Jürgen Papier, alors juge à la Cour constitutionnelle, rejetait ainsi la création d'une nouvelle juridiction chargée de trancher les conflits de compétences, en indiquant le problème que ferait naître sa composition et appelait plutôt à une prudence, une autolimitation des deux côtés, organes étatiques et organes européens, dans la création du droit de l'UE et son interprétation<sup>971</sup>.

**814.** Plusieurs ouvrages sur la subsidiarité renvoyaient à la pratique allemande au regard de l'art.72§2 LF pour nier la justiciabilité de l'art.3§2 B CEE (5§2 CE)<sup>972</sup>.

## 2) *Le contrôle initialement restreint de Karlsruhe*

**815.** La Cour constitutionnelle allemande opère un contrôle restreint de l'art.72§2 LF qui, s'il est au départ soutenu par la doctrine, est de plus en plus critiqué à partir des années 1970 (a). Ces critiques ont conduit à des réflexions sur la modification de cette disposition visant un encadrement plus efficace de l'exercice des compétences concurrentes qui aboutiront finalement en 1994. Toutefois, l'absence, pendant plusieurs années, de signe d'évolution jurisprudentiel en dépit de ces modifications, semblait donner raison aux arguments du caractère irrévocablement politique de tout clause d'encadrement de l'exercice des compétences concurrentes (b).

### a) *Le contrôle restreint au regard de la clause de besoin initiale*

**816.** Le premier sénat de la Cour constitutionnelle émet, dans un jugement de 1952 concernant une loi sur les ramoneurs, un doute sur la capacité de la Cour à contrôler l'existence d'un besoin au sens de la clause, et indiqué qu'*a priori* seul un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du législateur fédéral apparaît possible en se fondant sur la très grande majorité de la doctrine concernant l'art.9 de la Constitution de Weimar<sup>973</sup>. Dans une décision de 1953, il l'affirme très clairement, même s'il reconnaît que les conditions d'exercice d'une compétence concurrente par l'Etat fédéral sont plus strictes que dans l'art.9 de la Constitution de Weimar<sup>974</sup>. Markus Kenntner relève que le Président du Premier Sénat pour cette décision était Hermann Höpker-Aschoff qui, en tant que membre du conseil parlementaire, s'était opposé fortement à la proposition des Alliés<sup>975</sup>. Cette jurisprudence pouvait se justifier au début de la République fédérale en ce qu'elle correspondait à la position dominante parmi les hommes politiques allemands<sup>976</sup>. Par la suite, le premier sénat renverra à cette jurisprudence<sup>977</sup>.

Le deuxième sénat n'a toutefois dans un premier temps pas partagé cette interprétation de la portée de l'art.72§2 LF. Ainsi, dans une décision de 1951, il opère un contrôle strict à son égard<sup>978</sup>. Après avoir nié l'existence d'une telle compétence du législateur fédéral pour violation

<sup>969</sup> En ce sens : GOLL (U.), KENNTNER (M.), Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit, *EuZW* 2002, pp.101 et s.; Les propositions du groupe de travail CDU/CSU mené par Wolfgang Schäuble et Reinhold Bocklet (citées par : CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), La question...(*op.cit.* note 137), p. 9 et CALLIES (C.), Kontrolle...(*op.cit.* note 151), p.195.

<sup>970</sup> Voir notamment les critiques de : CONSTANTINESCO (V.), PERNICE (I.), *Ibid.*, p.10 ; MAYER (F. C. ), Die drei...(*op.cit.* note 145), pp.602 et s.

<sup>971</sup> PAPIER (J.), Die Union ist kein Staat ist und soll es auch nicht werden, interview, *FAZ*, 24 Juillet 2007.

<sup>972</sup> PIEPER (S.), *Subsidiarität...*(*op.cit.* note 678), p.274; SCHIMA (B.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 782), p.150.

<sup>973</sup> BVerfGE 1, 264 (1<sup>er</sup> sénat 30 avril 1952 *Bezirksschornsteinfeger*) (p. 272 et s.) (pt.26 notamment).

<sup>974</sup> BVerfGE 2, 213 (1<sup>er</sup> sénat, 22 avril 1953, *Straffreiheitsgesetz*) (p.224 et s.) (pt.35 notamment).

<sup>975</sup> KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), p.153.

<sup>976</sup> *Ibid.*, p.162.

<sup>977</sup> Voir pour des précisions : NEUMEYER (C.), *Der Weg...*(*op.cit.* note 31), pp.97-109

<sup>978</sup> BVerfGE 1, 14 (2<sup>e</sup> sénat, 23 octobre 1951, *Südweststaat*).



des principes de démocratie et de structure fédérale de l'Etat, il vérifie les conditions de l'art.72§2 LF comme fondement complémentaire de nullité de la loi pour l'exécution du redécoupage de certains Länder. Il conclut que l'allongement par la loi fédérale de la période de la législature des Landtag n'est pas "nécessaire", les Länder pouvant encore procéder eux-mêmes de façon efficace à un tel allongement après l'adoption de la loi de redécoupage<sup>979</sup>. Finalement, il reprendra la jurisprudence du premier sénat dans un arrêt de 1954<sup>980</sup>.

La possibilité d'une déclaration de nullité d'une loi pour contrariété à l'art.72§2 LF est restée longtemps improbable, la marge d'appréciation laissée au législateur étant large et l'exemple d'erreur manifeste donnée dans une décision du 2<sup>e</sup> sénat 1972<sup>981</sup> apparaissant purement théorique en raison de son caractère extrêmement restrictif. Ainsi, sur la base de la clause de besoin, la Cour n'a jamais reconnu l'existence d'une telle erreur manifeste.

**817.** Jusqu'à la fin des années 1960, la majorité de la doctrine était d'avis qu'une marge de manœuvre politique large devait être laissée législateur et que la Cour devrait se restreindre à un contrôle de l'erreur manifeste<sup>982</sup>. Cette position se fondait sur le respect de la séparation des pouvoirs, mais aussi sur l'histoire de cette clause, puisque nous avons vu que les rédacteurs ne voulaient pas lui donner de caractère justiciable, ainsi que sur l'expérience issue de la Constitution de Weimar. Toutefois, c'est un autre facteur qui a joué un rôle déterminant. Les termes employés à l'art.72§2 LF "besoin", "intérêt de la Communauté",... étaient considérés comme trop imprécis et il en était déduit que l'apport de preuves juridiquement contrôlables était rendu plus difficile, et que seule une décision politique était possible. Seule une minorité défendait la justiciabilité totale de ce principe, sans marge de manœuvre du législateur, en se fondant notamment sur la déclaration des Alliés qui l'affirmait<sup>983</sup>.

Mais à partir des années 1970, la doctrine va évoluer, et la Cour constitutionnelle va être de plus en plus critiquée pour sa jurisprudence. La commission constitutionnelle de 1993 résume la critique principale en affirmant que cette jurisprudence a été "*le point d'accès principal pour l'affaiblissement des compétences des Länder*"<sup>984</sup>. La Cour contribuait à ce que le législateur fédéral puisse presque toujours trouver un fondement à son intervention<sup>985</sup>. La jurisprudence consistait en effet à affirmer que c'était, sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation, au législateur que revenait l'interprétation des buts justifiant l'intervention fédérale visés à l'art.72§2 LF. La Cour indiquait qu'elle devait se limiter à un contrôle de l'erreur manifeste du respect du cadre du critère fondant l'intervention parce que les critères étaient trop peu précisément définis<sup>986</sup>. Elle précisait en outre notamment que le 3<sup>e</sup> but n'exigeait pas que le législateur fédéral se limite à maintenir l'unité des conditions de vie déjà existante, et

<sup>979</sup> BVerfGE 1, 14 (35) (pt.88). On relèvera qu'elle parle d'absence de nécessité ("nicht erforderlich") alors même que la clause visait la notion de besoin, rejoignant la lecture stricte des Alliés.

<sup>980</sup> BVerfGE 4, 115 (2<sup>e</sup> Sénat, 1<sup>er</sup> décembre 1954, *Besoldungsgesetz*) (pts.48-50). Souligné par : NEUMEYER (C.), *Der Weg...* (op.cit. note 31), p.98.

<sup>981</sup> BVerfGE 34, 9 (2<sup>e</sup> Sénat, 26 juillet 1972, *Besoldungsvereinheitlichung*). Dans l'espèce, le gouvernement fédéral avait exercé un recours contre une loi du Land de Hesse. Elle estimait notamment que des dispositions concernant la rémunération de musiciens de chambre violaient une loi fédérale. La Cour rétorque que puisqu'il était prévu que le statut de musiciens de chambre fonctionnarisé disparaisse dans ce Land, rien n'empêchait que le législateur de Hesse prévoit (*Ibid.*, p.39, pt.118). La Cour en profit pour préciser *a contrario* qu' "*il serait évident [...] que le législateur [fédéral] dépasse[rait] la marge d'appréciation qui lui est laissée par l'art.72§2 LF s'il interdi[sait] au législateur du Land de la Hesse*" de procéder à une telle assimilation (*Ibid.*, pt.119).

<sup>982</sup> Souligné par : NEUMEYER (C.), *Der Weg...* (op.cit. note 31), p.83. L'auteur donne un ensemble de références.

<sup>983</sup> FRÖHLER (L.), *Wie verhält sich art.125 zu art.72 abs. 2 Grundgesetz ?*, *DVBl*, 1950, p.492 ; KRATZER (J.), *Zu Art. 72 Abs.2 und 125 des Grundgesetzes*, *DVBl*, 1950, pp.396 et s.

<sup>984</sup> Bericht... (op.cit. note 104), BT-Drucks.12/6000, p.33.

<sup>985</sup> Souligné par : CALLIES (C.), *Die Justitiabilität...* (op.cit. note 564), p.893.

<sup>986</sup> BVerfGE 13, 230 (1<sup>er</sup> Sénat 29 novembre 1961 *Ladenschlußgesetz I*) (p.233 ; pt.14).

qu'il pouvait adopter des mesures visant à augmenter cette unité. Comme le relève également *a posteriori* Theodor Maunz le 3<sup>e</sup> but était "*compris de façon tellement large que pratiquement chaque loi fédérale concernant un des objets de l'art.74 LF y est rattachable*", soulignant que par ce biais "*l'effet de la loi [était] ainsi rendue condition de son adoption*"<sup>987</sup>.

## b) La réforme de 1994 : effort vain de renforcement du contrôle juridictionnel ?

**818.** Devant ces critiques, la commission d'enquête mise en place dans les années 1970 pour réfléchir à une réforme constitutionnelle est notamment chargée de réfléchir à la manière de rendre plus effectif l'encadrement de l'exercice des compétences concurrentes. Elle a proposé dans son rapport de 1976<sup>988</sup> un projet de §2 et §3<sup>989</sup> à l'art.72 LF<sup>990</sup> qui se révèle très proche de l'art.72§2 LF qui sera finalement adopté en 1994<sup>991</sup>. Il suggérait de remplacer le critère de besoin par une clause de nécessité et de supprimer les deux premiers buts visés dans cette disposition en raison de leur absence de portée pratique<sup>992</sup>. En outre, l'expression d'"*équivalence*" était adoptée à la place de celle d'"*homogénéité*" (Einheitlichkeit), pour "*l'établissement*" et non plus le seul "*maintien*" des conditions de vie, la nouvelle formulation étant moins porteuse d'unification. Enfin, était ajouté le but de "*développement régulier du territoire fédéral*". Concernant le contrôle juridictionnel de cette disposition, la majorité de la commission avait rejeté une saisine de la Cour pour avis au cours de la procédure législative en arguant que celle-ci aurait retardé le déroulement de cette dernière<sup>993</sup>. Un §5 prévoyait par contre une procédure spéciale de contrôle par la Cour constitutionnel du respect des conditions posées aux §2 et §3.

Ces réflexions n'ont toutefois pas abouti à une révision constitutionnelle et il a fallu attendre la réunification pour que soient relancées les discussions. Le traité d'union de 1990 vise en effet dans son art.5 la nécessité de revoir les rapports en niveau fédéral et Länder. La commission de révision constitutionnelle mise en place pour adapter la Loi fondamentale à la réunification rend un rapport en 1993<sup>994</sup> qui vise notamment à répondre à cette question. Ce rapport aboutit à une révision constitutionnelle en 1994 qui reprend largement les modifications proposées en 1976. Il est toutefois à noter que la référence au "*développement régulier du territoire fédéral*" incluse dans le projet de 1976 est absente de la version de 1994. Par ailleurs, l'effet de la réalisation des conditions de vie équivalentes est plus restreint que dans le projet de 1976 puisqu'il doit s'étendre à l'ensemble du territoire fédéral et non pas uniquement au-delà du territoire d'un Land. Par contre, l'introduction d'une procédure spéciale devant la Cour constitutionnelle est reprise, dans le cadre de l'art.93§1 n°2a. Cet article précise toutefois la

<sup>987</sup> MAUNZ (T.), Art. 72, in : MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 1996, pt.23.

<sup>988</sup> *Schlußbericht...*(op.cit note 103), BT-Drs.7/5924, p.129.

<sup>989</sup> Ce §3 indiquait juste que les conditions indiquées au §2 ne pouvait fonder une intervention fédérale que si cela était nécessaire. L'art.72§2 LF issu de la révision de 1994 est donc une sorte de fusion de ces deux paragraphes, même si le §3 accentuait le caractère exceptionnel non seulement par sa situation dans un paragraphe propre, mais encore car il précisait que ce qui ne tombe pas sous cette nécessité "*reste de la compétence des Länder*".

<sup>990</sup> Le projet d'art.72§2 LF : "*Dans ce domaine, la Fédération a compétence pour légiférer, lorsque et pour autant que l'unité juridique, l'unité économique ou le développement régulier du territoire fédéral pour la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ne puisse être atteinte que par une réglementation législative*" (les passages qui diffèrent avec l'art.72§2 LF issu de la révision de 1994 sont soulignés) (*Schlußbericht...*(op.cit note 103), BT-Drs.7/5924, p.123).

<sup>991</sup> Art.72§2 LF (en vigueur entre 1994 et 2006) : "*Dans ce domaine, le Bund a le droit de légiférer lorsque et pour autant que la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'Etat rendent nécessaire une réglementation législative fédérale*".

<sup>992</sup> Pour les fondements de cette proposition voir : *Schlußbericht...*(op.cit note 103), BT-Drs.7/5924, p. 131.

<sup>993</sup> *Ibid.*, p.132.

<sup>994</sup> *Bericht...*(op.cit. note 104), BT-Drucks.12/6000.



possibilité d'une saisine par le gouvernement ou la représentation parlementaire du Land, là où la commission de 1976 se contentait d'une référence à un droit de saisine du Land. L'intérêt repose surtout dans la possibilité pour les parlements des Länder de saisir directement la Cour alors que jusqu'alors seuls les gouvernements des Länder le pouvaient. En effet, ils peuvent invoquer l'atteinte à leurs compétences législatives là où les gouvernements s'accommodaient largement d'une loi fédérale ne respectant pas l'art.72§2 LF dès lors qu'ils obtenaient en contrepartie un renforcement des pouvoirs du Bundesrat où ils sont représentés<sup>995</sup>.

**819.** Face aux doutes sur les effets de ses propositions sur la jurisprudence la Cour constitutionnelle, la commission de révision affirme sa volonté de faire évoluer ladite jurisprudence dans une déclaration du 15 octobre 1992<sup>996</sup>. La Cour constitutionnelle ne modifiant toutefois pas dans un premier temps sa jurisprudence, une partie de la doctrine y voit une confirmation de l'impossibilité de contrôle juridictionnel. Christoph Neumeyer écrivait ainsi en 1999 que si les conditions de recours à la législation fédérale avaient été durcies, une indétermination des buts visés par le nouveau critère de nécessité caractérisait toujours l'art.72§2 LF<sup>997</sup>. Il en déduisait qu'il n'était toujours pas possible pour la Cour d'aller au-delà du contrôle de l'erreur manifeste, à peine de porter atteinte à son autorité en effectuant un contrôle politique. Il soulignait à l'appui de ce point de vue que le critère de nécessité pour l'intervention financière du Bund dans les domaines de compétences des Länder posé à l'art.104a§1 en 1969 avait été jugé indéterminé et non justiciable par la Cour, et il ajoutait au surplus que certains membres de la commission avaient émis des doutes lors des discussions quant à la possibilité de réaliser une justiciabilité effective<sup>998</sup>. Enfin, il s'étonnait de ce que cette commission ait oublié la volonté originelle d'absence de justiciabilité au point d'affirmer vouloir réaliser la volonté des rédacteurs de la Loi fondamentale<sup>999</sup>.

### **3) L'inefficacité initiale du contrôle juridictionnel au niveau européen**

**820.** Au niveau européen, on constate jusqu'au début des années 2000 le même faible empressement initial de la Cour de justice à opérer un contrôle poussé du respect du principe de subsidiarité. Si l'on ne se trouve pas, comme lors de l'introduction de l'art.72§2 LF, dans le cadre d'une pression extérieure faisant face à une résistance politique intérieure forte, les mêmes craintes d'une atteinte à l'unité fédérale peuvent être constatées.

Avant de voir les difficultés d'un contrôle effectif par la Cour de justice (b), il convient de se pencher sur les voies de recours ouvertes pour soulever la violation du principe de subsidiarité (a).

---

<sup>995</sup> En ce sens : SCHWANENGEL (W.), *Die Malaise...* (*op.cit.* note 42), p.556.

<sup>996</sup> Déclaration qui fut introduite au protocole de la 11<sup>e</sup> séance du 15 octobre 1992 : "*Car deux membres de la commission [ç] ont indiqué que quoique nous fassions la Cour constitutionnelle pourrait toujours le faire disparaître d'un trait de plume, je tiens beaucoup que la commission [...] recommande l'adoption des modifications de la Loi fondamentale parce qu'elle prétend changer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle édiflée dans les années 50*" (cité par la Cour constitutionnelle dans BVerfGE 106, 62 *Altenpflegegesetz* (pt.299).

<sup>997</sup> NEUMEYER (C.), *Der Weg...* (*op.cit.* note 31), p.166.

<sup>998</sup> BVerfG 39, 96 (2<sup>e</sup> sénat 4 mars 1975 *Städtebauförderungsgesetz*) (114 et s. ; pt.43). NEUMEYER (C.), *Ibid.*, pp.160-161. L'auteur fait ici référence aux membres visés par la déclaration susmentionnée de la commission du 15 octobre 1992.

<sup>999</sup> *Ibid.*, p.162. Il relève dans un autre passage que l'objet des critiques était le troisième but, celui-là même qui avait fait l'objet de tant de combat de la part des auteurs de la Constitution (*Ibid.*, p.123). Cf. *supra* §1 A. 2).

### a) Comment soulever la question de la subsidiarité devant la Cour ?

**821.** Le Parlement européen avait insisté sur la nécessité de créer une procédure spéciale pour contrôler son respect<sup>1000</sup>. La procédure, fortement inspirée de l'art.228 CEE (300 CE; 218 TFUE), prévoyait dans un art.172 A une procédure d'avis à l'instar de celle pour les actes internationaux avec, en cas d'avis négatif, nécessité de révision des traités pour l'adopter<sup>1001</sup>. Une telle procédure aurait, comme le relève Akots Toth, présenté l'avantage de limiter les risques d'annulation d'une législation après son entrée en vigueur, sans toutefois l'éliminer puisque l'avis n'empêchait pas un recours ultérieur. Cette proposition n'a pas été reprise pour les mêmes raisons d'augmentation de la durée de la procédure législative qui avaient conduit à rejeter le même type de procédure dans le cadre allemand.

**822.** Il est uniquement possible de soulever la violation du principe de subsidiarité dans le cadre des procédures ordinaires. Un Etat membre désireux de conserver une question dans son champ de compétence, mais mis en minorité au Conseil, peut ainsi saisir la Cour de justice d'un recours en annulation contre un acte législatif européen en arguant de l'atteinte audit principe.

Relativement au renvoi préjudiciel, la question peut apparaître plus complexe au premier abord. Les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg indiquent en effet que le principe de subsidiarité "*ne saurait être considéré comme ayant un effet direct*"<sup>1002</sup>. Aussi, Josse Mertens de Wilmar écrit que ce principe ne confère pas "*aux particuliers des droits individuels subjectifs autres que procéduraux*"<sup>1003</sup>. La Cour de justice l'a confirmé dans un arrêt *Vreugdenhil* de 1992 en énonçant que "*le système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la Communauté a pour but d'assurer le respect de l'équilibre institutionnel prévu par le traité et non pas la protection des particuliers*"<sup>1004</sup>. Elle l'a réaffirmé dans un arrêt *Artegodan* de 2012<sup>1005</sup> rendu sur pourvoi contre un arrêt du Tribunal de 2010 dans lequel celui-ci avait expressément indiqué que le principe de subsidiarité ne conférait pas de droits aux particuliers<sup>1006</sup>. L'absence d'effet direct n'est toutefois pas une condition nécessaire pour mettre en cause la validité d'un acte de l'UE devant un juge national ou pour permettre une interprétation de l'art.5§3 TFUE par la CJUE<sup>1007</sup>, et nous verrons d'ailleurs dans la suite des développements de questions préjudicielles concernant ce principe.

L'hypothèse inverse d'un recours visant à faire intervenir l'UE, par le biais d'un recours en carence, a été envisagée par une partie de la doctrine<sup>1008</sup>, même si ce recours est d'usage peu fréquent en raison de la difficulté à apporter la preuve de l'obligation d'agir de l'UE. Le raisonnement suivi est que "*si cette règle traduit la limitation des compétences des compétences dévolues à la Communauté, elle contient aussi une obligation d'agir*"<sup>1009</sup>. En effet, "*l'alinéa [étant] rédigé sous forme positive - « la Communauté agit (...) » [...] il autorise[rait] une*

<sup>1000</sup> Résolution du 21 novembre 1990, pt. B.2 n°8 (citée par TOTH (A.), *Is subsidiarity...*(*op.cit.* note 76), p.274).

<sup>1001</sup> Pour une proposition de procédure équivalente, voir JACQUE (J.-P.), WEILER (J.), *On the Road...*(*op.cit.* note 629), pp.199-201.

<sup>1002</sup> Conclusions du Conseil européen d'Edimbourg, annexe I partie A I 4. 5e tiret.

<sup>1003</sup> MERTENS DE WILMARS (J.), *Du bon...*(*op.cit.* note 651), p.200.

<sup>1004</sup> CJCE, 13 mars 1992, *Vreugdenhil*, Aff.C-282/90, *Rec.*1992 p. I-1937, pt.20.

<sup>1005</sup> CJUE, 19 avril 2012, *Artegodan*, aff.C-221/10 P, pt.81.

<sup>1006</sup> Tribunal, 3 mars 2010, *Artegodan*, Aff. T-429/05, *Rec.*2010 p.II-491, pt.75 : "*le fait que le principe d'attribution des compétences, consacré à l'art.5 CE, ainsi que le principe de subsidiarité revêtent une importance particulière [...] ne signifie pas qu'[ils] puissent être considéré[s] comme des règles ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers, au sens de la jurisprudence*".

<sup>1007</sup> Voir notamment en ce sens : TOTH (A.), *Is subsidiarity...*(*op.cit.* note 76), pp.278-279.

<sup>1008</sup> Akos TOTH y ajoute le cas du recours en annulation contre un refus du Conseil considéré comme une décision, (*Ibid.*, p.276).

<sup>1009</sup> Voir : MEGRET (J.) (éd.), *Le droit...*(*op.cit.* note 728), p.429. Dans le même sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.62 ; TOTH (A.), *Ibid.*, p.276.



lecture selon laquelle elle doit agir, non seulement dans les limites, mais aussi conformément aux objectifs qui lui sont assignés, en vue de les mettre en œuvre". Ce dernier argument ne peut toutefois plus être repris depuis la modification de la formulation du principe apportée par le Traité de Lisbonne, et cette hypothèse de recours semble devoir rester une simple construction dans l'esprit des juristes.

## b) Un contrôle de la Cour de justice initialement restreint

**823.** Au départ, les démonstrations de la Cour ressemblaient plus à un paralogisme qu'à un vrai syllogisme puisqu'elle se contentait de citer des passages des textes en guise de motivation pour le respect du principe de subsidiarité<sup>1010</sup>. L'arrêt *RU c/ Conseil* de 1996<sup>1011</sup> donne une première illustration de cette étude très succincte. Le RU estimait que le législateur européen n'avait pas fait une démonstration suffisante du respect du principe de subsidiarité<sup>1012</sup>, tout en indiquant ne pas invoquer la violation dudit principe<sup>1013</sup>. La Cour répond qu'elle a déjà répondu à la question de la nécessité d'action de l'Union européenne<sup>1014</sup>. Or, audit passage, elle se contente d'indiquer que "le Conseil a constaté la nécessité d'améliorer le niveau existant de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et d'harmoniser"<sup>1015</sup>. L'étude opérée pour le choix de la base juridique n'avait en effet pas conduit la Cour à procéder à une étude de cette nécessité, mais simplement à regarder la mesure pour trouver si son objet était social ou relatif au bon fonctionnement du marché intérieur<sup>1016</sup>. Ainsi, l'annulation de l'art.5 de la directive qui concernait le repos hebdomadaire du dimanche s'explique par l'absence de rattachement au but de santé et sécurité des travailleurs et non l'absence de nécessité d'intervention du niveau communautaire. Il convient à cet égard de souligner la différence avec le contrôle approfondi opéré au regard du principe de proportionnalité<sup>1017</sup>.

Dans un arrêt *garantie des dépôts* de 1997<sup>1018</sup>, la Cour semble aller plus loin en étudiant la subsidiarité au regard de trois points de vue, la dimension, l'effet, et la suffisance, suivant les trois lignes directrices données dans le protocole n°7 d'Amsterdam. Mais elle se contente en réalité de citer les passages pertinents du préambule, sans démontrer la validité de ces affirmations<sup>1019</sup>. Or, l'Allemagne rappelait que "les institutions communautaires d[é]vaient préciser de manière détaillée les raisons pour lesquelles la Communauté [était] seule habilitée à agir dans le domaine en cause, à l'exclusion des États membres", et elle estimait que la directive ne justifiait pas le respect des deux critères du principe de subsidiarité<sup>1020</sup>. Il est en outre à noter que la Cour juge la motivation du texte faisant l'objet du recours en annulation suffisante au regard du principe de subsidiarité, et n'exige pas *a fortiori* de renforcement de la motivation à cet égard des futures propositions législatives. Or, l'avocat général Léger avait au contraire dans ses conclusions indiqué qu' "il n'appara[ssait] pas excessif [...] d'attendre [des]

<sup>1010</sup> En ce sens, Claude BLUMANN remarque qu'elle se bornait à rechercher si "la motivation au titre du principe de subsidiarité était suffisante, le contrôle demeurant purement formel" (*Démocratie...* (op. cit. note 616), p.148).

<sup>1011</sup> CJCE 12 novembre 1996, *RU c/Conseil*, aff. C-84/94, Rec.1996 p.I-5755.

<sup>1012</sup> *Ibid.*, pt.46.

<sup>1013</sup> On notera que l'on retrouve fréquemment l'argumentation du problème de motivation même si l'atteinte au principe lui-même n'est pas invoquée. Voir : CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, dit "garantie des dépôts", aff.C-233/94, Rec.1997 p. I-2405. Voir également certains avis motivés rendus par les parlements nationaux dans le cadre de la procédure d'alerte précoce.

<sup>1014</sup> Aff.C-84/94, *RU c/Conseil*, pt.55.

<sup>1015</sup> *Ibid.*, pt.47.

<sup>1016</sup> *Ibid.*, pts.37.

<sup>1017</sup> *Ibid.*, pts.57 à 67.

<sup>1018</sup> Aff.C-233/94, *garantie des dépôts*.

<sup>1019</sup> *Ibid.*, pts.26-27.

<sup>1020</sup> *Ibid.*, pt.23.



*institutions qu'à l'avenir elles motivent de manière systématique leurs décisions au regard du principe de subsidiarité", et appelait à ce que "chacun des actes adoptés par la Communauté [comporte] implicitement ou explicitement, mais de façon claire, une justification sur le fondement de l'intervention de l'autorité compétente, même s'il ne s'agi[ssait] que de dire, le cas échéant, qu'il n'y a[vait] pas lieu de faire jouer la subsidiarité"*<sup>1021</sup>. Comme le soulignait Ulrich Everling dans un commentaire de la même année, cette absence d'exigence par la Cour de fondement expresse était discutable car la marge de manœuvre laissée au législateur au fond étant déjà large, les règles formelles de motivation étaient particulièrement importantes<sup>1022</sup>. L'auteur conclut ainsi que même si une annulation pour ce simple fait pouvait apparaître disproportionnée, la Cour aurait dû exiger une motivation.

**824.** Guy Braibant relevait une contradiction dans les conclusions du groupe I subsidiarité de la Convention sur l'Avenir de l'Europe qui évoquait le principe comme "*de nature essentiellement politique, dont la mise en œuvre comporte une marge d'appréciation importante pour les Institutions*", et appelait à un "*contrôle de son respect [...] de nature essentiellement politique*", tout en confirmant la possibilité de contrôle juridictionnel *a posteriori*<sup>1023</sup>. Cette contradiction apparente peut cependant être levée en soulignant qu'il s'agit essentiellement de contrôler la rigueur de la motivation, de poser un cadre strict à l'étude d'impact,...<sup>1024</sup>

## **B. L'évolution vers un contrôle juridictionnel renforcé**

**825.** Une étude de l'évolution du contexte allemand, tant cité lorsqu'il s'agissait de soutenir les arguments de l'impossibilité d'un contrôle juridictionnel en raison du caractère politique du principe de subsidiarité, se révèle très instructive du point de vue des possibilités d'effectivité par le biais d'un contrôle renforcé des exigences de motivations du législateur fédéral. Le caractère inéluctablement restreint du contrôle juridictionnel de la clause de l'art.72§2 LF a été contredit par différents auteurs qui ont fait des propositions de cadre de motivation à imposer au législateur fédéral afin de rendre ce contrôle effectif (1). La Cour constitutionnelle leur a donné raison en opérant un important revirement de jurisprudence en 2002 qui reprend en grande partie le contenu de ces propositions (2). Dans l'Union européenne, la jurisprudence de la Cour de justice connaît une évolution comparable depuis le début des années 2000, même si elle est plus progressive qu'en Allemagne (3).

### ***1) La possibilité d'un contrôle juridictionnel renforcé***

#### **a) La réponse à l'argument politique**

**826.** Il peut tout d'abord être rétorqué à l'argumentation du respect du législateur fédéral qu'un contrôle juridictionnel strict se justifie à l'égard d'un dépassement du cadre de ses compétences qui se ferait au détriment du législateur fédéré, à l'instar de ce que nous avons indiqué pour la perspective du contrôle du recours à la clause de commerce américaine et aux bases juridiques d'harmonisation.

---

<sup>1021</sup> Conclusions dans l'affaire C-233/94, pts.89-90. On a déjà indiqué qu'il estimait que la subsidiarité n'était pas applicable dans l'espèce, considérant le caractère exclusif de la compétence posée par la base juridique utilisée.

<sup>1022</sup> EVERLING (U.), *Einlagensicherung...*(*op.cit.* note 365), pp.412-413.

<sup>1023</sup> Rapport final du groupe I subsidiarité, Conv 286/02, p.2. BRAIBANT (G.), in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution...*(*op.cit.* note 616), p.154

<sup>1024</sup> En ce sens déjà : CONSTANTINESCO (V.), *Subsidiarität : zentrales Verfassungsprinzip für die Politische Union, Integration*, 1990, vol.13 n°4, p.173. Voir aussi CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.185 qui indique qu' "*un principe de subsidiarité efficace suppose donc déjà le passage d'une définition procédurales et téléologique des compétences communautaires à une définition matérielle*".

Markus Kenntner déduit en outre une justiciabilité de l'art.72§2 LF de la différence d'esprit de la Loi fondamentale par rapport à la Constitution de Weimar. Tout d'abord, le constituant de 1949 a choisi de soumettre au contrôle juridictionnel les actes législatifs par le biais de l'art.93§1 n°2, ce qui faisait débat sous Weimar. Ensuite, aucune compétence de règlement des litiges entre organes impériaux n'était reconnue à la Cour étatique, ces derniers étant considérés comme hautement politiques, alors que la Loi fondamentale le prévoit en son art.93§1 n°1<sup>1025</sup>. Jörn Ipsen indique dans le même sens que la nécessité de règles fédérales est une question de droit constitutionnel, et non une question exclusivement politique, puisqu'il a été donné compétence à la Cour constitutionnelle pour trancher les litiges en la matière<sup>1026</sup>. La Cour constitutionnelle elle-même a affirmé qu'il "*gît dans la nature de l'objet de la décision que les décisions sur la constitutionnalité aient des effets politiques*" et que le pouvoir constituant a pris "*la décision politique fondamentale de soumettre l'exercice de la puissance publique à un ordre juridique et de faire trancher les tribunaux la question de son respect*"<sup>1027</sup>. Ainsi, la procédure de contrôle des normes forme l'occasion de discussions politiques qui sont même un élément essentiel de l'activité de la Cour constitutionnelle<sup>1028</sup>.

Certains auteurs ont par ailleurs, à juste titre, fait remarquer dans la perspective de l'art.72§2 LF que le fait que des éléments relèvent de la planification ne les soustrait pas au contrôle du juge même si une marge de manœuvre du législateur doit demeurer<sup>1029</sup>. Le caractère indéterminé des éléments constitutifs de la possibilité d'intervention de l'Etat fédéral ne doit en effet pas être interprété comme laissant une marge de manœuvre au législateur, le juge peut interpréter les normes obscures et assurer leur effectivité<sup>1030</sup>. Si la critique d'un dépassement de ses compétences par la Cour peut être avancée avec raison dans d'autres domaines, tel ne serait pas le cas d'un contrôle intensifié en l'espèce<sup>1031</sup>.

Nous évoquerons enfin un extrait du rapport de 1976 de la commission de révision constitutionnelle déjà cité dans lequel celle-ci affirme que rien n'empêche la Cour constitutionnelle de se prononcer en raison du caractère politique de la décision de besoin puisque d'autres de ses compétences l'amènent à se prononcer sur des questions politiques<sup>1032</sup>. Elle ne suit en effet pas la doctrine de la "political question" développée par la Cour suprême des Etats-Unis pour refuser certaines questions<sup>1033</sup>. La position de la Cour au regard de l'art.72§2 LF était d'autant plus critiquable qu'elle n'a pas cette même retenue dans d'autres cas où elle voit les relations politiques comme entièrement soumises au droit<sup>1034</sup>. Le paradoxe pouvait être souligné d'une Cour exigeant du niveau européen ce qu'elle ne s'applique pas, à savoir un contrôle strict du principe de subsidiarité dans sa décision Maastricht<sup>1035</sup>.

<sup>1025</sup> KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), pp.126-128.

<sup>1026</sup> IPSEN (J.), *Staatsrecht I*, 2<sup>e</sup> éd., Neuwied, 1995, p.152. Dans le même sens : KENNTNER (M.), *Ibid.*, p.168

<sup>1027</sup> BVerfGE 68, 1 (78) Atomwaffenstationierung (2<sup>e</sup> Sénat 18 décembre 1984) : (pt.123)

<sup>1028</sup> En ce sens : KLEIN (F.), *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, 1966, Aschendorff, Münster, p. 7; SCHENKE (W.-R.), *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, NJW, 1979, p.1322.

<sup>1029</sup> Cf. : ACHTERBERG (N.), *Die Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung* (art.72 Abs.2 GG), DVBl, 1967, p.220

<sup>1030</sup> Souligné par : MAUNZ (T.), Art. 72, in : MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 1996, pts. 18 et s.

<sup>1031</sup> En ce sens : KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), p.169.

<sup>1032</sup> Schlußbericht...(*op.cit.* note 103), BT-Drs.7/5924, p.129.

<sup>1033</sup> Souligné notamment par : STERN (K.), *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Opladen, 1980, p.32.

<sup>1034</sup> En ce sens : BOTHE (M.), Art. 72, in : WASSERMANN (R.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Neuwied, 1989, pt. 12, pp.213 et s.

<sup>1035</sup> Voir en ce sens notamment : HIRSCH (G.), *Le principe...*(*op.cit.* note 782), p.53.

## b) L'appel à se fonder sur le contrôle opéré dans le cadre de la proportionnalité

**827.** Reprenant une proposition faite lors des discussions préparatoires de la Loi fondamentale afin de faciliter le contrôle juridictionnel, Harmut Krüger proposait de faire une différenciation selon les matières, suivant un système de présomption graduelle, certaines matières nécessitant absolument une unification, alors que pour d'autres cela s'avèrerait seulement utile, ...<sup>1036</sup>. La modification de la formulation de l'art.72§2 LF va susciter à nouveaux de nombreuses réflexions afin de renforcer son contrôle juridictionnel. Plusieurs auteurs ont notamment affirmé que la nouvelle formulation permettait à la Cour de s'appuyer sur le modèle du contrôle de la proportionnalité<sup>1037</sup>.

**828.** Nous nous focaliserons ici sur les propositions d'un auteur, Christian Callies, qui comme le verra, ont été en grande parties reprises par la Cour constitutionnelle. Ce dernier proposait une réorientation du contrôle renforçant la marge d'action des Länder en alignant le contrôle sur celui du contrôle de proportionnalité utilisé en matière de droits fondamentaux<sup>1038</sup>. Il se fondait sur le fait que dans plusieurs jugements le concernant<sup>1039</sup>, la Cour constitutionnelle avait effectué "*un contrôle poussé du pronostique législatif*" et l'avait même "*remplacé par son propre contre-pronostique juridique*". La Cour souligne ainsi dans un arrêt de 1979 que si l'incertitude sur les effets d'une loi ne peut exclure la compétence du législateur, elle ne peut, inversement, suffire à fonder une marge du législateur excluant tout contrôle de constitutionnalité. Puis elle présente la gamme d'intensité de contrôle, fonction des cas en présence, qui va du contrôle de l'erreur manifeste jusqu'à un contrôle intensif du contenu, en passant par le contrôle du caractère raisonnable ("*Vertretbarkeit*"), et cite pour chaque type de contrôle des affaires pour l'illustrer<sup>1040</sup>. Christian Callies propose un schéma de contrôle<sup>1041</sup>. Une prérogative d'estimation est laissée au législateur, mais cela ne signifie pas une totale liberté. L'incertitude quant aux effets d'une loi peut en effet selon lui être levée avec des données empiriques et le suivi de principes expérimentaux. Le pronostique du législateur doit reposer sur des données utilisées d'une façon sérieuse constituant des limites matérielles. Plus précisément, sont tout d'abord contrôlés selon ce schéma les objectifs du pronostique au regard des articles 70 et s., le choix de la méthode du pronostique. Ensuite, le sont le respect de la procédure posé, l'existence d'erreurs. Enfin, sont étudiés les faits, les éléments sur lesquels se fonde le pronostique, leur précision et la prise en considération d'éléments extérieurs à la question dans le pronostique. Le législateur doit par ailleurs respecter une limite extérieure, formelle : justifier

<sup>1036</sup> KRÜGER (H.), Zur Bedeutung des Art.72 Abs.2 GG für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1984, p.549.

<sup>1037</sup> En ce sens notamment : MÜLLER (M.), *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern*, 1996, pp.60 et s.; SCHMEHL (A.), Die erneuerte Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG, *DÖV*, 1996, p.726.

<sup>1038</sup> CALLIES (C.), Die Justitiabilität...(*op.cit.* note 564), pp.896-897. Repris dans : ID., *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.184 et s.

<sup>1039</sup> Cf. BVerfGE 11, 30 (1<sup>er</sup> Sénat 23 mars 1960 *Kassenartzurteil*) (pp.45 et s.; pt.39) : dans cet arrêt, la Cour rejette l'argumentation du gouvernement en avançant qu'elle ne pouvait pas se convaincre que "*[l]es dangers existaient dans la proportion crainte*", puis elle fait référence aux chiffres donnés par des études d'expert pour réfuter son argumentation. On La liberté de choix et d'exercice d'une profession (art.12 LF) était ici en jeu. Voir aussi BVerfGE 7, 377 (1<sup>er</sup> Sénat 11 juin 1958 *Apothekenurteil*) (pp.412 et s. ; pts.141 et s.) : le même art.12 LF était en jeu ; BVerfGE 39, 1 (1<sup>er</sup> Sénat 28 février 1975 *Schwangerschaftsabbruch*) (pp.52 et s.) : l'art.2§1 (droit au libre épanouissement de sa personnalité) et l'art.1§1 LF (dignité humaine) étaient en jeu.

<sup>1040</sup> BVerfGE 50, 290 (1<sup>er</sup> Sénat 1<sup>er</sup> mars 1979 *Mitbestimmung*) (pp.336 et s. ; pt.131). Elle cite notamment pour illustrer le contrôle intensif les trois arrêts cités dans la note précédente.

<sup>1041</sup> Christian CALLIES (Die Justitiabilität...(*op.cit.* note 564), pp.898-899) indique s'être fondé sur la pensée de Peter Tettinger (*Überlegungen zu einem administrativen Prognosespielraum, DVBl*, 1982, p. 421) en lien avec celle de Rüdiger Breuer (*Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat*, 1977, n°16, pp.39 et s.) pour le construire.

la base juridique fondant sa marge de manœuvre.

Un problème demeurait cependant, celui de l'applicabilité du principe de proportionnalité à la régulation de l'exercice des compétences concurrentes. La commission de révision constitutionnelle prévoyait dans son rapport 1976 un contrôle de proportionnalité dans l'action de l'Etat fédéral par un nouveau §3 à l'art.72 LF<sup>1042</sup>, mais cette proposition n'ayant pas été reprise, la question de l'applicabilité de la proportionnalité à la répartition de l'exercice des compétences internes à l'Etat allemand restait en suspens. Dans certaines décisions, la Cour constitutionnelle avait certes imposé au législateur ce principe dans le cadre du droit de l'organisation de l'Etat<sup>1043</sup>. Dans un arrêt de 1968, elle affirme ainsi qu'il s'agit d'une "*règle directrice s'imposant à toutes les actions de l'Etat, découlant du principe d'Etat de droit et ayant pour cette raison rang constitutionnel*"<sup>1044</sup>. Mais dans d'autres arrêts elle a semblé vouloir restreindre son application aux rapports entre citoyens et Etat. Ainsi dans une décision de 1990, la Cour considère que "*les limites pour l'intervention de l'Etat dans le cercle des droits des individus déduites du principe d'Etat de droit ne sont pas applicables à la question de la répartition des compétences entre Länder et Etat fédéral*"<sup>1045</sup>. Elle poursuit en précisant que "*cela vaut particulièrement pour le principe de proportionnalité qui a pour fonction de défendre la sphère des droits et libertés individuels*". De même, dans une décision de 1984, elle estime qu' "*un moyen moins contraignant est envisageable là où l'Etat intervient dans la sphère juridique des individus, mais pas lors de l'application du système de compétences et de répartition entre Bund et Länder où il s'agit de tracés de frontières établies et univoques*"<sup>1046</sup>.

Dans la doctrine, la question était débattue. Klaus Stern écrivait ainsi en 1994 que le principe de proportionnalité était un étalon de contrôle pour l'ensemble des actions de l'Etat<sup>1047</sup>. Visant la décision Maastricht de Karlsruhe, Markus Kenntner remarquait dans le même sens qu' "*il serait contradictoire d'exiger de la Cour de justice des Communautés un comportement qu'elle tient elle-même pour impossible ou qu'elle ne compte dans tous les cas pas pratiquer*"<sup>1048</sup>. A contrario Christoph Neumeyer considérait que l'obligation de vérifier la proportionnalité de l'intervention ne s'appliquait qu'aux domaines des droits fondamentaux<sup>1049</sup>.

## **2) L'évolution de la jurisprudence allemande vers un contrôle strict de l'art. 72§2 LF**

**829.** La décision du 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz* tranche le conflit en posant un cadre strict de justification à l'intervention du législateur fédérale dans le cadre des compétences concurrentes (a), cadre qui a été confirmé par la jurisprudence ultérieure (b).

### **a) Le revirement de jurisprudence de la décision "Altenpflegegesetz"**

**830.** Dans l'espèce, un recours du gouvernement du Land de Bavière avait été initié à l'encontre d'une loi sur les professions dans le domaine des soins aux personnes âgées pour incompétence de l'Etat fédéral. Le recours présentait un double fondement sur l'art.93§1 n°2 LF, base générale

<sup>1042</sup> Projet d'art.72§3 LF: "*Les lois fédérales sont à limiter aux réglementations qui sont nécessaires pour atteindre les buts indiqués; le reste est à laisser au législateur du Land*".

<sup>1043</sup> Cf. : BVerfGE 26, 228 (2<sup>e</sup> sénat 24 juin 1969 *Sorsum*) (p.241) pt.51; BVerfGE 56, 298 (2<sup>e</sup> sénat 7 octobre 1980 *Flugplatz Memmingen*) (p.313) (pt.29) ; BVerfGE 76, 107 (2<sup>e</sup> Sénat 23 juin 1987 *Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen*) (pts.9, 40-41, 45, 52).

<sup>1044</sup> BVerfGE 23, 127 (1<sup>er</sup> Sénat du 5 mars 1968 *Zeugen Jehovas*) (p.133) (pt.19).

<sup>1045</sup> BVerfGE 81, 310 (2<sup>e</sup> sénat 22 mai 1990 *Kalkar II*) (p.338) (pt.105) .

<sup>1046</sup> BVerfGE 67, 256 (2<sup>e</sup> sénat 6 novembre 1984 *Investitionshilfegesetz*) (p.289) (pt.94).

<sup>1047</sup> STERN (K.), *Das Staatsrecht...*(*op.cit.* note 36), Bd. III/2, 1994, p.765.

<sup>1048</sup> BVerfGE 89, 155 *Maastricht* (p.212) (pt.162), KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), p.56 et répété p.163. Dans le même sens : CALLIES (C.), *Die Justitiabilität...*(*op.cit.* note 564), p.896.

<sup>1049</sup> NEUMEYER (C.), *Der Weg...*(*op.cit.* note 31), p.127 et p.160.



du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, et sur l'art.93§1 n°2a LF, la procédure spéciale de vérification du respect des conditions de l'art.72§2 LF qui a été introduite en 1994.

La Cour indique tout d'abord qu' *"il est attribué à l'art.72 LF une signification particulière dans le cadre de la balance entre Etat fédéral et Länder en tant que règle de répartition des compétences dans le domaine législatif"*<sup>1050</sup>. Même si, comme le souligne Christian Callies, la formulation est ici erronée puisque l'article porte sur la répartition de l'exercice des compétences concurrentes et non la répartition des compétences<sup>1051</sup>, elle emploie bien dans la suite de la décision la bonne expression<sup>1052</sup>. Il est ensuite intéressant de noter qu'elle reconnaît n'avoir pas eu jusqu'alors un rôle de limitation des compétences fédérales, et même d'être *"au contraire devenue un « moteur de l'unification » (vereintlichung)"*<sup>1053</sup>. La Cour souligne que la révision de la Constitution de 1994 a eu pour but de *"renforcer la position des Länder et assurer en même temps un contrôle constitutionnel effectif"* par le biais de la nouvelle procédure prévue à l'art.93§1 2a LF, et elle y voit *"une claire instruction du législateur constitutionnel à [...] [son égard] de modifier sa jurisprudence antérieure"*<sup>1054</sup> à laquelle elle indique se plier. La Cour affirme clairement qu'il *"n'existe pas au regard des conditions de l'art.72§2 LF de marge de manœuvre pour le législateur soustraite à tout contrôle du juge constitutionnel"* et que l'ancienne formulation de l'art.72§2 et la jurisprudence qui en découlaient ne sont pas pertinentes pour interpréter la disposition modifiée<sup>1055</sup>.

Elle tire ensuite les conséquences de la modification de la formulation des buts formulés à l'art.72§2 LF. Elle énonce ainsi que le remplacement de l'expression *"la réalisation d'une unité des conditions de vie"* par *"la réalisation de conditions de vie équivalentes"* entraîne l'impossibilité d'y recourir dans le cas d'une législation visant simplement une amélioration des conditions de vie<sup>1056</sup>. Elle déduit en effet d'une lecture systémique avec l'art.91 a§1 LF, qui pose comme condition à la coopération fédérale dans le cadre de l'accomplissement de missions des Länder que cela soit *"nécessaire à l'amélioration des conditions de vie"*, que le législateur constitutionnel aurait utilisé la même formulation à l'art.72§2 LF s'il avait voulu lui donner la même signification. Elle poursuit que l'interprétation est inspirée par la volonté du législateur constitutionnel de limitation de l'encadrement des compétences fédérales visé et conclut que ce but ne peut servir de justification à la nécessité d'intervention fédérale que *"si les conditions de vie dans les Länder de la République fédérale évoluent de façon profondément divergentes, et de telle façon qu'elles portent atteinte à la structure sociale de l'Etat fédéral, ou qu'une telle évolution se profile concrètement"*<sup>1057</sup>. Après avoir rappelé que la diversité législative est une conséquence nécessaire de la construction fédérale, elle estime ensuite que le but de sauvegarde de l'unité juridique ne peut servir de justification que quand on se trouve en présence d' *"une fragmentation juridique"* qui ne permet plus une *"communauté de droit opérationnelle"*<sup>1058</sup>. Concernant la sauvegarde de l'unité économique, elle estime que ce but va plus loin que celui

<sup>1050</sup> *Ibid.*, pt.287.

<sup>1051</sup> CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.190. Nous rappelons en effet qu'outre le §2 de l'art.72 LF visant la clause de nécessité, le §1 vise l'effet de préemption, et le§3 la possibilité d'une loi constatant l'absence de nécessité, les trois alinéas visent bien l'exercice des compétences partagées.

<sup>1052</sup> BVerfGE 106, 62 (pt.288).

<sup>1053</sup> *Ibid.*, pt.291 renvoyant à une citation de : STERN (K.), *Das Staatsrecht...*(*op.cit.* note 36), *Bd. II*, 1980, p.597.

<sup>1054</sup> BVerfGE 106, 62 (pt.292).

<sup>1055</sup> *Ibid.*, pts.289-290. Voit aussi le point 311 où elle souligne ici aussi déduire cette absence de marge de manœuvre du législateur fédéral pour l'interprétation de l'art.72§2 LF de la volonté du législateur constitutionnel.

<sup>1056</sup> *Ibid.*, pt.320.

<sup>1057</sup> *Ibid.*, pt.321.

<sup>1058</sup> *Ibid.*, pt.324.



visant l'unité juridique, puisqu'il vise le cas où "*les différences entre les législations des Länder peuvent entraîner des limitations ou des entraves à la circulation économique sur le territoire fédéral et en particulier mettre à mal la répartition des potentialités économiques (personnelle et matérielle)*"<sup>1059</sup>. Il est, encore une fois, à noter la proximité avec les bases juridiques d'harmonisation visant à faciliter l'exercice des libertés de circulation au niveau européen, et qu'il s'agit du fondement qui a été le plus utilisé en Allemagne pour justifier l'intervention du législateur fédéral<sup>1060</sup>. En l'espèce, la réglementation concernant les emplois d'infirmiers pour personnes âgées pouvait uniquement être rattachée à ce dernier but, sur la base des différences concernant les conditions de formations ou d'admission entre les Länder<sup>1061</sup>. Il importe toutefois peu que le but premier ne soit pas la préservation de l'unité économique, qu'il s'agisse seulement de façon accessoire d'améliorer le niveau de formation<sup>1062</sup>, à la différence de la jurisprudence de la Cour de justice précitée qui exige que l'objectif principal soit d'améliorer le bon fonctionnement du marché intérieur ou de faciliter les libertés de circulation.

La Cour interprète par ailleurs le critère de nécessité dans le contexte de concepts qui, malgré l'interprétation proposée, restent comme elle le souligne imprécis. Elle qualifie le contrôle opéré de plus intense que celui du "*caractère raisonnable de l'appréciation*" (Vertretbarkeitskontrolle) et, si elle concède qu'une certaine incertitude des développements futurs demeure, elle pose un cadre de démonstration extrêmement strict au législateur fédéral. Puis elle distingue deux stades dans ce contrôle : celui de l'admissibilité de la loi fédérale au regard des buts posés à l'art.72§2, et celui que l'on peut qualifier d'établissement de la proportionnalité de l'intervention même si la Cour n'emploie pas le terme même de proportionnalité<sup>1063</sup>. La question de l'applicabilité du principe de proportionnalité à l'exercice des compétences concurrentes semble donc tranchée, même si la Cour n'y fait pas explicitement référence. En ce sens, Christoph Degenhart note que le contrôle opéré par rapport à la clause de nécessité transpose celui effectué au regard du principe de proportionnalité, plus exactement ses deux premiers stades que sont le caractère approprié et la nécessité de l'empiètement du niveau fédéral, car le troisième stade, le contrôle de proportionnalité au sens strict (*Angemessenheit*) qui consiste en une balance des intérêts en présence, ne constitue pas ici un critère d'examen propre<sup>1064</sup>.

Concernant le cadre général de démonstration de la nécessité d'intervention du législateur fédéral, la Cour le résume comme suit<sup>1065</sup>. La prévision doit tout d'abord reposer sur des "*suppositions de faits qui ont été établies avec soin ou qui peuvent être confirmées dans le*

---

<sup>1059</sup> *Ibid.*, pt.327.

<sup>1060</sup> Voir en ce sens Marc LECHLEITNER qui compare le but de préservation de l'unité économique visé art.72§2 LF avec l'art.14§2 CE (Die Erforderlichkeitsklausel des Art.72 Abs.2 GG, *Jura*, 2004, Heft 11, p.749).

<sup>1061</sup> BVerfGE 106, 62 (pt.330). La Cour estime qu' "*elles peuvent avoir pour effet une agglomération ou une diminution de la relève dans certaines régions, [et qu']elle peuvent porter atteinte au niveau de formation et ainsi être à l'origine de détériorations considérables des chances de la relève et de la situation des emplois dans l'ensemble de l'Etat* ". Voir aussi : *Ibid.*, pt.362. Les autres buts qui étaient évoqués par le législateur fédéral sont écartés par la Cour aux pts.349-358.

<sup>1062</sup> Souligné par : LECHLEITNER (M.), Die Erforderlichkeitsklausel...(*op.cit.* note 1060), p.749.

<sup>1063</sup> BVerfGE 106, 62 (pt.336) La Cour emploie en effet l'expression "*si... nécessaire*" (wenn erforderlich) pour désigner le 1<sup>er</sup> stade et celle de "*nécessaire... dans cette mesure*" (soweit erforderlich) pour le 2<sup>nd</sup> qui correspondent aux stades de la subsidiarité et de la proportionnalité si l'on fait le parallèle avec l'art.5 TUE. Au soutien de cette interprétation on citera aussi le pt.337 dans lequel la Cour déduit de l'adjectif "nécessaire" l'obligation d'une atteinte la plus faible possible aux compétences des Länder.

<sup>1064</sup> DEGENHART (C.), artikel 72 GG (*op.cit.* note 40), p.1454. Dans le même sens sur ces deux points : KENNTNER (M.), *Justitiabler...*(*op.cit.* note 8), p.50 ; CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.193 ; PECHSTEIN (M.), WEBER (A.) Gesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz, *JURA*, 2003, p.85.

<sup>1065</sup> BVerfGE 106, 62 (pt.347). Elle renvoie à sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux BVerfGE 88, 203 (p.262) *Schwangerschaftsabbruch II*). Ce cadre est, comme nous l'avons déjà indiqué, très proche de celui proposé par Christian Callies.



*cadre d'un contrôle juridique*". Elle doit ensuite se fonder "*sur une procédure appropriée*" qui devra "*être suivie de façon conséquente*". Enfin, l'estimation prévisionnelle, qui doit notamment inclure l'évolution de la situation si le législateur n'intervenait pas, doit être présentée avec une "*clarté suffisante*", "*aucune considération sans rapport ne d[evant] être intégrée dans la prévision*". Si la Cour concède la possibilité d'erreurs de prévision, elle ne laisse pas de marge au législateur là où des incertitudes peuvent être levées par des données concrètes fiables, d'où le contrôle de l'omission d'éléments pertinents<sup>1066</sup>. Dans l'espèce, elle écarte l'étroussure du vote au Bundesrat comme critère pour déterminer si l'intérêt de l'ensemble de l'Etat fédéral, condition supplémentaire imposée dans le cas du recours au but de sauvegarde de l'unité économique, était en cause<sup>1067</sup>. Même si elle considère les données comme incomplètes et parfois anciennes, la Cour estime qu' "*elles suffisent pour fonder avec fiabilité le concept et les suppositions essentielles du législateur fédéral*", les expertises s'accordant sur la nécessité d'une intervention du législateur fédéral<sup>1068</sup>.

Il est enfin à noter que la Cour constitutionnelle a par contre clairement indiqué qu' "*une simple possibilité d'action théorique des Länder*", en particulier "*de lois des Länder libellées de façon identique ne suffit pas à exclure une compétence fédérale*" car "*sinon la compétence d'action partagée du Bund serait sans objet*", soulignant qu'une telle "*possibilité existe toujours au plan théorique*"<sup>1069</sup>.

## **b) Développements ultérieurs et appréciation de l'interprétation proposée par la Cour**

**831.** La Cour constitutionnelle avait, dans l'affaire *Altenpflegegesetz*, déclaré partiellement inconstitutionnelle la loi ayant fait l'objet du recours mais pas sur la base d'une violation de l'art.72§2 LF, mais en raison de l'incompétence du législateur fédéral concernant un de ses objets. La Cour va confirmer dans des décisions ultérieures l'efficacité du nouveau dispositif en concluant à la violation de cette disposition en raison de l'absence de nécessité d'intervention du législateur fédéral.

C'est tout d'abord le cas d'une décision *Kampfhunde* de 2004<sup>1070</sup>. Une loi fédérale prévoyait des peines d'amende ou de prison pour la violation des réglementations des Länder qui interdisaient l'élevage et le commerce de chiens dangereux. Le domaine du droit pénal relève certes des compétences concurrentes selon l'art.74§1 n°1 LF. Mais la Cour considère que la constatation que les Länder n'ont pas fait usage de leur compétence pénale pour punir le non respect de leurs réglementations d'interdiction de chiens dangereux ne permet pas de fonder une nécessité d'action fédérale<sup>1071</sup>. Par ailleurs elle relève que la loi fédérale renvoyait pour les conditions des sanctions au droit du Land concerné alors que les règles posées en la matière par les Länder sont très différentes, si bien que la recherche d'unification fédérale du droit au plan de la sanction pénale ne pouvait être utilisé comme fondement par cette loi. Certes, l'art.72§2 LF n'interdit pas une simple unification des sanctions avec renvoi au droit des Länder pour les interdictions concernées, mais il suppose que ces interdictions concordent pour l'essentiel, ce qui n'était pas le cas en l'espèce<sup>1072</sup>. La Cour conclut que la réglementation fédérale ne participait pas à une unification mais plutôt à un renforcement des divergences, et ne remplissait ainsi pas les conditions de l'art.72§2 LF<sup>1073</sup>.

---

<sup>1066</sup> *Ibid.*, pts. 341-343.

<sup>1067</sup> *Ibid.*, pt.364.

<sup>1068</sup> *Ibid.*, respectivement pts. 365-367 et pts.374-376.

<sup>1069</sup> *Ibid.*, pt.339 ; repris dans BVerfGE 111, 226 (2<sup>e</sup> sénat 27 juillet 2004 *Juniorprofessur*) (pt. 101)

<sup>1070</sup> BVerfGE 110, 141 (1<sup>er</sup> sénat 12 mars 2004 *Kampfhunde*)

<sup>1071</sup> *Ibid.*, pt.118.

<sup>1072</sup> *Ibid.*, pts.119-120. Ainsi, le concept même de chien dangereux divergeait par exemple selon les Länder.

<sup>1073</sup> *Ibid.*, pt.121.



La Cour a également rendu plusieurs décisions concernant des domaines de compétences cadres pour lesquelles l'art.72§2 LF s'appliquait par renvoi opéré à l'art.75§1 LF, à l'instar de son arrêt *Juniorprofessor* de 2004<sup>1074</sup>. Dans l'espèce, une loi de modification de la loi-cadre sur l'enseignement supérieur était contestée au regard de l'art.75 LF lu en combinaison avec l'art.72§2 LF. Cette loi visait à réformer le système afin de permettre une voie d'entrée plus courte vers l'enseignement professoral, avec notamment la création du statut de "professeurs junior", et de favoriser une plus grande prise en compte des performances dans le mécanisme de rémunération, afin de renforcer la compétitivité de l'enseignement supérieur allemand au plan international. La Cour souligne "*l'instruction claire*" qui lui a été donnée par le législateur constitutionnelle de modifier sa jurisprudence sur l'admission des dispositions de lois-cadres conformément à l'art.75§2 LF issu de la réforme de 1994 qui lui enjoint de ne plus les accepter que dans des "*cas exceptionnels*"<sup>1075</sup>. Elle exige sur cette base une obligation de motivation renforcée dont elle précise les contours<sup>1076</sup>. Elle énonce tout d'abord que "*matériellement l'existence d'un cas exceptionnel est à déterminer au moyen de critères quantitatifs et qualitatifs*"<sup>1077</sup>. Sur le plan quantitatif, les dispositions allant dans le détail doivent être moins nombreuses que les autres. Sur le plan qualitatif, la Cour renonce au simple critère de "*l'intérêt particulièrement important et légitime*". En outre, les dispositions allant dans le détail ou directement applicables doivent désormais ne pas porter atteinte au "*caractère coopératif de la loi-cadre*" et être indispensables, il faut prouver que sans elles la loi "*n'[aurait pu] être raisonnablement adoptée*". La Cour considère qu'en l'espèce la loi ne laissait aux législateurs des Länder que des possibilités de réglementation sur des points secondaires. Elle souligne notamment qu'alors qu'elle visait à modifier en profondeur les modalités pour devenir enseignants du supérieur, elle interdisait aux Länder la possibilité de maintenir comme alternative un système d'examen d'habilitation professoral<sup>1078</sup>. La Cour estime par ailleurs que le législateur fédéral n'a pas apporté la preuve que la loi était nécessaire pour atteindre l'objectif de diminution de l'âge auquel était obtenu le premier poste de professeur, affirmant que ce "*n'était pas la seule voie possible*", qu'elle n'était pas "*raisonnablement indispensable*" au sens des conditions d'interprétation de l'art.75§2 LF<sup>1079</sup>. Après avoir rappelé l'interprétation des buts inclus à l'art.72§2 LF ainsi que la méthode de justification à présenter issues de sa décision *Altenpflegegesetz*<sup>1080</sup>, elle relève que le seul fondement invocable était la sauvegarde l'unité économique. Toutefois, elle estime qu'il y aurait nécessité d'intervention fédérale sur cette base uniquement si les dispositions législatives proposées étaient nécessaires pour "*empêcher de très graves désavantages compétitifs concernant l'emplacement des établissements d'enseignement supérieur en Allemagne*", or elle constate que dans l'espèce le législateur fédéral ne l'a pas démontré de façon suffisante<sup>1081</sup>. Elle relève en effet tout d'abord que le but de la loi était d'améliorer les capacités de concurrence entre les établissements scientifiques, et que le législateur ne faisait référence qu'aux capacités de fonctionnement du système de l'enseignement supérieur allemand sans énoncer d'implications économiques<sup>1082</sup>. Elle indique ensuite que lors des auditions, les experts ont pour l'essentiel souligné que les buts de la réforme pouvaient être atteints sans réglementation fédérale uniforme, et que le but de compétitivité internationale pouvait même au contraire être renforcé par l'existence de voies de qualification distinctes entre les Länder<sup>1083</sup>.

<sup>1074</sup> BVerfGE 111, 226 (2<sup>e</sup> sénat 27 juillet 2004 *Juniorprofessor*).

<sup>1075</sup> *Ibid.*, pts.90-91.

<sup>1076</sup> *Ibid.*, pt.92.

<sup>1077</sup> *Ibid.*, pt.94.

<sup>1078</sup> *Ibid.*, pts. 114 et s.

<sup>1079</sup> *Ibid.*, pt.126.

<sup>1080</sup> *Ibid.*, respectivement pts. 98-100 et pt.102.

<sup>1081</sup> *Ibid.*, pts. 130-131.

<sup>1082</sup> *Ibid.*, pt.132.

<sup>1083</sup> *Ibid.*, pt.133.



**832.** Cette modification jurisprudentielle a été saluée par une partie de la doctrine<sup>1084</sup>, qui a même été qualifiée de "*victoire dans le combat pour les structures fédérales de la République fédérale*"<sup>1085</sup>. Mais d'autres auteurs l'ont critiquée<sup>1086</sup> car, comme le souligne Christoph Degenhart, elle conduisait à une nouvelle répartition de l'exercice des compétences concurrentes, à renforcer le fédéralisme compétitif, alors qu'une telle évolution n'était pas désirée dans un toute une partie des domaines de compétences concurrentes<sup>1087</sup>. Dans une opinion dissidente à la décision *Juniorprofessur*, trois juges considéraient que la décision rendue interprétait la compétence fédérale en matière de loi-cadre "*d'une façon si étroite qu'il ferm[ait] au Bund pratiquement toute possibilité de renouvellement de la conception politique des domaines législatifs concernés*"<sup>1088</sup>. Une partie du droit fédéral relevant des compétences concurrentes devenait ainsi précaire. Dans le même sens Fritz Scharpf estime, dans un ouvrage expliquant les raisons de la réforme du fédéralisme de 2006<sup>1089</sup>, que "*la compétence fédérale ne p[ouvait] plus [...] être mobilisée pour la formation politique de rapports sociaux mais seulement pour la correction de problèmes s'étant déjà produits en conséquence des différences entre les droits des Länder*"<sup>1090</sup>. Il considère que l'interprétation trop stricte donnée par la Cour de la clause de nécessité par rapport à ce qui était souhaité dans la société allemande risquait de conduire à la même tension avec la société que la jurisprudence de la Cour suprême sur la clause du commerce entre Etats au début du XX<sup>e</sup> siècle aux Etats-Unis, et rappelle que seul un revirement de jurisprudence avait alors permis à la Cour suprême d'éviter de voir son autonomie atteinte dans le cadre de cette crise constitutionnelle<sup>1091</sup>. Dans le cas allemand, c'est la révision constitutionnelle de 2006 qui va jouer ce rôle en soustrayant une partie des domaines des compétences concurrentes à la clause de nécessité<sup>1092</sup>.

### **3) Un évolution progressive de l'intensité du contrôle opéré par le juge européen**

**833.** Markus Kenntner estimait à cet égard en 2003 que "*le demi-tour opéré par la Cour constitutionnelle pourrait avoir [...] posé une balise pour la CJCE*" en tant qu'elle "*dévoile un modèle grâce auquel la barrière de la subsidiarité pourrait être alimenté en contrôle juridictionnel*"<sup>1093</sup>. Certes cette jurisprudence a pu jouer un rôle de modèle pour la Cour de justice. Mais il est à noter que l'évolution de la jurisprudence européenne vers un contrôle plus strict de l'action du législateur européen avait déjà été amorcée. Par ailleurs, il est à souligner qu'elle n'a pas atteint le même degré extrême d'exigence posé par la jurisprudence *Altenpflegegesetz*, et ne risque ainsi pas de subir les mêmes critiques d'excès.

Avant d'étudier l'approfondissement du contrôle effectué par la Cour sous l'impact des modifications apportées par le Traité de Lisbonne (b), nous soulignerons son renforcement

<sup>1084</sup> Voir notamment : KENNTNER (M.), *Der Föderalismus...*(*op.cit.* note 956), p.821 ; CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.188.

<sup>1085</sup> JOCHUM (H.), *Richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zur legislativen Kompetenzordnung des Grundgesetzes*, *NJW*, 2003, p.28.

<sup>1086</sup> Voir MEYER (H.), *Die Föderalismusreform 2006. Konzeption, Kommentar, Kritik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp.82-100 ; SCHARPF (F.), *Föderalismusreform...*(*op.cit.* note 43), p.95 et pp.129-130 notamment.

<sup>1087</sup> DEGENHART (C.), *artikel 72 GG* (*op.cit.* note 40), p.1452.

<sup>1088</sup> BVerfGE 111, 226 (pt.154)

<sup>1089</sup> On rappellera que cette réforme a conduit à différencier différents régimes pour les compétences concurrentes : cf. *supra* section I §1 A. 1) b).

<sup>1090</sup> SCHARPF (F.), *Föderalismusreform...*(*op.cit.* note 43), p.95.

<sup>1091</sup> *Ibid.*, pp.129-130.

<sup>1092</sup> Cf. aussi dans le même sens d'une réaction par cette réforme à la jurisprudence trop stricte de la Cour : DEGENHART (C.), *artikel 72 GG* (*op.cit.* note 40), p.1453.

<sup>1093</sup> KENNTNER (M.), *Der Föderalismus...*(*op.cit.* note 956), p.824.

antérieur dans le cas particulier d'un texte législatif fondé sur une base juridique d'harmonisation ayant pour but de faciliter l'exercice des libertés de circulation car le contrôle de subsidiarité y présente une configuration particulière (a). Cette dernière constatation n'étonnera pas si l'on rappelle que le but essentiel permettant de justifier la nécessité d'action du législateur fédéral en Allemagne est la sauvegarde de l'unité économique<sup>1094</sup>.

#### a) La particularité du lien avec l'étude menée au niveau de la base juridique

**834.** Des expressions de la subsidiarité et de proportionnalité peuvent tout d'abord être lues dans les dispositions des traités visant à faciliter l'exercice des libertés de circulation, là où se trouvent les formules "*nécessaire*", "*nécessité*"<sup>1095</sup>. Dans le cas de l'utilisation d'une de ces bases, l'étude de la subsidiarité se confond avec l'étude de l'existence ou du choix de la base juridique<sup>1096</sup>. Concernant les articles 100 et 100 A CEE (94 et 95 CE; 115 et 114 TFUE), Christian Callies estimait en 1996 qu'ils étaient à lire en combinaison avec l'art.3 h) CEE (3h CE) qui visait le but de rapprochement des législations des Etats membres dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun<sup>1097</sup>. Mais une telle explication pose problème avec l'absence de reprise de cette dernière disposition par le Traité de Lisbonne. Le caractère fonctionnel de ces bases d'harmonisation justifie toutefois un encadrement, et il est possible de considérer que, même en l'absence de toute mention expresse, son utilisation soit soumise à une condition de nécessité qui a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence<sup>1098</sup>. Christian Callies donne quant à lui l'exemple de l'art.118 A CEE (art. 137 CE ; art.153 TFUE) pour une telle interprétation<sup>1099</sup>, exemple qui permet en outre d'illustrer l'intérêt d'un contrôle de nécessité dans le cas de bases juridiques restreignant l'action du législateur à des prescriptions minimales comme c'est le cas des actions d'appui, de coordination ou de complément.

**835.** Dans le cas de mesures se fondant sur des bases juridiques visant à favoriser l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, ainsi que les libertés de circulation, la Cour est amenée à opérer un contrôle de subsidiarité, voire un contrôle de proportionnalité, au stade de la vérification de la validité de la base juridique choisie<sup>1100</sup>. On pourrait certes estimer

---

<sup>1094</sup> La facilitation de la liberté de circulation et de séjour des citoyens européens par le biais de l'art.18§2 CE (21 TFUE) serait par contre à comparer avec le but de sauvegarde de l'unité juridique de l'art.72§2 LF.

<sup>1095</sup> Voir en ce sens : CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.113. Ainsi en va-t-il de l'art.54§3 g CEE (44§2 g CE ; 50§2 g TFUE) qui vise la prise de mesures de coordination pour améliorer l'effectivité de la liberté d'établissement. Même si les dispositions ne sont pas citées par l'auteur, on fera également référence à l'art.49 CEE (40 CE ; 46 TFUE) visant les "*mesures nécessaires en vue de réaliser la libre circulation des travailleurs*", l'art. 51 CEE (42 CE ; 48 TFUE) visant "*dans le domaine de la sécurité sociale [...] les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs*".

<sup>1096</sup> CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.113. En ce sens aussi : BERMANN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.383.

<sup>1097</sup> *Ibid.*, p.115.

<sup>1098</sup> Cf. *supra* section I §2 B 1). Ce raisonnement est transposable aux dispositions visant à faciliter l'exercice de chaque liberté de circulation qui n'incluent pas non plus de mention expresse de condition de nécessité pour leur utilisation : art.54 CEE (44 CE; 50 TFUE) concernant la liberté d'établissement; Art.57 CEE (47 CE; 53 TFUE) et art.66 CEE (55 CE; 62 TFUE) directives concernant l'harmonisation des diplôme et plus largement l'accès profession non salariée, et donc la liberté d'établissement et la libre prestation de service ; art.63 CEE (52 CE; 59 TFUE) concernant la libre prestation de service.

<sup>1099</sup> Visant le domaine de la sécurité et la santé des travailleurs, même si le 2<sup>e</sup> paragraphe restreint au seul instrument des directives et à des prescriptions minimales, applicables progressivement, et en tenant compte des conditions et réglementations existant dans les Etats, en évitant des contraintes portant atteinte à la création et au développement de PME. Les Etats peuvent conserver un niveau de protection supérieur dès lors que les mesures sont conformes au droit de l'UE (art.118 A§3 CEE; 137 V CE; 153 IV TFUE).

<sup>1100</sup> Voir dans le sens de l'inclusion d'un contrôle partiel de proportionnalité à ce stade : BERMANN (G.), *Taking...*(*op.cit.* note 7), p.384 ; CALLIES (C.), *Subsidiaritäts...*(*op.cit.* note 87), p.113.



le contrôle à ce stade comme un contrôle minimal se contentant de vérifier le caractère plausible de l'argumentation fournie dans la motivation. Mais on constate en pratique que, dans les affaires où sont contestés une législation européenne à la fois au regard du choix d'une telle base juridique et du respect du principe de subsidiarité, les avocats généraux et la Cour elle-même renvoient très fréquemment à l'étude du premier pour justifier le rejet du moyen tiré de la violation du second<sup>1101</sup>. Nous citerons concernant cette dernière l'exemple de l'arrêt *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil* de 2001<sup>1102</sup> ainsi que l'arrêt *British American Tobacco* de 2002. Avant d'approfondir l'étude de ce second arrêt à titre illustratif, nous soulignerons que le renforcement du contrôle de la justification du recours à ces bases d'harmonisation a contribué par ricochet à améliorer l'effectivité du principe subsidiarité.

L'arrêt *British American Tobacco* de 2002 a été généralement considéré par la doctrine comme marquant une telle évolution vers un contrôle plus précis du respect de ce principe. Pourtant dans cet arrêt, c'est en réalité dans le cadre du contrôle du recours à l'art.95 CE (114 TFUE) comme base juridique que l'étude poussée est réalisée, ce qui confirme le lien indiqué avec l'étude de la subsidiarité en présence d'une telle base juridique. En l'espèce, des entreprises de tabac avaient saisi la High Court of Justice britannique de la question de la légalité d'une directive d'harmonisation concernant les règles de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac. Celle-ci a alors décidé de poser plusieurs questions préjudicielles en appréciation de validité de la directive concernant notamment le choix de la base juridique<sup>1103</sup> et sa conformité au principe de subsidiarité. La Cour rappelle tout d'abord les conditions strictes auxquelles l'art.95 peut servir de base juridique, à savoir que le risque d'obstacle futur doit être vraisemblable et que la mesure ait pour objet de l'empêcher<sup>1104</sup>. Elle relève à cet égard que des règles nationales concernant l'objet de la directive existaient et qu'elles étaient "*par nature susceptibles*" de constituer une entrave à la libre circulation des produits du tabac. Elle ajoute que les législations européennes d'harmonisation en la matière existant jusqu'alors n'avaient pas suffi à prévenir ces entraves. En effet, celles-ci posaient uniquement des prescriptions minimales et ne visaient qu'une partie des questions traitées par les réglementations nationales. Par ailleurs, la Cour souligne que l'on se trouvait dans un contexte où les opinions publiques nationales étaient plus conscientes des risques pour la santé du tabac, les Etats se préparaient à renforcer leur réglementation avec comme conséquence une aggravation des entraves à la circulation des produits du tabac<sup>1105</sup>. Elle opère ensuite une distinction avec l'affaire *publicité du tabac* dans laquelle elle avait annulé la directive qui se fondait sur l'art.95 CE. A la différence de cette dernière, la directive en cause ici interdit aux Etats d'adopter des réglementations dans son champ d'application et permet ainsi d'assurer une amélioration du fonctionnement du marché intérieur. Au surplus, la Cour rappelle que les mesures visant la protection de la santé ne

<sup>1101</sup> Ainsi, dans ses conclusions dans l'aff.C-377/98, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil* (Rec. 2001 p. I-707), l'avocat général Jacobs énonce que selon lui "*et pour les raisons exposées dans le cadre du premier moyen [concernant le choix de l'art.95 CE comme base juridique], on peut légitimement considérer que la directive s'imposait pour harmoniser la législation des États membres concernant la protection par brevet des inventions biotechnologiques*" (pt.81). De même, l'avocat général Geelhoed dans ses conclusions dans l'aff.C-491/01, *British American Tobacco*, indique que "*contrôler le respect du principe de subsidiarité n'a plus guère de signification dès lors qu'il a] conclu qu'une intervention du législateur communautaire fondée sur l'art.95 CE était nécessaire*" (pt.285). Enfin, dans ses conclusions dans l'aff.C-376/98 *publicité du tabac*, l'avocat général Fennely affirme ainsi que le principe de subsidiarité "*sera respecté [...] s'il est démontré qu'il était nécessaire d'adopter des mesures harmonisées communes, instrument qui ne peut être employé qu'au niveau communautaire*" (pt.137).

<sup>1102</sup> CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil* (aff.C-377/98, Rec. 2001 p. I-7079, pts.32-33).

<sup>1103</sup> Nous n'étudierons pas la question de la référence à l'art.133 CE qui est jugé par la Cour ne pas poser problème.

<sup>1104</sup> Aff.C-491/01, pt.61.

<sup>1105</sup> Aff.C-491/01, pts.68 à 73. La Cour renvoie notamment à différents passages de la directive qui précisent le développement de divergences de réglementations.

sont pas incompatibles avec l'art.95 CE qui vise dans son §3 un niveau élevé de la protection de santé, dès lors que les mesures contribuent à améliorer le bon fonctionnement du marché intérieur, ce qui était le cas en l'espèce.

Il est à noter qu'elle effectue ensuite le contrôle de proportionnalité avant d'étudier le moyen tiré de la violation du principe de subsidiarité. Au-delà des critiques concernant la confusion, dans son étude, entre les deux critères de ce principe ainsi que de la confusion partielle avec la proportionnalité déjà évoquée<sup>1106</sup>, il est possible de critiquer un tel enchaînement qui apparaît contraire à la logique exprimée à l'art.5 CE voulant que l'on étudie la nécessité de l'exercice d'une compétence avant de contrôler l'intensité de l'action. Par contre, la brièveté de l'étude de principe de subsidiarité peut être expliquée par l'étude approfondie de la nécessité d'action des institutions européennes au stade de l'étude du choix de la base juridique. Enfin, concernant la question de la violation de l'obligation de motivation, la Cour rappelle sa jurisprudence en vertu de laquelle le législateur européen n'est pas obligé de spécifier tous les éléments de faits et de droit ayant fondé sa réglementation, et qu'il est bien plutôt nécessaire de faire une appréciation générale, systématique de ses dispositions et du contexte dans lequel elle intervient<sup>1107</sup>.

Malgré les avancées dans l'arrêt *British American Tobacco*, l'efficacité du principe de subsidiarité était encore mise en doute. Ainsi, Christian Callies estimait en 2003 que "la manière de contrôler ne convain[cait] pas". Il considérait que l'étude se concentrait trop sur le critère de la valeur ajoutée<sup>1108</sup>. Selon lui, le contrôle correspond en réalité uniquement au premier critère du principe de subsidiarité, celui de l'insuffisance étatique, si bien qu'un contrôle au regard de la valeur ajoutée de l'action de l'UE devrait en théorie encore prendre place pour vérifier que l'exercice de cette compétence est possible. Au contraire, Philippe Molsberg estime que l'étude de la Cour concernant que le critère de l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur n'inclut que le critère de la valeur ajoutée de l'UE sans préciser les rapports entre les Etats et l'UE à cet égard, la capacité des Etats ne jouant ainsi aucun rôle dans le contrôle<sup>1109</sup>. On peut toutefois souligner qu'une étude approfondie de la nécessité d'action de l'UE pour le bon fonctionnement du marché intérieur pour faciliter l'exercice d'une liberté de circulation, comme l'effectue la Cour de justice depuis l'arrêt *publicité du tabac*, inclut la vérification des deux critères d'insuffisance étatique et de valeur ajoutée de l'UE.

Nous rejoignons par contre la seconde critique de Christian Callies concernant l'absence d'exigence de motivation spécifique qui était encore maintenue dans l'arrêt *British American Tobacco*<sup>1110</sup>.

## **b) Un renforcement de la pression avec la révision de Lisbonne?**

**836.** La procédure d'alerte précoce a poussé la Commission à mieux justifier ses propositions au regard du principe de subsidiarité, notamment par le biais d'une étude d'impact comme nous l'avons déjà évoqué. La pression parlementaire conduit également la Cour à renforcer son contrôle.

**837.** L'art.8 du protocole n°2 de Lisbonne précise que la Cour de justice est compétente pour se prononcer sur un recours en annulation fondé sur la violation du principe de subsidiarité qui aurait été transmis par un Etat au nom de son parlement ou d'une des chambres de celui-ci. Cette possibilité de saisine parlementaire pourrait s'avérer un complément utile dans le cas où la procédure d'alerte précoce n'aurait pas suffi à lever tous les problèmes au regard du principe de

<sup>1106</sup> Aussi souligné par : CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.187.

<sup>1107</sup> Aff.C-491/01, pts.165-166.

<sup>1108</sup> CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.187.

<sup>1109</sup> MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.34.

<sup>1110</sup> CALLIES (C.), *Kontrolle...*(*op.cit.* note 151), p.187.



subsidiarité, même si, comme le notait un rapport de l'Assemblée nationale en 2004, un tel recours doit rester exceptionnel, sauf à traduire un échec de la procédure d'alerte précoce et de la négociation politique qui s'ensuit<sup>1111</sup>. A cet égard, il est à noter qu'aucun recours n'a été pour le moment initié sur cette base par un parlement national.

**838.** Afin de tenir compte de la nature avant tout politique du contrôle du principe de subsidiarité, le groupe de travail I sur la subsidiarité de la Convention sur l'avenir de l'Europe estimait qu'il était important de lier la possibilité d'introduire un recours pour sa violation à la mise en jeu, par les Parlements nationaux, de la procédure d'alerte précoce proposée ci-dessus. Mais ce n'était pas l'avis du groupe de travail IV sur le rôle des parlements nationaux, avis qui a finalement emporté la conviction de la Convention. Le protocole n°2 de Lisbonne qui reprend sur ce point le projet de Constitution ne requiert ainsi pas qu'un avis motivé ait été rendu auparavant par une chambre législative nationale pour qu'elle puisse saisir la Cour. Si le recours à la procédure juridictionnelle ne doit intervenir que dans des cas limités, lorsque la phase politique a épuisé ses effets sans qu'une solution satisfaisante pour le ou les Parlements nationaux ait pu être trouvée, on doit relever que la version du texte sur lequel l'avis motivé peut porter est la version originale. Or, les amendements qui lui sont apportés peuvent le modifier dans un sens qui le rend contraire au principe de subsidiarité. Lier envoi d'un avis motivé et droit d'exercer la saisine de la Cour de justice aurait ainsi risqué de priver les parlements nationaux du pouvoir d'agir dans un tel cas. En outre, cela aurait pu conduire à une multiplication de l'envoi d'avis motivés due à la volonté de se ménager un droit de saisine de la Cour de justice<sup>1112</sup>.

**839.** L'absence d'évocation explicite d'une saisine directe de la Cour de justice par les chambres nationales, qui était pourtant recommandée par les deux groupes de travail susmentionnés, a pu faire douter de l'apport de ce processus d'alerte précoce, rien n'empêchant auparavant déjà les chambres de demander à leur gouvernement national de saisir la Cour dans certains Etats<sup>1113</sup>. A cet égard, le rapport de l'Assemblée nationale de 2004 déjà évoqué renvoyait au problème, en l'absence d'une compétence liée du gouvernement, de la transmission d'un recours à la demande du Sénat alors que celui-ci aurait une majorité opposée à celle du gouvernement<sup>1114</sup>. Il considérait toutefois qu' "*il ne fai[sait] pas de doute que l'esprit du texte – à la lumière des travaux préparatoires de la Convention – plaide en faveur d'une compétence liée*", même s'il poursuivait néanmoins qu' "*il [était] probable qu'une révision de la Constitution soit sur ce point nécessaire pour lever toute ambiguïté*". La Constitution française a été modifiée à cet effet<sup>1115</sup>. De même, l'art.23§1a LF énonce que le Bundestag et le Bundesrat ont un droit de former un recours à cet effet devant la Cour de justice, le Bundesrat étant libre

<sup>1111</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport (*op.cit.* note 878), p.25.

<sup>1112</sup> En ce sens : Elisabeth Guigou lors de la séance d'écoute à la délégation du Sénat pour l'UE du 9 octobre 2002 citée note 879.

<sup>1113</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), *Démocratie...*(*op. cit.* note 616), p.151. L'auteur relève que l'absence de personnalité juridique propre n'empêche pas les institutions européennes de saisir la Cour de justice. Suite à l'adoption du Traité de Maastricht ont ainsi obtenu que le gouvernement fédéral soit obligé de saisir la CJCE sur demande du Bundesrat, mais en pratique il a été peu utilisé (MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle...*(*op.cit.* note 822), pp.322-323), conduisant certains commentateurs à écrire que les Länder l'avaient réclamer "non pas tant pour des besoins pratiques que pour une question de prestige fédéral" (EVERLING (U.), *Rechtschutz im europäischen Wirtschaftsrecht auf der Grundlage der Konventsregelung*, in : SCHWARZE (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p.380). De même, c'est "*à la demande expresse du Parlement*" que le gouvernement néerlandais avait introduit le recours ayant donné lieu à l'arrêt précité *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil* de 2001 (aff.C-377/98, pt.4).

<sup>1114</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport (*op.cit.* note 878), p.24.

<sup>1115</sup> Un art.88-6§2 énonce que "*chaque peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité*" et que ce "*recours est transmis à la Cour [...] par le Gouvernement*".

de déterminer la procédure en son sein<sup>1116</sup>. Toutefois, les Länder se sont engagés à soutenir au Bundesrat toute demande de l'un d'entre eux pour une demande de recours fondé sur la violation des principes de subsidiarité de proportionnalité ou de l'ordonnancement des compétences<sup>1117</sup>.

Par ailleurs, se pose la question d'un droit de saisine par une minorité d'une chambre. Tout d'abord, les majorités dans les chambres basses étant disciplinées dans les Etats dans lesquels le gouvernement ne repose pas sur une coalition fragile, soumettre une saisine à un vote à la majorité peut apparaître comme conduisant à un faible apport par rapport à l'état du droit avant le Traité de Lisbonne. En effet, une saisine par cette chambre apparaît assez peu envisageable dans le cas où le gouvernement a voté en faveur du texte au Conseil car celui-ci apparaîtrait en quelque sorte désavoué par une telle saisine. Par ailleurs, la question des droits de l'opposition se pose, une saisine par une minorité permettant de les préserver à l'instar de ce qui est le cas pour les saisines des juridictions constitutionnelles au niveau interne.

En Allemagne, cette question a été débattue concernant le Bundestag. A son encontre était avancé le risque d'un détournement pour des usages partisans internes<sup>1118</sup>, et le problème de la compatibilité avec le droit de l'UE. A son soutien était évoqué le fait que la majorité avait déjà accès au prétoire par le biais du gouvernement, et que se restreindre à donner un droit de recours sur la base d'un vote majoritaire conduirait donc à un *statu quo*<sup>1119</sup>. Il est toutefois possible de considérer qu'aussi bien concernant l'avis motivé de la saisine, que pour la saisine de la Cour, la Commission et la Cour auront connaissance de la nature de soutien par une minorité parlementaire, ce qui permettra une étude démêlant le simple jeu partisan, des véritables arguments de fond. Finalement, l'art.23§1a LF énonce que le Bundestag a l'obligation de saisir la Cour de justice si une demande en ce sens est faite par ¼ de ses membres. Il peut être relevé dans le même sens dans le cas français que si une demande est faite soixante députés ou soixante sénateurs un recours doit être introduit, en vertu de l'art.88-6 de la Constitution. Par contre, si le Luxembourg prévoit la possibilité d'un recours de la part de son parlement, il est à souligner que le principe du recours doit être adopté par la majorité des députés<sup>1120</sup>. Il est à noter que, contrairement à ce qui était conseillé ci-dessus, une telle saisine n'est en outre possible que si la chambre a émis un avis motivé.

La détermination de l'autorité en charge de suivre l'affaire devant la Cour de justice était enfin une dernière question à laquelle il fallait répondre, sachant que comme le soulignait le rapport de l'Assemblée nationale de 2004, si ce devait être le gouvernement un problème de cohérence se poserait dans le cas où il aurait pris une position en faveur du texte au Conseil<sup>1121</sup>. Ainsi, il peut par exemple être relevé que le §12 al.4 de la loi sur la responsabilité d'intégration précitée prévoit que c'est la chambre à l'origine du recours qui est chargée de la conduite de la procédure devant la Cour.

**840.** Nous présenterons comme manifestation du renforcement dudit contrôle l'affaire *Vodafone* ayant donné lieu à un arrêt en 2010<sup>1122</sup>. En l'espèce, des opérateurs de téléphonie mobile contestaient la légalité d'un règlement européen établissant des prix maximaux

---

<sup>1116</sup> §12 al.2 de la loi sur la garantie de la responsabilité d'intégration du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'UE (Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, 22 Septembre 2009, BGBl. I p.3022).

<sup>1117</sup> Ministerpräsidentenkonferenz am 14.04.2005 in Berlin, Ergebnisprotokoll, TOP 1.2. (cité par : MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle...* (op.cit. note 822), p.388).

<sup>1118</sup> Voir : Protokoll der 66. Sitzung des EU-Ausschusses am 16.03.2005, p.37 (cité par : MELLEIN (C.), *Ibid.*, p.385).

<sup>1119</sup> *Ibid.*, p.37 et p.40 (cité par MELLEIN (C.), *Ibid.*).

<sup>1120</sup> Cf. <http://www.cosac.eu/subs-luxembourg-fr/>.

<sup>1121</sup> Souligné par : ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport (op.cit. note 878), p.24.

<sup>1122</sup> CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, aff.C-58/08, Rec. 2010 p. I-4999.

concernant l'itinérance à l'intérieur de la Communauté, à savoir l'utilisation du réseau d'un opérateur dans un autre Etat membre que celui dans lequel l'utilisateur a signé son contrat. La High Court Justice saisie du litige pose plusieurs questions préjudicielles concernant la base juridique utilisée pour ce règlement, ainsi que le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Initiée avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les conclusions de l'avocat général Maduro peuvent être considérées comme marquées par l'existence du mécanisme d'alerte précoce dans le projet de traité. Ce dernier rappelle tout d'abord l'importance du rôle de la Cour de justice dans la garantie de l'équilibre des compétences entre les Etats membres et l'UE, ainsi que les implications de la clarification de la répartition des compétences en termes d'attribution des responsabilités, élément primordial du point de vue démocratique<sup>1123</sup>. Dans le cadre de son étude du principe de subsidiarité ensuite, il a indiqué qu'il ne suffit pas que le législateur européen énonce les "avantages" d'une intervention de l'UE, mais qu'il est nécessaire qu'il procède "à une évaluation des problèmes ou coûts éventuels si la question était laissée aux Etats membres"<sup>1124</sup>. Il précise en outre qu' "en posant ces principes, la Cour ne substitue pas son jugement à celui du législateur communautaire mais impose seulement à celui-ci de prendre la subsidiarité au sérieux"<sup>1125</sup>. On retrouve ici une exigence comparable à celle posée par le juge allemand au regard du recours à l'art.72§2 LF et à laquelle répond l'étude d'impact réalisée par la Commission. L'avocat général Maduro considère en l'espèce concernant le premier critère du principe de subsidiarité que les Etats membres n'avaient pas un intérêt suffisant à légiférer en matière d'itinérance et préféreraient agir en matière de tarification des communications nationales. Il souligne ensuite concernant le second critère qu'étant donné le caractère transfrontalier de la question le niveau européen se révèle adéquate, ajoutant qu'il existait un intérêt à légiférer à ce niveau pour lutter contre les entraves au bon fonctionnement du marché intérieur liées aux prix des opérateurs<sup>1126</sup>. Il est à noter qu'il rattache directement l'entrave à l'action des opérateurs privés. Enfin, il fait une étude approfondie du respect par la réglementation du principe de proportionnalité dans le cadre de laquelle il fait référence à l'étude d'impact, pour souligner que la Commission n'est intervenue par le règlement qu'après avoir agi en vain par des biais moins contraignants<sup>1127</sup>.

Dans son arrêt, la Cour fait seulement une étude succincte de la subsidiarité, et sur l'ensemble des points qui y sont consacrés, quasiment la moitié est consacrée à rappeler le régime du principe de subsidiarité. Elle se contente pour le reste de renvoyer à quelques considérants du préambule du règlement qui faisait l'objet du recours et d'effectuer une démonstration rapide qui se focalise sur le critère de la valeur ajoutée. Mais il faut noter que l'essentiel de l'étude a en réalité été menée dans le cadre du contrôle du fondement sur l'art.95 CE et que celle-ci a été approfondie. Il est notamment à noter les références à l'étude d'impact de la Commission dans le cadre de ce contrôle<sup>1128</sup>. Toutefois, la Cour de justice devrait préciser

---

<sup>1123</sup> Il énonce que "l'une des missions les plus difficiles mais aussi les plus fondamentales de la Cour consiste à contrôler les limites des interventions de l'Union", poursuivant que "cette tâche est essentielle à l'équilibre des pouvoirs entre les Etats et l'Union et aussi à la sauvegarde d'un équilibre approprié des pouvoirs entre les institutions de l'Union elles-mêmes". Il ajoute que "l'exercice d'un contrôle sur les actes de l'Union est important pour garantir une responsabilité politique au sein des Etats (parce que l'Union affecte l'équilibre de leurs pouvoirs internes) et la répartition appropriée de cette responsabilité politique entre l'Union et les Etats (de façon à ce que les citoyens sachent qui est vraiment responsable et de quoi)". (Conclusions, dans l'aff.C-58/08, *Vodafone*, pt.1).

<sup>1124</sup> *Ibid.*, pt.30.

<sup>1125</sup> *Ibid.*

<sup>1126</sup> *Ibid.*, pt.34.

<sup>1127</sup> Conclusions dans l'aff.C-58/08, *Vodafone*, pt.39 et note 43.

<sup>1128</sup> *Ibid.*, pt.45.



que l'étude de la subsidiarité recoupe très largement l'étude opérée au stade du contrôle de la base juridique afin de ne pas donner l'impression d'une étude bâclée de ce principe. Si elle choisissait de ne pas le faire, il conviendrait alors qu'elle fasse, à l'instar de l'avocat général Maduro, une présentation plus complète, quand bien même au fond, cela reviendrait à reprendre les arguments déjà évoqués auparavant. Un tel choix peut se justifier du point de vue formel, car il permet de répondre de manière exhaustive et claire à chacune des questions posées quand bien même leur étude se recouperait en grande partie.

Il peut par ailleurs être relevé qu'à la différence de l'avocat général, la Cour maintient dans son arrêt le rattachement de l'entrave à l'action de l'Etat dans le cadre de son étude de la justification de l'art.95 CE comme base juridique du règlement. En effet, elle affirme que les Etats pouvaient faire l'objet de pressions visant à l'adoption de réglementations afin de lutter contre le niveau élevé des prix en matière d'itinérance, et conclut que le risque de divergences de législations qui pourrait en résulter présenté par l'étude d'impact était vraisemblable<sup>1129</sup>. Ce maintien de la jurisprudence classique se justifie par la volonté de limiter l'opposabilité des interdictions d'entraves aux seuls détenteurs d'un pouvoir de réglementation.

Par la suite, la Cour étudie le respect du principe de proportionnalité avant d'opérer un contrôle au regard du principe de subsidiarité, ce qui est d'autant plus critiquable que l'avocat général avait au contraire bien respecté le processus d'enchaînement de l'étude des principes. Concernant le fond, elle indique ne faire qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, mais effectue en réalité un contrôle approfondi du respect de ce principe dans lequel elle cite notamment l'étude d'impact de la Commission évoquant les tentatives d'actions plus souples infructueuses<sup>1130</sup>.

**841.** Il est enfin à noter que dans un arrêt *Luxembourg c/ Parlement et Conseil* de 2011<sup>1131</sup>, la Cour confirme son étude approfondie et l'utilisation de l'étude d'impact de la Commission<sup>1132</sup>. Il est à noter qu'au contraire de la plupart des exemples présentés, et notamment à la différence de l'arrêt *Vodafone*, la législation ayant fait l'objet du recours n'était pas fondée sur une base juridique d'harmonisation destinée à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur mais sur une base juridique visant l'adoption de règle dans le domaine du transport puisque l'objet de la réglementation était l'encadrement du transport aérien.

## *Conclusion du chapitre I*

**842.** Un pacte fédératif doit garantir le respect d'un équilibre dans la répartition des compétences. De même, les extensions de compétences fédérales par le biais jurisprudentiel ou par les autorités fédérales dans un but de bon fonctionnement de la Fédération ne doivent pas aller trop loin sous peine de provoquer un conflit avec les Etats membres, puisqu'une extension trop importante des compétences européennes qui ne serait pas soutenue par les citoyens européens risquerait de susciter des tensions entre les autorités fédérales et les Etats membres.

A cet égard, le Traité de Lisbonne est venu apporter une clarification dans la répartition des compétences en termes de lisibilité pour le citoyen européen en incluant une liste des différents types de compétences, même si cette liste n'est pas exhaustive. L'effet de délimitation plus stricte des compétences est par contre limité car ce sont les bases juridiques individuelles qui permettent véritablement de jouer ce rôle.

Par ailleurs, la Cour de justice joue un rôle essentiel de garant du respect de la volonté des auteurs des traités européens. Elle a eu tendance à favoriser une interprétation large des

---

<sup>1129</sup> C-58/08, pts.44-45.

<sup>1130</sup> Aff.C-58/08, *Vodafone*, pt.55.

<sup>1131</sup> CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, Aff.C-176/09.

<sup>1132</sup> *Ibid.*, pt.65.

bases juridiques des traités en matière d'harmonisation destinée à consolider le marché intérieur, ce qui a permis des interventions dans des domaines très divers. En tant que garante neutre du respect des traités qui impliquent également de respecter les compétences des Etats membres, elle se devait de corriger sa jurisprudence.

La Cour a aussi encadré de façon stricte l'exercice par les Etats membres de leurs compétences propres par l'intermédiaire des libertés de circulation. La protection des droits fondamentaux relevant du champ d'application du droit de l'UE donne également des possibilités de limitations importantes de l'autonomie des Etats.

George Bermann avait conseillé à la Cour de justice de s'appliquer le principe de subsidiarité en étudiant "*l'impact de sa jurisprudence sur l'équilibre entre la Communauté et les Etats membres*"<sup>1133</sup>. Il semble avoir été en partie entendu puisque la Cour interprète de façon plus stricte les bases juridiques visant le renforcement du marché intérieur depuis le début des années 2000, et prend plus en compte l'identité constitutionnelle des Etats lors du contrôle des atteintes aux libertés de circulation. Contrairement au respect de l'identité constitutionnelle pour lequel elle a fait preuve d'autolimitation, le dépassement de compétence demeure un sujet potentiel de tensions dans les domaines des libertés de circulation et de la protection des droits fondamentaux en raison d'une jurisprudence qui demeure très large. Cela reste vrai même si Karlsruhe, juridiction constitutionnelle la plus en pointe dans le souci de respect des compétences prévues dans les traités européens, a validé la jurisprudence Mangold, pourtant largement critiquée à cet égard.

Enfin, les aides apportées aux Etats de la zone euro en difficulté, si elles font l'objet de contrepartie en termes de contrôle du respect d'une rigueur dans le redressement des comptes publics des bénéficiaires suscitent déjà des réticences fortes de la part des populations des "Etats du Nord" de la zone euro. A l'inverse, les populations des "Etats du Sud", bénéficiaires des aides, dénoncent les programmes stricts de réduction des dépenses auxquels ils sont soumis. Un réel danger existe ici pour la zone euro mais plus généralement pour l'Union européenne. Les niveaux, respectivement, de solidarité acceptés par les uns, et de rigueur supportés par les autres, constituent dans les deux cas une extension des obligations des Etats envers l'UE risquant d'atteindre ses limites.

**843.** Dans des Fédérations comme l'Union européenne, marquées par de larges compétences partagées, un contrôle de l'existence d'une base de compétences ne suffit pas, il est également nécessaire d'avoir un complément de garantie concernant l'exercice de ces compétences par le niveau fédéral. L'UE a pour cette raison intégré un contrôle du respect du principe de subsidiarité dans les traités.

Alors que ce contrôle a été longtemps limité, la Cour de justice a développé une jurisprudence plus stricte à partir du début des années 2000 dont nous avons vu qu'elle pouvait être rapprochée de l'évolution qu'a connue la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande au regard du contrôle du respect d'une clause au contenu comparable à la subsidiarité.

Le Traité de Lisbonne a encore renforcé l'effectivité de la subsidiarité par une solution incluant un contrôle politique renforcé s'ajoutant au contrôle juridictionnel. L'ensemble repose sur un schéma de justification au regard du principe de subsidiarité dans lequel les parlements nationaux jouent un rôle de pression conduisant à renforcer la motivation opérée par la Commission et le contrôle effectué par la Cour.

Mais pour que l'ensemble fonctionne il est surtout nécessaire que se développe la "*culture de la subsidiarité*"<sup>1134</sup>. Comme le souligne l'ancien juge de la Cour constitutionnelle allemande Jürgen Papier, "*cela n'apporte rien si on durcit simplement le système normatif*" de mise en œuvre du principe de subsidiarité, il est en outre nécessaire que ce principe "*soit ancré*

<sup>1133</sup> BERMANN (G.), Taking...(*op.cit.* note 7), p.337.

<sup>1134</sup> DELPEREE (F.), observations de synthèse, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Justice...*(*op.cit.* note 563), p.200.



*beaucoup plus fortement dans la conscience des Etats membres et [...] des organes de l'UE*"<sup>1135</sup>. En effet, au-delà des mécanismes pouvant être pensés pour garantir l'équilibre, il est indispensable que chacun des acteurs intériorise le principe de respect mutuel des compétences, à l'image des américains qui "vivent" l'idée fédérale. A cet égard, même si le principe de subsidiarité ne trouve pas d'expression juridique aux Etats-Unis, les effets qu'il implique en termes de répartition des compétences et d'exercice des compétences fédérales irriguent la culture américaine. Les américains partent de l'idée originelle de la subsidiarité d'action d'une autorité publique uniquement dans le cas d'une nécessité. Ainsi, en particulier, c'est le gouvernement au niveau local qui doit agir et ce n'est en théorie qu'à titre supplémentaire qu'il doit être gouverné par une autorité supérieure. L'idée selon laquelle le pouvoir vient d'en bas est ancrée depuis la période de colonisation, les colonies américaines étant pour la plupart nées d'initiatives privées et ayant été libres de s'organiser"<sup>1136</sup>.

---

<sup>1135</sup> Interview mit Verfassungsrichter Papier, „Die Union ist kein Staat ist und soll es auch nicht werden“, *FAZ*, 24. July 2007.

<sup>1136</sup> Souligné par : ZOLLER (E.), *Le droit des Etats-Unis*, PUF, 2000, p.6 à 8. L'auteur souligne que "cette liberté initiale, expression d'un self-government avant la lettre, a profondément marqué la culture politique et juridique des Etats-Unis" (*Ibid.*, p.8).



## **Chapitre II : L'équilibre des intérêts dans la prise de décision fédérale**

**844.** L'équilibre des intérêts au niveau du processus décisionnel fédéral suppose qu'une condition préalable extérieure aux caractéristiques du système institutionnel lui-même soit assurée, à savoir l'absence d'interférence liée à la question du siège des institutions fédérales. Ce siège doit garantir une autonomie d'action aux institutions, et être déterminé de manière à éviter des tensions entre les Etats membres (a). Une première solution a l'avantage de la simplicité, la création d'un territoire fédéral, mais elle n'est pas toujours possible ou souhaitée. Y renoncer conduit à devoir traiter la question des rivalités entre les Etats quant à la fixation du siège, sachant qu'à trop vouloir ménager les différents Etats par une décentralisation forte des institutions fédérales, le coût de leur fonctionnement augmente fortement et l'efficacité du processus décisionnel peut être mise à mal, ce qui a un impact négatif auprès des citoyens de la Fédération.

Dans le cadre de l'Union européenne, le débat sur le siège du Parlement européen est plus particulièrement une illustration de cette dernière problématique. Le Parlement européen dispose d'une autonomie d'action qu'il a largement utilisée, notamment par le biais de son règlement intérieur en imposant certaines règles dans les relations interinstitutionnelles qui n'étaient pas prévues par les traités afin d'étendre ses compétences. Les députés européens ont cherché à appliquer cette méthode en faveur d'un regroupement de ses activités à Bruxelles, ils se sont dans ce cas heurtés aux Etats membres et à la jurisprudence de la Cour de justice (b).

### **1) Le débat sur le choix du siège des autorités fédérales**

#### **a) L'impératif de la garantie d'action autonome des institutions fédérales**

**845.** Dans le cas américain, de la guerre d'Indépendance à la Constitution de 1787, il n'y a pas de capitale fédérale fixe, le Congrès siège dans différentes villes durant cette période<sup>1</sup>. Edouard de Laboulaye note que l'expérience du manque d'entrain des autorités de Philadelphie, où siégeait alors le Congrès, à défendre cette institution face à des mutins en 1783 a joué en faveur du choix d'une capitale qui ne soit pas dépendante d'un Etat<sup>2</sup>. Plus globalement, la majorité des membres de la Convention de Philadelphie craignaient une influence de la localisation du siège des autorités fédérales sur leur action<sup>3</sup>. Ils ont en conséquence prévu à l'art.I sect.8 cl.18 de la Constitution que le Congrès aurait le droit "*d'exercer le droit exclusif de législation, en toute matière, sur [...] district [...] qui, par cession d'États particuliers et sur acceptation du Congrès, sera devenu le siège du gouvernement des Etats-Unis*". Les Etats de Virginie et du Maryland ont sur cette base fourni le territoire qui est devenu le District of Columbia<sup>4</sup>. Une loi de 1790 décide de créer sur ce territoire la ville de Washington devant devenir la capitale fédérale et finalement en 1800, le siège des institutions fédérales a été transféré officiellement du siège provisoire de Philadelphie à Washington<sup>5</sup>.

Dans le cas suisse, le pacte de 1815 fait dans son art.10 le choix d'un siège pour la Diète et d'une présidence tournante pour deux ans entre les cantons de Zurich, Berne et Lucerne, deux

---

<sup>1</sup> LEFORT (B.) (éd.), *Une Europe inédite : documents des archives Jean Monnet*, Québec, Presses universitaires du Septentrion, 2001, p.231. Voir pour plus de détails : FORTENBAUGH (R.), *The Nine Capitals of the United States*, Maple Press Co., York, 1948, 104 p.

<sup>2</sup> LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire des Etats-Unis. Volume 3*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Charpentier, 1867, p.428.

<sup>3</sup> LEFORT (B.) (éd.), *Une Europe...*(*op.cit.* note 1), p.231.

<sup>4</sup> LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire...*(*op.cit.* note 2), p.428. Il est à noter que ce territoire sera toutefois réduit en 1846, la Virginie ayant récupéré la partie qu'elle avait cédée afin d'empêcher qu'y soit aboli l'esclavage.

<sup>5</sup> LEFORT (B.) (éd.), *Une Europe...*(*op.cit.* note 1), pp.231-232.



cantons protestants importants et un, le plus peuplé des cantons catholiques. Ce rôle historique explique qu'ils sont cités en premier dans la constitution actuelle, alors que les autres sont énumérés selon leur ordre d'entrée dans la Confédération<sup>6</sup>. On parle de "*canton directeur*" pour désigner le canton qui préside la Confédération, expression qui était déjà utilisée sous l'ancienne Confédération avant 1798<sup>7</sup>. Selon l'art.8 du pacte de 1815, le lieu de réunion de la Diète est la capitale du canton directeur et la présidence de cette dernière revient au dirigeant du gouvernement de ce canton. Lors de discussions sur un projet de nouveau pacte fédératif en 1832, le rapport de la commission Rossi estime que la pratique de la capitale tournante comme coûteuse et facteur d'une perte de temps, et ajoute en outre que si on voulait aller au bout de la logique de capitale tournante, il faudrait l'étendre à l'ensemble des cantons et non à seulement trois d'entre eux<sup>8</sup>. La commission a également discuté la possibilité de transformer une ville de taille moyenne en territoire fédéral à l'instar du District of Columbia américain, mais l'a écarté en soulignant les difficultés à trouver un accord avec le canton concerné, ainsi que le problème du décalage avec la pratique suisse antérieure<sup>9</sup>. Lucerne est finalement choisie par le rapport, notamment car, note-t-il, "*comme les rayons d'un cercle en son centre, les trois nationalités de la Suisse se rencontrent là*"<sup>10</sup>. Mais le projet de pacte échoue. En 1848, le choix de la capitale est volontairement repoussé à une date ultérieure à l'adoption de la Constitution<sup>11</sup>, l'art.108 aCS 1848 renvoyant à la législation fédérale. Berne est finalement choisie le 28 avril 1848, lors de la première session de l'Assemblée fédérale, comme siège des autorités fédérales, avec 58 voix contre 35 pour Zurich, et 6 pour Lucerne<sup>12</sup>. Peter Stadler souligne que les rivalités entre différentes villes et la crainte d'une centralisation avec une capitale stable peuvent expliquer les difficultés pour déterminer le siège des autorités fédérales<sup>13</sup>. Cette dernière crainte explique aussi pourquoi on parle en Suisse de ville fédérale et non de capitale pour le siège des autorités fédérales.

Dans le contexte allemand, il n'existe pas non plus de territoire fédéral. C'est Francfort, ancien lieu du couronnement de l'Empereur du Saint Empire qui est prévue à l'art.9 de l'Acte de 1815 comme siège de la Diète. Avec la Confédération du Nord et le Second Empire, c'est Berlin, la capitale de la Prusse, qui devient, logiquement au regard de l'hégémonie de cet Etat, siège des institutions fédérales. Il est toutefois à noter que le Reichsgericht a pour siège Leipzig. Enfin, nous soulignerons que dans le contexte allemand contemporain, si le siège des institutions politiques fédérales était Bonn et est à la suite de la réunification Berlin sauf pour certains ministères qui restent dans l'ancienne capitale fédérale, les institutions juridictionnelles fédérales font l'objet d'une répartition sur le territoire allemand. Ainsi, Munich a été choisi pour siège pour le tribunal fédéral des finances, Erfurt pour le tribunal fédéral du travail, Leipzig depuis 2002 (et auparavant Berlin) pour le tribunal fédéral administratif, Cassel pour le tribunal social fédéral, et enfin Karlsruhe pour la Cour constitutionnelle et la Cour fédérale (compétente

---

<sup>6</sup> HEGER (M.), *Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat : Gedanken zu ihrer Entstehung, ihrem aktuellen Erscheinungsbild und ihrer Rechtfertigung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1990, p.62.

<sup>7</sup> Dans l'ancienne Confédération helvétique, plusieurs villes se sont succédé comme siège de la Diète (STADLER (P.), *Die Hauptstadtfrage in der Schweiz : 1798-1848*, *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 1971, vol.21 n°4, pp.526-530). La détermination du siège des autorités sous la République helvétique a aussi donné lieu à des débats entre différentes villes (*Ibid.*, pp.530-544). Enfin, pour la Confédération rétablie en 1803, il est prévu à l'art.13 de l'Acte de médiation un roulement entre Fribourg, Berne, Soleure, Bâle, Zurich et Lucerne comme sièges de la Diète, les cantons dont ils dépendent étant successivement cantons directeurs selon l'art.14.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp.559-560.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p.561.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p.562.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp.566-569.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p.577.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p.580.

en matière civile et pénale dès lors que les autres juridictions fédérales ne le sont pas).

Dans le cadre européen, des réflexions avaient été menées concernant la Sarre au début des années 1950. Sarrebruck était ainsi évoquée par Robert Schuman comme siège définitif des institutions de la CECA en 1952<sup>14</sup>, alors que Luxembourg avait été choisie comme siège des institutions de la CECA en attendant. La commission des affaires générales de l'assemblée du Conseil de l'Europe avait à cet égard proposé un tel statut pour ce territoire<sup>15</sup>. Il aurait été placé sous l'autorité des institutions de la Communauté politique européenne qui était alors en projet en complément de la Communauté européenne de défense. Mais un accord entre Pierre Mendès France et Konrad Adenauer conclu le 23 octobre 1954, par lequel ils s'accordent sur un autre statut pour la Sarre<sup>16</sup>, met fin à ces réflexions. La Sarre écartée, Jean Monnet continue néanmoins à prôner la mise en place d'un "district européen" regroupant les institutions européennes de la CECA et de la CEE nouvellement créée afin d'assurer leur indépendance vis-à-vis des différents Etats membres de la CEE<sup>17</sup>.

## b) L'égalité des Etats membres et l'efficacité

**846.** Cette problématique de l'indépendance va toutefois disparaître par la suite, au profit d'une autre, celle de la détermination d'une ou plusieurs villes comme siège des institutions. Il faut dans ce cadre se situer entre deux pôles : une Fédération suppose d'un côté une égalité entre les Etats membres, mais l'efficacité de la prise de décision plaide d'un autre côté en faveur d'une concentration au sein d'une même ville des principales institutions. En ce sens, Claude Blumann souligne que si la répartition des sièges des institutions dans différentes villes satisfait la volonté d'une "*décentralisation du pouvoir*", elle est confrontée à la nécessité d'avoir des échanges et une influence sur les autres institutions, ce qui suppose un rassemblement<sup>18</sup>. Il poursuit en indiquant que "*si un Etat puissant [...] peut s'aventurer hardiment dans une politique de délocalisation, il n'est pas certain qu'une structure encore fragile comme la Communauté européenne puisse s'offrir ce genre de luxe*". Une solution de compromis pourrait alors être de réunir le Conseil, la Commission et le Parlement européen dans la même ville tout en conservant une forte décentralisation pour les autres institutions, organes et agences de l'Union européenne à l'instar de la pratique allemande contemporaine.

Ce n'est pas la voie qui a été choisie par la décision du 8 avril 1965 accompagnant le traité de fusion qui fixe le siège provisoire des institutions et organes européens<sup>19</sup>, décision dont le contenu a été confirmé par une décision prise lors du Conseil européen d'Edimbourg de

<sup>14</sup> LEVRET (B.), La Sarre et le Conseil de l'Europe 1949-1954, in : HUDEMANN (R.), POIDEVIN (R.), MAAS (A.) (hrsg.), *Die Saar 1945-1955 : ein Problem der europäischen Geschichte*, R. Munich, Oldenburg Verlag, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p.110. A cet égard, Jean MONNET notait dans ses mémoires : "*en juillet 1952, chacun avait sa ville candidate. La France plaidait pour Strasbourg appuyée par l'Italie, la Belgique pour Liège, les Pays-Bas pour La Haye. Pourquoi, au dernier moment, Schuman lança-t-il l'idée de Sarrebruck, je peux m'imaginer qu'il crut tenir à la fois la solution de plusieurs difficultés*". (*Mémoires*, Fayard, Paris, 1976, p.432)

<sup>15</sup> Voir : LEVRET (B.), *Ibid.*, pp.111 et s. ; FISCHER (P.), Das Saarstatut des Europarats Vorstoß in europäische integrationspolitische Neuland, in : HUDEMANN (R.), POIDEVIN (R.), MAAS (A.) (hrsg.), *Ibid.*, pp. 117 et s.

<sup>16</sup> FISCHER (P.), *Ibid.*, p.118.

<sup>17</sup> "*Le siège des Institutions sera celui de la Communauté. Il ne peut donc dépendre d'un seul des pays membres. Il doit nécessairement être le bien de tous ensemble et, pour cette raison, relever des Institutions communes*". Résolution du 25 novembre 1957 du Comité d'Action pour les Etats-Unis d'Europe pt.III, reproduite dans *20 ans d'action du Comité Jean Monnet (1955-1975), Notre Europe, Problématiques Européennes* Mai 2001, n°8, p.31 : [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/Probl8-fr-2\\_02.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Probl8-fr-2_02.pdf).

<sup>18</sup> BLUMANN (C.), Le Parlement européen après Maastricht : l'émergence d'une institution majeure, *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, Presses de l'Université de Poitiers, 1996, p.164.

<sup>19</sup> Décision n°67/446 du 8 avril 1965 des représentants des gouvernements des États membres relative à l'installation provisoire de certaines institutions et de certains services des Communautés, *JOCE*, n° 152 du 13 juillet 1967, p.18.



décembre 1992<sup>20</sup> qui fixe leur siège définitif. Le contenu de cette décision est repris par le protocole n°12 annexé au Traité d'Amsterdam (protocole n°6 annexé au Traité de Lisbonne). Il en ressort les points suivants : le Conseil a son siège à Bruxelles, mais tient ses sessions en avril, juin et octobre à Luxembourg ; la Commission a son siège à Bruxelles mais une partie de ses services se trouvent à Luxembourg ; le Parlement a son siège à Bruxelles mais ses commissions siègent à Bruxelles et son secrétariat et ses services sont à Luxembourg, la Cour de justice de l'UE a son siège à Luxembourg tout comme la Cour des comptes ; la Banque centrale européenne a son siège à Francfort. Les organes de l'UE sont aussi répartis entre différentes villes, de même dans le cas des agences européennes pour lesquelles on a par ailleurs cherché à tenir compte des différents élargissements, là où les institutions et organes se trouvent sur le territoire des Etats fondateurs. Pour terminer, il est à noter que la déclaration n°22 annexée au Traité de Nice précisait que le Conseil européen se réunirait à Bruxelles, principe qui a été appliqué dès l'entrée en vigueur du Traité en février 2003, à l'exception du Conseil européen de Thessalonique en juin 2003. Le règlement intérieur du Conseil européen reprend ce principe dans son art.1§2<sup>21</sup>, le Président du Conseil européen pouvant uniquement décider d'un autre lieu dans des cas de circonstances exceptionnelles.

## 2) *Le cas particulier du débat sur le siège du Parlement européen*

**847.** L'un des sièges des institutions fait plus particulièrement l'objet de débats, celui du Parlement européen.

L'Assemblée de la CECA avait commencé à se rencontrer à Strasbourg au sein des locaux de l'Assemblée du Conseil de l'Europe à laquelle appartenait la plupart de ses membres à l'origine, et elle a continué à siéger là-bas avec l'entrée en vigueur du traité CEE, alors que ses commissions commençaient à se réunir à Bruxelles où le Conseil et la Commission étaient principalement établis<sup>22</sup>. Le secrétariat avait été installé à Luxembourg, où se trouvaient le Conseil CECA et la Haute Autorité, et il y est resté suite à la conclusion du traité CEE, notamment afin que l'autonomie de l'Assemblée par rapport au Conseil de l'Europe, dans les locaux desquelles elle se réunissait, soit assurée<sup>23</sup>.

Des sessions partielles s'étaient tenues de plus en plus à Luxembourg, jusqu'à ce qu'elles soient plus nombreuses en 1976-77 qu'à Strasbourg, ce qui s'expliquait notamment par le poids du travail des fonctionnaires à une époque où les parlementaires européens, étant parlementaires nationaux, l'Assemblée était non permanente<sup>24</sup>. L'élection au suffrage universel direct va changer la donne sur ce point ainsi que relativement au nombre de membres qui passe de 198 à 410. Les locaux à Luxembourg étant trop étroits et le temps que la ville finisse son nouvel hémicycle, les députés européens avaient pris l'habitude de se réunir à Strasbourg dans le

---

<sup>20</sup> Décision prise du commun accord des représentants des gouvernements des États membres, du 12 décembre 1992, relative à la fixation des sièges des institutions et de certains organismes et services des Communautés européennes, *JOCE*, n° C 341 du 23 décembre 1992, p.1. Elle confirme la décision de 1965 pour les institutions et organes alors existants et elle la complète notamment pour la BCE créée par le Traité de Maastricht.

<sup>21</sup> Décision n°2009/882 du Conseil européen du 1<sup>er</sup> décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur, *JOUE*, n°L 315 du 2 décembre 2009, p.51.

<sup>22</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament*, 7<sup>e</sup> éd., éd. J. Harper, 2007, p.33 ; Pour l'évolution du nombre de membres voir le site CVCE qui précise aussi la répartition des sièges entre Etats :

[http://www.cvce.eu/content/publication/2009/1/5/db0a51da-99ac-4b35-a3c8-78b542b22861/publishable\\_fr.pdf](http://www.cvce.eu/content/publication/2009/1/5/db0a51da-99ac-4b35-a3c8-78b542b22861/publishable_fr.pdf).

<sup>23</sup> COSTA (O.), *Le parlement européen, assemblée délibérante*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2001, p.229.

<sup>24</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 22), p.33 ; COSTA (O.), *Ibid.*, p.231.



nouveau bâtiment du Conseil de l'Europe qui disposait de la place suffisante pour les accueillir et l'idée s'était formée peu à peu parmi eux qu'il fallait réduire à deux les lieux de travail<sup>25</sup>. Le 7 juillet 1981, le Parlement adopte une résolution appelant à une décision sur une place de travail unique, mais indiquant dans l'intervalle tenir les séances plénières à Strasbourg, les réunions de commissions à Bruxelles et que le secrétariat devrait être adapté à ces exigences. Le Luxembourg attaque cette résolution qui donne lieu à un arrêt de 1983<sup>26</sup>. La Cour indique certes qu' "en vertu des devoirs réciproques de coopération loyale [...] les décisions du Parlement européen, de leur côté, doivent respecter la compétence des gouvernements des Etats membres de fixer le siège des institutions et les décisions prises provisoirement entre temps"<sup>27</sup>. Mais elle ajoute que le Parlement peut décider d'arrêter la pratique des rencontres à Luxembourg qu'il avait instituée de sa propre initiative et qu'il n'y avait pas dans cette résolution de transfert de personnel prévu au départ du Luxembourg<sup>28</sup>. Fort de cette victoire, le Parlement européen décide en mai 1983 l'adaptation de la répartition de son secrétariat à ses lieux de travail, au détriment de Luxembourg<sup>29</sup>. La Cour annule cette décision par un arrêt de 1984 pour violation de la décision de 1965 qui avait confirmé Luxembourg comme lieu de travail pour le secrétariat général et les services du Parlement<sup>30</sup>. Le Parlement décide en octobre 1985 d'utiliser un autre moyen pour limiter les lieux de travail, faire construire à Bruxelles un bâtiment permettant d'organiser des réunions de commissions, de groupes, ainsi que de sessions plénières supplémentaires<sup>31</sup>. Cette décision est cette fois-ci attaquée par la France qui craint le début d'un processus en défaveur de Strasbourg. La Cour de justice estime dans un arrêt de 1988 que la construction de ce bâtiment se justifie pour des raisons objectives tenant au bon fonctionnement du Parlement, à savoir la nécessité de sessions plénières supplémentaires pendant les semaines où se déroulent à Bruxelles les réunions de commission, sachant que ces sessions conservent un caractère exceptionnel permettant la compatibilité de la résolution avec la décision de 1965<sup>32</sup>. Finalement, l'accord intergouvernemental de décembre 1992 fixant les sièges définitifs des institutions confirme que le siège officiel du Parlement est à Strasbourg, précisant qu'il y tient les douze séances plénières mensuelles mais que des séances plénières supplémentaires peuvent se tenir à Bruxelles. A cet égard, la Cour précise dans un arrêt de 1997, rendu sur recours de la France contre une décision du Parlement de tenir de telles sessions supplémentaires à Bruxelles, que ces dernières ne sont possibles que dès lors que les 12 sessions prévues à Strasbourg ont eu lieu<sup>33</sup>.

Un des arguments classiques à l'encontre de ces différents lieux est celui du coût. Olivier Costa le relativise, l'estimant à moins de 8% du budget du Parlement européen, et soulignant que les députés doivent de toute façon se déplacer dans l'UE<sup>34</sup>. Il relève en outre que les sessions complémentaires à Strasbourg demandent également aux fonctionnaires de Luxembourg de se déplacer, et que le manque de flexibilité dans leur organisation ne permet pas une réelle adaptation de leur utilisation à l'augmentation d'activité<sup>35</sup>. Mais l'argument jouerait plutôt pour la suppression du secrétariat au Luxembourg... Au contraire, Richard Corbett,

<sup>25</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.33.

<sup>26</sup> CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/ Parlement européen*, aff.C-230/81, Rec.1983 p.255.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pt.38.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pt.44 et pt.57.

<sup>29</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), Emblèmes et symboles de l'identité européenne, *Revue juridique du centre ouest*, avril 1992, n° spécial, p.156.

<sup>30</sup> CJCE, 10 avril 1984, *Luxembourg c/ Parlement*, Aff.108/83, Rec.1984 p.1945.

<sup>31</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), Emblèmes... (op.cit. note 29), p.156.

<sup>32</sup> CJCE, 22 Septembre 1988, *France c/ Parlement*, Aff.358/85 et 51/86, Rec.1988 p.4821,pts.39-40 en lien avec les pts.24 et 26

<sup>33</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> octobre 1997, *France c/ Parlement*, Aff.C-345/95, Rec. 1997 p. I-5215

<sup>34</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.241.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p.242.



Francis Jacobs et Michael Shackleton indiquent que le coût des locaux, du transport des personnes et des dossiers représente 15% de son budget auquel il faut ajouter le coût du transport des membres et du personnel de la Commission, et en soulignent l'effet dommageable pour son effectivité et l'image de l'UE et du Parlement européen en particulier. A cet égard, une résolution du Parlement européen de 2006 indique que les dépenses d'interprétation "*sont environ 30 % plus élevés au Parlement qu'au Conseil et à la Commission*", notamment car "*un nombre très limité d'interprètes locaux peuvent être utilisés lors des sessions à Strasbourg, ce qui augmente les coûts d'interprétation du Parlement à Strasbourg de 13 %*"<sup>36</sup>. Mais l'autre argument majeur est celui de l'efficacité du travail, le Conseil et la Commission se trouvant à Bruxelles. D'autres arguments ont pu être avancés. Ainsi, la réduction de la durée des sessions à Strasbourg décidée par une résolution de 2000 se fonde sur la volonté de pouvoir passer du temps dans sa circonscription, et sur la lutte contre le déficit démocratique<sup>37</sup>. Il est aussi avancé qu'il est plus difficile d'atteindre Strasbourg que Bruxelles car les lignes aériennes internationales sont peu nombreuses et les vols peu fréquents<sup>38</sup>.

Les débats sur le siège ont parfois eu des conséquences fâcheuses<sup>39</sup>. Ainsi, la présidence du Conseil luxembourgeoise et les députés français ne participèrent pas à deux sessions spéciales, sur la guerre du golfe et concernant la crise dans les Etats baltes, les 30 janvier et 6 février 1991, afin de protester contre le fait qu'elles se tenaient à Bruxelles et en représailles, les députés soutenant le siège du Parlement à Bruxelles ne restèrent pas écouter la déclaration de la présidence luxembourgeoise sur l'après guerre du Golfe le 13 mars 1991. Mais surtout, Bill Clinton, alors qu'il était Président, renonça à une visite au Parlement européen suite aux débats sur le lieu de cette rencontre.

Dans un article de 1990, Isabelle Hannequart et Gilles Joly ne jugeaient pas viable cette séparation, en renvoyant aux problèmes également connus par la répartition entre Bonn et Berlin des ministères comme compromis pour faire accepter le choix de Berlin comme nouvelle capitale<sup>40</sup>. La même année une majorité de parlementaires se sont exprimés en faveur de Bruxelles comme siège<sup>41</sup> et en 2006, plus d'un million de citoyens européens ont signé une pétition en ligne pour un seul siège pour le Parlement<sup>42</sup>.

Le débat se poursuit car le choix politique de la décentralisation par rapport à l'efficacité contribue à l'image négative de la gestion des affaires européennes parmi les citoyens européens. Ainsi, un recours de la France contre une résolution du Parlement européen concernant les périodes de sessions parlementaires à Strasbourg est en cours<sup>43</sup>, et le 23 octobre 2012 une très forte majorité des députés européens s'est prononcée pour un siège unique (518 pour sur 700 voix exprimées)<sup>44</sup>. Toutefois, la stabilité même de l'UE n'est pas mise en danger de ce fait.

**848.** Cette question du siège évoquée, il convient de nous pencher sur les institutions

---

<sup>36</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur le rapport spécial n°5/2005 de la Cour des comptes européenne relatif aux dépenses d'interprétation du Parlement, de la Commission et du Conseil (2006/2001(INI)), pt.19.

<sup>37</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.239.

<sup>38</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.32.

<sup>39</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), pp.247-248.

<sup>40</sup> HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...* (op.cit. note 29), p.159.

<sup>41</sup> *Le Monde*, 16/17 décembre 1990 (cité par HANNEQUART (I.), JOLY (G.), *Emblèmes...* (op.cit. note 29), p.158).

<sup>42</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.32

<sup>43</sup> Voir les conclusions de l'avocat général Mengozzi du 6 septembre 2012 dans l'aff.C-237/11 et C-238/11.

<sup>44</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2012 relative à la position du Conseil sur le projet de budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2013 (P7\_TA-PROV(2012)0359), pt.87.

européennes, de présenter l'évolution de l'équilibre entre les intérêts qu'elles représentent et de déterminer si l'équilibre actuel correspond à ce qui peut être attendu au regard du contexte actuel de l'Union européenne, et notamment par à son niveau d'intégration (section II). Mais cet équilibre ne peut lui-même jouer son rôle de stabilisateur de la Fédération que si chacune des institutions est bien adaptée à l'intérêt qu'elle est censée défendre, et il est donc tout d'abord nécessaire de vérifier que la configuration de chacune de ces institutions européennes respecte bien cette condition (section I). Comme le résume Tobias Jaag, "*il ne s'agit pas ici de se déterminer pour un système ou un autre, mais bien plus de trouver la solution optimale à une situation concrète*", adaptée au contexte du système fédéral considéré<sup>45</sup>.

## **Section I : Des institutions adaptées aux intérêts qu'elles défendent**

**849.** Il existe un compromis institutionnel pragmatique à la base de la création la CECA<sup>46</sup> puis de la CEE. L'originalité du système est la mise en place d'une institution, la Haute autorité dans le cadre de la CECA, composée de membres indépendants, avec des pouvoirs importants. Cette institution ayant montré ces avantages est reprise sous la dénomination de Commission dans le traité instituant la CEE, même si ses pouvoirs ont été réduits. La Commission européenne représente l'intérêt général européen, comme l'énonce désormais expressément l'art.17§1 TUE<sup>47</sup>, elle apporte donc ce que Denys Simon qualifie de "*légitimité intégrative*"<sup>48</sup> (§1).

Les Etats du Benelux, s'ils sont par la suite devenus ses premiers défenseurs, craignaient au départ une Haute autorité qui serait dominée par la France et l'Allemagne, et ont pour cette raison soutenu la création d'un Conseil composé des ministres des Etats membres, lors des négociations du traité CECA<sup>49</sup>. Si les autres Etats étaient prêts à donner de larges compétences à une institution supranationale comme la Haute autorité pour les domaines restreints du charbon et de l'acier, ils ne l'étaient pas pour la mise en place de la CEE, et l'institution ayant le poids décisif dans la prise de décision européenne dans ce cadre est clairement le Conseil. Cette institution, qui s'est autoproclamée Conseil de l'UE après le Traité de Maastricht<sup>50</sup> là où les traités parlent simplement de "Conseil", est chargée de la représentation des intérêts des Etats membres (§2).

La troisième institution participant au processus décisionnel est l'Assemblée européenne qui s'est autoproclamée le 30 mars 1962 Parlement européen, dénomination qui a été officialisée dans les traités par l'Acte Unique. Contrairement aux deux autres qui sont, au départ et jusqu'au traité de fusion du 8 avril 1965<sup>51</sup>, propres à la CECA et à la CEE, l'Assemblée est tout comme la Cour de justice dès le départ commune à ces Communautés<sup>52</sup>. L'Assemblée n'était pas le cœur

---

<sup>45</sup> JAAG (T.), *Die Zweite Kammer im Bundesstaat. Funktion und Stellung des schweizerischen Ständerates, des deutschen Bundesrates und des amerikanischen Senats*, Zürich Schulthess, 1976, p.85 note 2. Voir aussi en ce sens : HEGER (M.), *Deutscher...* (*op.cit.* note 6), p.103 et p.121.

<sup>46</sup> Cette Communauté est ici évoquée, alors qu'elle a été écartée de l'étude globale en raison de son objet limité, car le système institutionnel de la CEE s'en est inspiré.

<sup>47</sup> Art.17§1 TUE : "*La Commission promeut l'intérêt général*".

<sup>48</sup> DENYS (S.), *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd, PUF, 2001, p.183.

<sup>49</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 23), . p.23 ; MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands et petits Etats dans l'Union Européenne : réinventer l'équilibre, Notre Europe, Etudes et recherches*, n°25, Mai 2003, p.16.

<sup>50</sup> Décision n°93/591 du Conseil du 8 novembre 1993, relative à sa dénomination suite à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, *JOCE*, n° L 281 du 16 novembre 1993, p.18.

<sup>51</sup> Le Traité de fusion de 1965 opère la fusion de la Haute autorité, de la Commission CEEA et de la Commission CEE, et des trois Conseil remplacés par un Conseil des Communautés européennes (art.1) (*JOCE*, n° 152 du 13 juillet 1967, p.1).

<sup>52</sup> Elles sont aussi communes à la Communauté européenne de l'Energie atomique (CEEA) établie par un traité entre les mêmes Etats membres le même jour que la CEE (Convention relative à certaines institutions communes aux Communautés européennes, in : *Mémorial du Grand-Duché de Luxembourg*, 3 décembre 1957, n° 69, pp.1623-1627).



des préoccupations, l'essentiel pour les promoteurs de la construction européenne était la Haute autorité et la Cour de justice qui devaient "*tempér[er][...] l'intergouvernementalisme*" du Conseil<sup>53</sup>. Jean-Pierre Cot souligne en ce sens que "*le Parlement européen apparaît comme une excroissance sur un système institutionnel qui n'avait pas été conçu pour lui faire une place véritable*"<sup>54</sup>. L'inclusion d'une assemblée dans le système de la CECA reprise par la CEE s'explique pour plusieurs raisons<sup>55</sup>. Il y a tout d'abord un certain contexte juridique des organisations internationales d'après guerre qui prévoient souvent une assemblée, le modèle pour la CECA étant celle du Conseil de l'Europe composée de parlementaires des Etats membres. Ensuite une volonté symbolique meut les rédacteurs du traité CECA, celle de faire siéger des députés d'anciens Etats ennemis. Enfin, les rédacteurs espéraient que cette Assemblée jouerait un rôle de contrôle de la Haute Autorité, et par là même de légitimation de cette structure supranationale. Mais Olivier Costa note qu'en pratique "*les relations entre la Haute Autorité et l'Assemblée commune [se sont] apparent[ées] davantage à celles d'un directoire exécutif et d'une assemblée d'actionnaires au sein d'une entreprise multinationale, qu'à celles d'un gouvernement et d'un parlement*"<sup>56</sup>. Il souligne par ailleurs que le but d'efficacité a conduit à donner à l'Assemblée des pouvoirs réduits, afin de ne pas ralentir le travail technique de la Haute autorité et le travail politique du Conseil<sup>57</sup>. Mais au fur et à mesure des révisions des traités, le Parlement européen a vu ses compétences augmenter et s'est affirmé comme le principal garant de la légitimité démocratique au niveau européen (§3).

## **§1. La Commission, expression de l'intérêt général européen**

**850.** La Commission européenne est, tout comme le Conseil fédéral suisse, un collège, c'est-à-dire "*un rassemblement de plusieurs personnes qui agissent à égalité juridique et concrète comme unité juridique autonome*" dont "*les missions sont remplies par des membres égaux, idéalement sans la conduite par l'un d'entre eux*"<sup>58</sup>. La CJCE a donné sa propre définition du principe de collégialité qui "*repose sur l'égalité des membres de la Commission dans la participation à la prise de décision et implique notamment que les décisions soient délibérées en commun et que tous les membres du collège soient collectivement responsables, sur le plan politique, de l'ensemble des décisions arrêtées*"<sup>59</sup>. Il en ressort que la collégialité implique une logique de fonctionnement particulière (A), qui participe à la garantie de la défense de l'intérêt général qui est assignée à la Commission par l'art.17§1 TUE. Se posent alors la question des garanties que les commissaires poursuivront bien cet intérêt général, ainsi que la question de la procédure suivie pour permettre de le dégager (B).

<sup>53</sup> MANIN (P.), La "méthode communautaire" : changement et permanence, in : BLANQUET (M.) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p.217.

<sup>54</sup> COT (J.-P.), Le Parlement européen : fausse perspective et vrai paradoxe, in : *Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p.121 (cité par : PLIAKOS (A.), L'Union européenne et le Parlement européen : y a-t-il vraiment un déficit démocratique?, in : LE HARDY DE BEAULIEU (L.) (dir.), *Du déficit démocratique à l'Europe des citoyens : travaux des troisièmes journées d'étude Jean Monnet*, Presses universitaires de Namur, 1995, p.166).

<sup>55</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), pp.19-20.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p.21.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp.22-23. L'auteur relève que ses principaux rédacteurs (ou inspireurs) Jean Monnet, Etienne Hirsch et Paul Reuter, ne venaient pas du monde politique.

<sup>58</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip : seine Grundsätze und Konkretisierungen im Bereiche von Regierung und Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Bundesrates*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, p.1.

<sup>59</sup> CJCE, 29 septembre 1998, *Commission c/ Allemagne*, aff.C-191/95, Rec.1998 p.I-5449, pt 39. Voir aussi : *Ibid.*, pts 33 et s. Voir également dans ce sens : CJCE 23 septembre 1986, *AKZO Chemie c/ Commission*, aff.5/85, Rec.1986 p.2585, pt.30 ; CJCE, 15 juin 1994, *Commission/BASF*, aff.C-137/92 P, Rec.1994 p. I-2555, pt 63.

## **A. La collégialité : une logique de fonctionnement particulière**

**851.** Différents avantages de la collégialité ont été résumés par Kurt Eichenberger<sup>60</sup>. Elle a tout d'abord une fonction de limitation du pouvoir par les contrôles internes mutuels entre membres qu'elle engendre, ainsi que de creuset de connaissances. Elle est ensuite, un principe régulateur, elle a une fonction d'équilibre car elle reproduit la diversité de la société tout en ayant un effet intégrateur par le biais du compromis qu'elle favorise. Elle est une garantie de stabilité et de continuité, ce qui permet d'atteindre un standard de qualité plus élevé que dans les systèmes de domination par une personnalité, et de réduire les risques d'erreurs dues à la méconnaissance des réalités et au manque d'expérience<sup>61</sup>. Mais la collégialité entraîne un certain nombre d'inconvénients : besoin de plus de temps pour la prise de décision, risque que des personnalités fortes ne respectent pas la retenue face au collège, risque d'un manque d'innovation en raison d'un accord sur le plus petit dénominateur commun<sup>62</sup>. Nous soulignerons plus particulièrement les nécessités d'adaptation à une prise de décision effective qu'elle implique (1). Par ailleurs, on retrouve les mêmes problèmes de cohérence au niveau de l'action de ses membres et des différents services que pour les gouvernements de régimes parlementaires, mais accentués par le caractère collégial de l'enceinte (2). Différentes solutions ont été tentées ou proposées pour faire face à ces différents problèmes (3).

### ***1) La problématique de la capacité de décision du collège***

**852.** Le travail au sein du collège implique une certaine attitude de la part des membres, le facteur personnel joue un rôle particulièrement important (a). En outre, chaque commissaire européen ayant la responsabilité d'un portefeuille et chaque conseiller fédéral suisse étant également chef d'un département, il est nécessaire, pour que la prise de décision soit véritablement commune, qu'ils soient en mesure de se prononcer sur les propositions qui ne relèvent pas du champ de compétence particulier qui leur a été attribué (b).

Enfin, si la collégialité peut apparaître adaptée à un ensemble multiculturel comme la Suisse ou l'Union européenne car elle permet de traduire la pluralité de la population fédérale<sup>63</sup>, la difficulté est de trouver un accord permettant d'allier cette diversité d'une part, et l'adaptation du nombre de membres aux différents domaines de compétence à couvrir tout en permettant le maintien d'une capacité de fonctionnement collégial d'autre part (c).

#### **a) L'adaptation "personnelle" des membres à la collégialité**

**853.** Le choix de membres aptes à travailler dans un système collégial est primordial<sup>64</sup>, aussi les parlementaires suisses élisent-ils en général des personnes ayant des propensions à réaliser des consensus. L'ancien conseiller fédéral Max Petitpierre résume la perspective en indiquant que *"l'homogénéité du Conseil fédéral ne dépend pas de l'uniformité des vues de ses membres sur tous les problèmes, mais de la manière dont les conseillers fédéraux conçoivent et observent la collégialité, de leur volonté de coopérer et de ne pas se laisser entraîner à faire une politique personnelle, de leur caractère et de leur indépendance d'esprit"*<sup>65</sup>. La confiance mutuelle est en effet une condition essentielle à la coopération, il ne faut pas que les membres bloquent

---

<sup>60</sup> EICHENBERGER (K.), Organisatorische Probleme des Kollegialsystems, in : VERFASSUNGSRAT UND REGIERUNGSRAT DES KANTONS AARGAU (hrsg.), *Der Staat der Gegenwart : ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1980, p.440.

<sup>61</sup> GUT (W.), Das Kollegialitätsprinzip, *ZBl*, 1989, n°1, p.29.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p.28.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp.29-30.

<sup>64</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.50.

<sup>65</sup> Cité par : *Ibid.*, p.25 note 98.

mutuellement leurs initiatives<sup>66</sup>. Mais pour cela, il faut un apprentissage de la collégialité et des différences de culture, et d'une manière générale de la méthode de travail au sein de l'institution. Dans le cas Suisse, l'expérience a pu être acquise par la participation à un gouvernement cantonal où il est appliqué et le maintien en poste permet dans tous les cas l'habitude du système de la collégialité.

Le principe de collégialité exige par ailleurs que tous les membres respectent les décisions prises par le collège<sup>67</sup>. En Suisse, l'art.12§2 LOGA, qui impose aux membres la défense de tous les projets de textes proposés par le Conseil fédéral même s'ils y sont opposés, en est la traduction. Tous les membres doivent faire bloc derrière les décisions collégiales, en vertu du principe "d'identification"<sup>68</sup>. Cependant, les avis divergent quant à l'étendu de cette obligation. Certains auteurs estiment qu'un conseiller n'est pas obligé de présenter une décision devant le parlement ou en public quand il ne s'accorde pas avec sa conscience (éthique, social, environnement), et, qu'en dehors des problèmes liées à sa conscience, l'obliger à défendre en public un projet qu'il a combattu serait contreproductif<sup>69</sup>. Ils mettent dans ce cas en avant la distinction entre l'obligation comme membre du collège à défendre une décision et la liberté personnelle en tant que personne. A l'inverse, d'autres auteurs estiment que l'exposition publique des divergences entre membres est contraire à la collégialité<sup>70</sup>, même s'ils concèdent que forcer un conseiller fédéral à présenter à l'Assemblée fédérale un texte auquel il s'est personnellement opposé n'est pas forcément souhaitable, car il défend alors avec beaucoup moins de conviction. A cet égard, il est à noter que les oppositions internes au Conseil fédéral ont augmenté depuis la fin des années 1980, notamment par rapport à l'Union européenne<sup>71</sup>, Christophe Blocher notamment, membre influent de l'Union démocratique du centre (UDC), n'a, à plusieurs reprises, pas respecté cette solidarité<sup>72</sup>.

**854.** La Commission européenne a potentiellement plus de risque d'hétérogénéité que le Conseil fédéral car, comme le remarque Peter Mandelson, elle met en présence des personnes ne se connaissant pas et n'ayant pas d'emblée, comme c'est le cas dans un gouvernement majoritaire, un accord sur un certain nombre de points formant un programme d'action<sup>73</sup>. Si les conseillers fédéraux suisses n'ont pas non plus cet accord, ils se connaissent généralement des assemblées.

Les conditions requises pour la nomination en qualité de membre de la Commission prévues à l'art.17§3 al.2 TUE n'incluent pas de référence expresse à l'obligation de respect du principe de collégialité. Le Traité de Lisbonne pose certes comme condition nouvelle, l'"engagement européen", condition reprise du projet de Trait constitutionnel au sujet de laquelle Pertek soulignait la difficulté de la jauger<sup>74</sup>. Elle pourrait renvoyer à l'idée d'une expérience

<sup>66</sup> GUT (W.), *Das Kollegialitätsprinzip* (op.cit note 61), p.31.

<sup>67</sup> LUZIUS (M.), *Bundesrat und Bundesverwaltung*, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001, p.1054.

<sup>68</sup> SALADIN (P.), *Probleme des Kollegialitätsprinzips*, RDS,1985, n°1, p.279.

<sup>69</sup> Voir : *Ibid.*, pp.282-284. Peter SALADIN cite notamment le cas d'un conseiller qui a refusé de présenter le projet de loi IVG devant le Parlement. Il reconnaît toutefois la difficulté de délimiter l'aspect personnel du statut de conseiller.

<sup>70</sup> AUBERT (J.-F.), *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967, t.II, p.571 et s. Dans le même sens : UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(op.cit. note 58), p.60.

<sup>71</sup> MIEVILLE (D.), *La collégialité mangée aux mites*, *Journal de Genève*, 29/30 Octobre 1994, p.1.

<sup>72</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition gouvernementale durable : émergence, institutionnalisation et crise de la "formule magique" en Suisse (1959-2003)*, Université de Lausanne, Institut d'études politiques et internationales, 2008, p.30.

<sup>73</sup> Discours de 2005 cité par SPENCE (D.), *The President, the College and the cabinets*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, éd. John Harper, 3e ed, 2006, p.47. Voir dans le même sens Leon Brittan cité par : JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires européens : technocrates, diplomates ou politiques ?*, Presses de Science Po, 2002, p.112 note 1.

<sup>74</sup> PERTEK (J.), *Article I-27, Le Président de la Commission européenne*, in : BURGORGUE-LARSEN (L.),



politique touchant les affaires européennes ou plus largement d'une connaissance du fonctionnement de l'Union européenne, ou encore à un engagement au sens propre en faveur de l'intégration européenne, éléments pouvant favoriser un bon travail au sein de la Commission, mais n'ayant dans le meilleur des cas qu'une influence indirecte sur la collégialité. Outre l'impératif d'indépendance, une exigence de compétence générale est posée depuis le Traité de Rome de 1957 qui pourrait certes être comprise comme incluant une adaptation du candidat au travail collégial en dehors du portefeuille qui lui est confié. Toutefois, l'approbation par le Parlement européen n'est pas opérée par candidat, sauf pour la présidence, et il ne peut remplacer les candidats proposés par les Etats. Le vote global d'approbation de la Commission ne permet ainsi d'écarter les candidats que dans des cas extrêmes<sup>75</sup>, mais pas de juger de leur propension à rechercher des compromis et plus généralement à respecter le principe de collégialité. Au contraire, les conseillers fédéraux suisses sont élus individuellement, et font l'objet d'un accord entre les partis, si bien que les candidats officiels des partis jugés inadaptés à la fonction sont alors souvent écartés et d'autres élus à leur place.

Le faible nombre de rencontres entre les membres la Commission, une fois par semaine au maximum sans compter les absences dues à des déplacements en dehors de Bruxelles, ne contribue pas non plus à voir se développer un esprit de corps<sup>76</sup>. Ceci peut être pallié en cas de maintien en poste durable comme c'est le cas des conseillers fédéraux suisses. En effet, les conseillers fédéraux restent en moyenne dix ans en place, les sortants étant généralement réélus<sup>77</sup>. Ils prennent donc l'habitude de travailler ensemble, il se crée une certaine socialisation qui favorise le travail collégial<sup>78</sup>. Dans le cas de la Commission, de 1967, date du Traité de fusion des institutions, à 1999, 47 % des commissaires ont été nommés une fois, 33,5 % deux fois, 16 % trois fois, et au-delà 3,5%<sup>79</sup>. La durée de participation à la Commission dépend des contextes politiques nationaux. Si un parti se maintient au pouvoir, il y a plus de chances qu'un commissaire reste en poste, mais même dans ce cas le maintien à la Commission dépend de la volonté des dirigeants de l'Etat concerné et de celle du concerné qui peut être tenté de privilégier le retour à une carrière politique nationale. Le pourcentage de maintien a diminué dans les Etats qui disposaient jusqu'à la Commission Barroso du choix de deux commissaires, ce qui permettait de donner aux deux principaux partis un pouvoir de proposition et donc une possibilité d'un certain maintien en dépit d'une alternance partisane au pouvoir. Cela n'empêche pas le maintien d'une proportion importante de second mandat. Si dans la première Commission Barroso (2004-2009) trois membres seulement, étaient déjà commissaires<sup>80</sup>, la seconde Commission Barroso (2009-2014) compte 9 membres dont c'est au moins le second mandat, dont un dont c'est le troisième mandat<sup>81</sup>. Il est par contre à noter que les postes nationaux sont encore privilégiés par rapport aux mandats européens comme l'illustrent les fréquentes

---

LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article, t.1, parties I et IV : aArchitecture constitutionnelle*, Bruylant, p.346.

<sup>75</sup> Voir sur la procédure de nomination des commissaires et les pouvoirs du Parlement européen à cet égard, notamment la procédure d'audition : *infra* section II §3 B 1).

<sup>76</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.49.

<sup>77</sup> LUZIUS (M.), *Bundesrat...* (*op.cit.* note 67), p.1053.

<sup>78</sup> KRIESI (H.), *Le système politique suisse*, Economica, Paris, 1998, p.213.

<sup>79</sup> N'ont été pris en compte que les commissaires nommés par des pays déjà membres de la CE lors du collège précédent: cf. : JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.31.

<sup>80</sup> Günter Verheugen (allemand), Margot Wallström (suédoise), et Viviane Reding (luxembourgeoise). Par contre, Jacques Barrot, Joaquín Almunia, et Olli Rehn avaient seulement terminé le mandat de la Commission Prodi pour quelques mois en 2004 et on ne peut parler de second mandat.

<sup>81</sup> Viviane Reding (3<sup>e</sup> mandat), Nellies Kroes (néerlandaise), Olli Rehn (finlandais), Siim Kallas (estonien), José Manuel Barroso (portugais), Andris Pielbags (letton), Joaquín Almunia (espagnol), Janez Potočnik (slovène). En outre, il est à noter que Michel Barnier (français) avait déjà été membre de la Commission Prodi. Par contre, Catherine Ashton, Androuïlla Vassiliou, avaient seulement terminé le mandat de la première Commission Barroso à partir du printemps 2008, et Algirdas Šemeta à partir de juillet 2009 et on ne peut parler de second mandat.



démissions de commissaires avant la fin de leur mandat<sup>82</sup>, même si l'on peut citer le cas inverse de Jacques Santer et José-Manuel Barroso qui ont démissionné de leur poste de Premier Ministre, respectivement du Luxembourg et du Portugal, pour devenir Président de la Commission.

## b) Les conditions fonctionnelles d'une décision véritablement collégiale

**855.** Au-delà, il faut donner les moyens au collège de prendre une vraie décision commune.

Si l'on prend le cas suisse, le Conseil fédéral doit en effet non seulement prendre des décisions politiques fondamentales, mais encore être capable de contrôler, donner des instructions aux départements : fixer des priorités, encadrer leur marge de manœuvre, coordonner les affaires concernant plusieurs départements, ...<sup>83</sup>. Il en découle qu'il est indispensable que tous les membres aient des connaissances sur les différents sujets qui sont soumis au collège, afin d'exercer un contrôle mutuel interne effectif, consistant dans les échanges d'information et d'avis<sup>84</sup>.

Ces remarques sont également valables pour la Commission européenne. La pratique est variable selon les commissaires. L'étude des dossiers hors portefeuille suppose que leur cabinet comprenne des membres compétents dans les différents domaines d'action de la Commission<sup>85</sup>. Il est toutefois à noter que les commissaires ont tendance à s'intéresser à des questions susceptibles d'avoir des effets sur leur propre portefeuille. Ainsi un fonctionnaire de la DG concurrence a-t-il été par exemple nommé par Marcelino Oreja dans son cabinet alors qu'il était responsable des affaires culturelles, car il devait participer avec le commissaire à la concurrence, Mario Monti, aux négociations pour l'actualisation de la directive télévision sans frontière<sup>86</sup>. Mais il existe des contre-exemples. Ainsi Leon Brittan appliquait la stricte logique d'un membre de collège, à savoir être capable de traiter n'importe quel sujet qui devait être tranché par la Commission<sup>87</sup>. Ses membres ont ainsi pu parfaitement jouer le rôle de contrôle lors des réunions avec leurs homologues des autres cabinets, et étaient écoutés, notamment parce qu'on les savait bien préparés aux dossiers qui ne relevaient pas du domaine d'action de leur commissaire<sup>88</sup>. Avec l'extension des compétences, cela devient toutefois extrêmement difficile. On retrouve le même problème dans le cas en Suisse où chaque département n'a en pratique que peu de temps à consacrer aux affaires des autres départements, ce qui se traduit par une forte perte d'unité du Conseil fédéral<sup>89</sup>. Il a été appelé à décharger les membres du collège des détails de la préparation des projets de leur département afin de leur laisser du temps pour se concentrer sur la prise de décision au sein du collège<sup>90</sup>.

**856.** A la différence d'un gouvernement où le Premier ministre dispose du pouvoir de direction

---

<sup>82</sup> Ainsi, les commissaires Franco Frattini et Peter Mandelson ont démissionné pour respectivement devenir ministre des affaires étrangères en Italie en mai 2008 et "vice Premier ministre" au RU en octobre 2008.

<sup>83</sup> UEBERWASSER (H.), Die Mitwirkung des Bundesratskollegiums in der Bundesversammlung im Lichte des Kollegialprinzips, in : *Das Parlament, "oberste Gewalt des Bundes" ? : Festschrift der Bundesversammlung zur 700-Jahr-Feier der Eidgenossenschaft*, Paul Haupt, Bern, 1991, p.332.

<sup>84</sup> GUT (W.), Das Kollegialitätsprinzip (op.cit note 61), p.27.

<sup>85</sup> Un code de conduite des commissaires a été adopté le 24 novembre 2004 lors de la première réunion de la Commission Barroso (SEC (2004) 1487/2), prenant la suite des deux codes de conduite adoptés par la Commission le 9 mars 1999. Il précise notamment ce rôle de préparation du cabinet des dossiers hors portefeuille nécessaire pour la participation aux réunions du collège (pt.2.2 (1), p.7).

<sup>86</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(op.cit. note73), p.63.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p.151.

<sup>88</sup> *Ibid.*, pp.151-152.

<sup>89</sup> Jakobs DUBS le dénonçait déjà (*Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich, 1878, p.68).

<sup>90</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(op.cit. note 58), p.24. Voir aussi : *infra c*).

politique, un mécanisme collégial suppose un soutien positif de l'ensemble du collège à un projet.

En Suisse, les membres s'occupent de plus en plus quasiment exclusivement des affaires de leur département, et ce renforcement du principe départemental, conduit à ce que la condition que la minorité accepte la décision de la majorité est de moins en moins remplie, favorisant les déclarations publiques contradictoires entre conseillers fédéraux<sup>91</sup>. Selon un principe de collégialité strict, l'administration ne devrait être que le simple préparateur et exécutant des affaires du collège avec une compétence liée. L'art.91 aCS 1848 (103 aCS 1874) indiquait ainsi que "*les affaires du Conseil fédéral sont réparties par départements entre ses membres*", mais poursuivait que "*cette répartition a uniquement pour but de favoriser le contrôle et le traitement des affaires*" et que "*chaque décision provient du Conseil fédéral en tant qu'autorité*". Il est toutefois à noter que, très rapidement, les conseillers fédéraux en ont relativisé la portée<sup>92</sup>, même si c'est seulement avec la révision de 1914 que la Constitution fait correspondre le texte à la pratique en modifiant cet article. Modernisation industrielle, élargissement des compétences fédérales ont joué en faveur du principe du ressort et en défaveur du principe de collégialité<sup>93</sup>.

Il faut par ailleurs noter que le principe départemental n'est pas en antinomie avec le principe de collégialité, et qu'il est même nécessaire à son épanouissement par la masse de travail qu'il retire au collège. Ce sont ainsi notamment les départements qui exécutent et dirigent la coopération avec les cantons<sup>94</sup>. La direction d'un département par chacun des conseillers est par ailleurs subordonnée au collège<sup>95</sup>. Mais il faut alors que le collège joue vraiment son rôle, qu'il se transforme en simple conférence réglant les points faisant débat, chacun limitant ses critiques face aux projets des autres en attendant en retour le même comportement de la part de ses collègues. Il ne faut pas non plus à l'inverse que l'on aboutisse à une prise de décision collégiale favorisant la stagnation, la réduction au plus petit dénominateur commun<sup>96</sup>.

Pour diminuer le poids des départements par rapport au collège, il a été soutenu que les projets ne devraient pas toujours être présentés par le chef de département qui les ont préparés<sup>97</sup>, mais c'est en même temps celui qui les connaît le mieux et apparaît comme le plus crédible devant le Parlement. Un autre élément joue en défaveur du collège : le chef de département communique sur le projet qu'il a préparé, alors que son investissement personnel dans les activités du gouvernement collégial n'est pas visible à cause des principes de solidarité collégial et de confidentialité, ce qui le conduit à plus s'investir dans le travail du département. Les

<sup>91</sup> KLÖTI (U.), *Regierungsreform in der Schweiz*, in : RIKLIN (A.) (Hrsg), *Kleinstaat und Menschenrechte. Festgabe für Gerard Batliner zum 65. Geburtstag*, Basel, 1993, p.508.

<sup>92</sup> Dès 1878, le Conseil fédéral souligne sa trop grande charge de travail et fait des objections au sens originel de l'article (*BBl*, 1878 II, p.949 et s.). De même, dans un rapport de 1894, il indique que cette disposition ne devrait pas être prise au sens strict, à peine de noyer le travail général important par des tâches secondaires (Message concernant l'organisation et le déroulement des affaires du Conseil fédéral, *BBl*, 1894 II, p.779).

<sup>93</sup> URS (A.), *Plädoyer für die Verstärkung des Präsidialprinzips im Bundesrat*, in : *Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller*, Walter R. Schlupe, Berne, 1993, pp.211-212

<sup>94</sup> UEBERWASSER (H.), *Die Mitwirkung...*(*op.cit.* note 83), p.330.

<sup>95</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.20.

<sup>96</sup> RHINOW (R.), *Die Regierungsreform im Bund*, in : ZEN-RUFFINEN (P.), AUER (A.) (éd.), *de la constitution : études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1996, p.89. Voir aussi : COTTIER (T.), *Regierungsreform und stiller Verfassungswandel im Kontext der internationalisierung des Rechts*, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie - Regierungsreform - Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag*, p.90 ; BREITENSTEIN (M.), *Reform der kollegialregierung : Bundesrat und Staatssekretäre in einem zweistufigen Regierungsmodell*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1993, pp.26-27.

<sup>97</sup> En ce sens : UEBERWASSER (H.), *Die Mitwirkung...*(*op.cit.* note 83), p.333 ; ID., *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.62.

médias accentuent le phénomène puisqu'ils présentent toujours une décision en lien avec le chef du département qui a conduit le projet, et ne font que rarement mention du Conseil fédéral comme détenteur de cette mission<sup>98</sup>.

Cela ne se pose pas en ces termes dans le cas de la Commission puisque son problème est celui de la publicité même de son action, le débat n'en est même pas au stade de savoir si c'est elle ou un commissaire qui doit être mis en avant. Toutefois, il a été, tout comme en Suisse, relevé que les commissaires avaient tendance à considérer que les questions relevant de leur portefeuille étaient de leur "*seule responsabilité*"<sup>99</sup>. Mais les commissaires ne restent pas pour un grand nombre d'entre eux en poste, à la différence des conseillers fédéraux suisses où le phénomène d'accaparement par un membre est encore accentué. Si la continuité de la direction d'un département permet la familiarité avec les affaires traitées, elle peut être vue comme contribuant avec l'augmentation des connaissances du détenteur du domaine du département à la diminution corrélative de celle de ses collègues, le Conseil fédéral ratifiant seulement ce qui a déjà été décidé par le conseiller<sup>100</sup>.

Enfin, il est à noter qu'*a contrario* du système suisse, le système européen connaît une responsabilité politique collégiale de la Commission, ce qui joue en faveur de sa collégialité. Bernhard Ehrenzeller voit ainsi dans l'absence d'un mécanisme de responsabilité en Suisse, et dans l'absence de pression extérieure qui en résulterait, une véritable faiblesse du Conseil fédéral<sup>101</sup>.

### c) Le problème du nombre de membres du collègue

**857.** Alors qu'en Suisse des réflexions sont menées pour augmenter le nombre de conseillers fédéraux pour désengorger le collègue, l'inverse est en débat au sein de l'Union européenne. La Commission européenne est passée de 9 membres depuis sa création en 1958<sup>102</sup> à 27 membres au fur et à mesure des élargissements. A cet égard, la commission pour les affaires européennes de la Chambre des Lords était déjà en 1985 d'avis dans le contexte d'une Commission composée de dix sept membres "*qu'il était douteux que les membres d'une si large instance puisse travailler efficacement et harmonieusement comme 'collègue'*"<sup>103</sup>. Un autre problème d'une augmentation des effectifs de la Commission était également déjà souligné par Margaret Thatcher qui indiquait en dehors du problème d'efficacité qu'une "*Commission de 17 est probablement trop large pour [...] fournir à tous ses membres des portefeuilles sérieux*"<sup>104</sup>. Si une extension des compétences de la CE et de l'UE a certes eu lieu depuis, elle s'est accompagnée d'une extension parallèle du nombre d'Etats membres et par ricochet de commissaires. L'art.213§1 CE (157§1 CEE) précisait en effet jusqu'au Traité de Nice que la Commission devait comprendre au moins un national de chaque Etat membre et soulignait la possibilité d'avoir jusqu'à deux membres de la même nationalité, ce qui était le cas pour les Etats membres ayant une population importante.

Les gouvernements comprennent certes souvent beaucoup de ministres dans les systèmes parlementaires, mais le Président de la Commission n'a pas des pouvoirs équivalents à ceux d'un Premier Ministre, notamment d'instructions, qui donne une cohérence à l'ensemble<sup>105</sup>. Son

<sup>98</sup> BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 96), p.26 ; EHRENZELLER (B.), *Kollegialität und politische Verantwortlichkeit im schweizerischen Konkordanz-system*, *ZBl*, 1999, Vol.100 n°3, p.152.

<sup>99</sup> ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union Européenne*, 9e édition, 2006, p.87.

<sup>100</sup> BURCKHARDT (W.), *Die Reorganisation der Bundesverwaltung*, *Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1911, vol.25, p.362.

<sup>101</sup> EHRENZELLER (B.), *Kollegialität...*(*op.cit.* note 98), p.161.

<sup>102</sup> La Commission de la CEE a maintenu ce nombre après sa fusion avec la Haute Autorité et la Commission de la Communauté européenne de l'énergie atomique.

<sup>103</sup> Cité par : SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note 73), p.55.

<sup>104</sup> Cité par : *Ibid.*

<sup>105</sup> Voir notamment : NOËL (E.), *La Commission européenne dans la perspective de la Conférence*

influence sur l'issue d'une discussion ne résulte pas de pouvoirs juridiques de direction mais de sa personnalité. Or, avec l'augmentation du nombre de membres, une décision collégiale est plus difficile à atteindre et le risque devient plus important que des sous-groupes se développent et conduise à des conflits, renforçant la nécessité de coordination<sup>106</sup>.

Le protocole n°1 sur l'élargissement de l'Union européenne annexé au Traité de Nice a précisé une évolution par étape pour limiter cette augmentation. L'art.4§1 prévoyait tout d'abord l'abandon du deuxième commissaire pour les plus grands Etats au profit d'un commissaire national de chaque Etat membre, mais cela ne pouvait constituer qu'un amortissement de l'augmentation du nombre de membres suite aux élargissements de 2004 et 2007<sup>107</sup>. Aussi, l'art.4§2 poursuivait que dès que l'UE atteindrait 27 Etats membres l'art.213§1 CE serait modifié et le nombre de commissaires fixé par une décision à l'unanimité du Conseil. L'art.4§3 précise que ce nombre devrait être inférieur à celui d'Etats membres et qu'un système de rotation égalitaire devrait être respecté. Avec le Traité de Lisbonne, l'art.17§5 al.1 TUE prévoit désormais que le nombre de commissaires devrait correspondre à partir de 2014 aux "*deux tiers du nombre des Etats membres*". Il précise ensuite que "*les membres de la Commission sont choisis parmi les ressortissants des États membres selon un système de rotation strictement égale entre les États membres permettant de refléter l'éventail démographique et géographique de l'ensemble des États membres*". L'art.244 TFUE ajoute que "*les États membres sont traités sur un strict pied d'égalité pour la détermination de l'ordre de passage*". Mais le traité prévoit également à l'art.17§5 al.1 TUE la possibilité pour le Conseil européen de modifier ce nombre. Or, il a été fait usage de cette possibilité suite au non irlandais lors du premier référendum sur le Traité de Lisbonne, afin de permettre sa ratification, les irlandais exigeant notamment l'assurance du maintien d'un commissaire irlandais<sup>108</sup>.

**858.** La dernière partie de l'art.17§5 al.1 TUE n'est pas sans rappeler la formulation de l'art.175 CS qui précise que le Conseil fédéral se compose de sept membres (§1) et que "*les diverses régions et les communautés linguistiques doivent être équitablement représentées au Conseil fédéral*" (§4). L'usage de l'adverbe "équitablement", et dans la version allemande "angemessene Vertretung", suggère une souplesse, il n'exige pas que les communautés linguistiques et les différentes régions géographiques soient toujours représentées en fonction de leur population au Conseil fédéral<sup>109</sup>. En outre, il est tenu compte de la confession, même si ce critère joue un rôle secondaire par rapport au XIX<sup>e</sup> siècle où il était déterminant pour l'équilibre, de l'appartenance politique<sup>110</sup>. Daniel-Louis Seiler notait en 1987 que depuis 1959, la répartition était : au plan politique 2 PRD, 2 PDC, 2 PSS, 1 PAB<sup>111</sup> (devenu UDC), linguistique 4 germanophones et 2

---

Intergouvernementale de 1996, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, colloque Latsis, 1995, publications de l'institut européen de l'université de Genève, Genève, 1996, p.72.

<sup>106</sup> Heinrich UEBERWASSER fait ces remarques dans la perspective d'une augmentation du nombre de conseillers fédéraux suisses, mais elles sont transposables à la Commission (*Das Kollegialprinzip*, p.6 note 17).

<sup>107</sup> Cet article prévoyait une application à partir de 2005, mais l'Acte d'adhésion des dix nouveaux Etats a avancé ce principe au 1<sup>er</sup> novembre 2004, soit la date de l'entrée en fonction de la Commission élue suite aux élections du Parlement européen de juin 2004.

<sup>108</sup> Le Conseil européen de décembre 2008 a ainsi indiqué qu'il avait convenu qu'une fois le Traité de Lisbonne entré en vigueur une décision serait prise afin de maintenir le principe d'un national de chaque Etat membre au sein de la Commission (Conclusions, pt.2). Cela a été à nouveau réaffirmé par les conclusions du Conseil européen de juin 2009 (pt.2).

<sup>109</sup> PINDER (J.), Le fédéralisme de l'Union européenne : six questions posées aux Suisses, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *L'Union...* (*op.cit.* note 105), p.52.

<sup>110</sup> LUZIUS (M.), Bundesrat... (*op.cit.* note 67), p.1051.

<sup>111</sup> Sur les partis suisses, cf. *infra* : §3 B 1) b). PRD (parti radical démocratique), PDC (parti démocrate chrétien), PSS (parti socialiste suisse), PAB (parti des paysans, artisans, et bourgeois).



francophones, et religieuse de 4 protestants et 3 catholiques<sup>112</sup>. La condition posée à l'art.84§1 aCS 1848 (96§1 aCS 1874) que pas plus d'un membre du Conseil fédéral du même canton ne pouvait être élu a par contre été abandonnée dans les textes pour correspondre à la pratique. Ce critère ne faisait en effet plus sens depuis qu'en 1986 le lieu de l'activité politique avait remplacé la citoyenneté comme critère pour la recherche du lien de rattachement cantonal<sup>113</sup>.

Dans le cadre des réflexions menées sur l'élargissement du Conseil fédéral ont été soulevés le problème du maintien de la capacité de travail collégial<sup>114</sup> et le risque de diminution de l'esprit de corps<sup>115</sup>.

Nous noterons pour terminer une limite par rapport à la comparaison avec la Suisse que les oppositions d'intérêt marquées sont entre groupes linguistiques, religieux,... là où dans l'UE, les différences sont fortes entre Etats, il ne serait pas possible d'avoir une représentation des différentes sensibilités par le biais d'une représentation de zones géographiques, linguistiques, culturelles,... Au-delà de l'affirmation de l'égalité, le principe d'un commissaire par Etat revêt une importance symbolique par rapport à la population des Etats, car tout comme la présidence de l'UE, il est un "*visage de la Commission dans son pays*"<sup>116</sup>, visage familier important en terme d'identification: la population d'un Etat parle de "son commissaire" même si celui-ci a un statut indépendant.

## 2) Le problème de cohérence de l'action

**859.** Outre le problème de capacité décisionnelle du collège, se pose une question qui est commune avec les gouvernements des régimes parlementaires, mais qui est aigüe dans le cas de la Commission. Dans ce cadre, il faut distinguer la coordination formelle et la coordination matérielle. La coordination formelle ou administrative implique une absence d'influence sur le contenu des affaires traitées, la liberté de décision et la compétence des parties participant à la coordination restent intactes. La coordination matérielle ou obligatoire est la résorption des dissensions entre les différentes parties prenantes à l'affaire, ce qui sous-tend un rapport hiérarchique<sup>117</sup>.

Les conseillers fédéraux suisses opèrent chacun une coordination matérielle à l'intérieur de leurs départements et une coordination formelle interdépartementale pour permettre de soulager le collège<sup>118</sup>. Au niveau européen, l'organisation de la Commission est plus complexe<sup>119</sup> : il faut tout d'abord une coordination entre les Directions générales (DG), puis entre les DG et les commissaires et enfin entre les cabinets des commissaires et les DG.

<sup>112</sup> SEILER (D.-L.), Enjeux et partis politiques en Suisse, *Pouvoirs*, 1987, n°43, p.121-122. A noter que Zurich a toujours été représenté depuis 1848 et que le canton de Vaud l'a été jusqu'en 1998. Voir pour la question de la concordance politique et sa formation : sect.II §3 B 2).

<sup>113</sup> LUZIUS (M.), *Bundesrat...*(*op.cit.* note 67), p.1050. Ainsi en 2003, deux conseillers fédéraux venaient du canton de Zurich.

<sup>114</sup> SALADIN (P.), *Probleme...*(*op.cit.* note 68), p.286.

<sup>115</sup> Charles LEMPERIERE, après avoir comparé les conseils dans les cantons composés de 9 membres et ceux composés de 15 à 27 membres, a ainsi conclu qu'il existait plutôt un tel esprit dans les premiers que dans les seconds. (*Le Pouvoir exécutif en Suisse recrutement, organisation, fonctionnement*, Paris, 1911, p.94 et s.)

<sup>116</sup> MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands...*(*op.cit.* note 49), p.51.

<sup>117</sup> HUBER (Karl), *Koordination als Begriff des Bundesrechts*, in : *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne, Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal, 1977, p.336.

<sup>118</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.116.

<sup>119</sup> Le nombre des DG a augmenté de 9 en 1958 à 28 en 2006, sachant que s'y ajoutaient à la même date 12 services n'ayant pas (encore) donné lieu à la dénomination de DG (cité par SPENCE (D.), *The Directorates General and the services : structures, functions and procedures*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (*op.cit.* note73), pp.128-129). Leur nombre a encore augmenté depuis comme on peut le voir sur le site de la Commission, il est actuellement de 33 : [http://ec.europa.eu/about/ds\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/about/ds_fr.htm).



**860.** Le rapport Spierenburg de 1979 déplorait déjà la prolifération de services et DG et suggérait des fusions de DG pour faciliter la coordination<sup>120</sup>, soulignant que les DG agissaient comme des fiefs qui s'intéressaient essentiellement à l'avancement de leurs propres propositions et étaient peu enclins à partager leurs informations<sup>121</sup>. Cet avis est repris dans les travaux préparatoire au livre blanc sur la gouvernance<sup>122</sup>. Le problème de concertation entre les DG peut avoir des conséquences graves comme l'illustre la gestion de la crise de la vache folle<sup>123</sup>. Le Parlement européen a en effet dénoncé des dysfonctionnements dans la gestion de cette crise par la Commission, soulignant que le cloisonnement des services avait conduit à une absence de vision globale du problème, ce qui avait facilité les manipulations par des groupes de pression<sup>124</sup>.

Les rares restructurations de DG qui ont eu lieu n'ont toutefois pas été guidées par un souci de rationalisation administrative et de meilleure coordination, mais par la volonté louable de faire correspondre le DG aux postes de commissaires créés suite à un élargissement<sup>125</sup>. Le problème est de rationaliser alors que la règle prévoyant un commissaire originaire de chaque Etat membre a été maintenu. Un rapport du Parlement européen de 1999 appelait au contraire à "*des efforts systématiques pour définir des portefeuilles « réels », et, ensuite, adapter les structures de la Commission et de ses directions générales en fonction de ses besoins réels*"<sup>126</sup>.

**861.** Par ailleurs, s'ajoutent les tensions entre les DG et les commissaires, liées à la nationalité, au portefeuille, ou à la préférence idéologique<sup>127</sup>. C'est la raison pour laquelle, dans le but de favoriser de bons rapports avec la ou les DG avec laquelle ou lesquelles il aura à travailler, il est bon que le cabinet des commissaires comprenne des fonctionnaires qui en sont issus. En outre, ces derniers apportent, en dehors des connaissances concernant la matière à traiter, l'expérience de la logique de travail interne à la Commission nécessaire au commissaire pour agir efficacement<sup>128</sup>. Leon Brittan comparait les relations entre les commissaires et les DG avec celles entre les ministres et leur ministère au plan national, mais soulignait toutefois que l'autorité réelle sur une DG ne pouvait s'obtenir qu'en acquérant le respect de ses membres, par l'écoute et l'accessibilité, plus que par l'autorité hiérarchique comme c'est le cas au niveau des Etats<sup>129</sup>. A l'opposé, de nombreux commissaires, comme Edith Cresson, Christiane Scrivener et

---

<sup>120</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de réforme de la Commission des Communautés européennes et de ses services, (rapport du groupe présidé par SPIERENBURG (D.)), Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1979 (cité par SPENCE (D.), *Ibid.*, p.137).

<sup>121</sup> SPENCE (D.), *Ibid.*, p.144. voir aussi : ID., *The President...*(*op.cit.* note73), p.91.

<sup>122</sup> Chantier n°4 : Cohérence et coopération dans une Europe en réseau. Rapport du groupe de travail 4c : « gouvernance à plusieurs niveaux : articulation et mise en réseau des différents niveaux territoriaux, in : COMMISSION EUROPEENNE, *Gouvernance européenne. Travaux préparatoires au livre blanc*, Luxembourg, OPOCE, 2002, p.41, respectivement pt 1.1 et 1.2 de la 4<sup>e</sup> proposition.

<sup>123</sup> Voir : BLUMANN (C.), ADAM (V.), *La PAC dans la tourmente : la crise de la vache folle*, RTDE, avr.-juin 1997, vol.33 n°2, pp.271 et s.

<sup>124</sup> Dans un rapport, on estime ainsi que la crise de la vache folle a été aggravée par le souhait de protéger les intérêts du secteur bovin : Chantier n°4, in : COMMISSION EUROPEENNE, *Gouvernance...*(*op.cit.* note 122), p.294.

<sup>125</sup> Voir pour des exemples : SPENCE (D.), *The Directorates...*(*op.cit.* note 119), p.141).

<sup>126</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur l'amélioration du fonctionnement des institutions sans modification du traité (Rapporteur : HERMAN (F.)), PE 229.072/fin, 26 mars 1999, p.5.

<sup>127</sup> EDWARDS (G.), Introduction. *The European Commission in perspective*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (*op.cit.* note 73), p.14.

<sup>128</sup> SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note 73), p.65. L'auteur souligne que le pouvoir contacter des membres des directions générales bien placés en amont des phases de négociation intercabinet constitue pour un commissaire et son personnel un atout considérable.

<sup>129</sup> Leon Brittan cité par : JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(*op.cit.* note73), p.158. JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(*op.cit.* note73), p.59. Les auteurs soulignent qu'Yve-Thibault de Silguy avait établi des relations comparables avec la DG II (*Ibid.*, p.159).

Marcelino Oreja, ont fonctionné selon une logique très hiérarchisée, avec pas ou peu de relations directes avec les DG, ce qui a pu avoir dans certains cas des conséquences négatives dans leurs relations avec ces dernières<sup>130</sup>. De façon générale, Jean Joana et Andy Smith soulignent, à partir de leur étude auprès d'acteurs de la Commission européenne, qu'il est recommandé que les commissaires s'entourent de fonctionnaires provenant des différentes institutions européennes, afin de faciliter de bonnes relations avec ces dernières et avoir ainsi plus de chances de voir leurs propositions aboutir. Ils soulignent ainsi que le départ au printemps 1997 de nombreux fonctionnaires européens du cabinet d'Edith Cresson au profit de fonctionnaires venus des institutions françaises a coïncidé avec son affaiblissement, y compris au sein de la Commission<sup>131</sup>.

Pour garantir un lien avec les DG, José-Manuel Barroso avait demandé en 2004 que trois postes soit réservés aux fonctionnaires de la Commission au sein des cabinets. Une forte présence des fonctionnaires européens était toutefois déjà assurée au sein de chaque cabinet des Commissions précédentes<sup>132</sup>. Toujours dans le but d'améliorer le travail entre commissaires et DG, le code de conduite des commissaires de 2004 précise dans toute sa deuxième section les relations entre les commissaires, leurs cabinets et leurs services. Il fait notamment référence au rôle de supervision des commissaires envers les directeurs généraux relevant de leur portefeuille dans le cadre des orientations fixées par le collège<sup>133</sup>. Au contraire du code de 2004, le code de conduite de 2011 ne vise pas cette question des rapports des commissaires et des services, se focalisant sur la question de l'indépendance des commissaires<sup>134</sup>.

Les portefeuilles des commissaires varient d'une Commission à l'autre, ne facilitant pas les habitudes de liens de travail, et les DG ne dépendent pas toujours d'un seul commissaire ce qui pose un problème hiérarchique<sup>135</sup>. Jean Joana et Andy Smith notent que le travail a mieux fonctionné dans les cas où les commissaires n'ont quasiment eu des rapports qu'avec une seule DG, comme dans le cas de Leon Brittan et Yves-Thibault de Silguy, que quand ils ont eu des portefeuilles les amenant à être en rapport avec plusieurs DG, comme Edith Cresson et Marcelino Oreja. D'autres commissaires ont eu une charge plus concentrée, et donc à travailler pour l'essentiel avec une seule DG, facilitant un bon fonctionnement. Plus globalement, une telle concentration permet d'avoir des relations avec un comité du Parlement européen et une des formations du Conseil de l'UE, facilitant là aussi le dialogue.

Des rivalités peuvent en outre naître entre commissaires et se superposer à des concurrences entre DG. David Spence donne l'exemple de la concurrence entre trois commissaires, Leon Brittan (politique commerciale), Manuel Marin (politique de coopération et de développement) et Hans van den Broek (relations politiques extérieures), auxquelles s'ajoutaient en parallèle une rivalité entre une DG qui dépendait des deux premiers, une DG dépendant de Manuel Marin, et enfin une DG sur laquelle se reposait Hans van den Broek, en raison du recoupement des compétences<sup>136</sup>.

Il est par ailleurs à noter que les fonctionnaires de la Commission dans les groupes de travail du Conseil ne sont pas surveillés, le suivi ne commençant qu'au niveau du COREPER et s'ils sont en désaccord avec la position du collège, rien ne les empêche de rouvrir des questions, de revenir à une version précédente de la proposition dont ils ont parfois été les auteurs<sup>137</sup>.

<sup>130</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (op.cit. note73), pp.60-61.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p.56.

<sup>132</sup> 62 % dans le collège Santer, 76 % dans le collège Prodi (chiffres cités par : *Ibid.*, p.57).

<sup>133</sup> Sur le rôle de supervision : SEC (2004) 1487/2, pt 2.1.

<sup>134</sup> C (2011)2904. Ce code a été adopté le 20 avril 2011.

<sup>135</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (op.cit. note73), p.161.

<sup>136</sup> SPENCE (D.), *The Directorates...* (op.cit. note 119), p.149.

<sup>137</sup> Souligné par : KASSIM (H.), *The Secretariat General of the European Commission*, in : SPENCE (D.),

**862.** Se pose en dernier lieu la question de la coordination entre les cabinets et les DG. Prévu par l'art.19§1 du règlement intérieur de la Commission européenne (RICE)<sup>138</sup>, le système de cabinet s'est développé au sein de la Communauté européenne sur le modèle des cabinets ministériels, c'est-à-dire qu'ils sont composés de membres distincts de l'administration, avec le même statut intermédiaire entre fonctionnaire et politique. La crainte de l'ancien Président de la Commission Hallstein de voir les cabinets former un écran entre les commissaires et les fonctionnaires des DG<sup>139</sup> s'est largement réalisée. David Spence souligne ainsi que pour la préparation des textes, la Commission souffre d'une confusion sur le rôle des fonctionnaires aux postes de direction dans les DG et de leurs correspondants dans les cabinets des commissaires<sup>140</sup>. Dans cette perspective, le code de conduite des commissaires de 2004 indique que le cabinet apporte son aide au commissaire "*en évitant tout double emploi avec les services*" (DG, et autres services) et précise notamment que les questions techniques relevant du portefeuille du commissaire doivent être en priorité traitées par les DG<sup>141</sup>.

Il arrive souvent aux membres de cabinet d'usurper les responsabilités des Directeurs généraux, de remettre en cause les propositions sans consulter les fonctionnaires responsables dans les services, ou encore de rejeter les objections faites par les DG dépendant de leur commissaire lors des rencontres entre cabinets<sup>142</sup>. Or, les fonctionnaires de la Commission n'acceptent pas toujours la supervision des cabinets<sup>143</sup>.

Un autre élément complique le travail interne aux DG et aux cabinets ainsi que la coordination de l'ensemble, il s'agit de la diversité de compréhension mutuelle. Il arrive ainsi qu'un directeur général doive partir en raison d'incompatibilités avec le nouveau commissaire dont dépend la DG dont il est responsable<sup>144</sup>. Afin d'améliorer les relations entre DG et cabinets, il a été proposé sous la Commission Santer de faire participer les Directeurs généraux concernés par les questions traitées aux réunions des chefs de cabinet<sup>145</sup>. Toujours dans ce but, le code de conduite de 2004 précise que chaque commissaire doit s'assurer d'avoir des contacts "étroits" avec la ou les DG qui en dépend(ent), et leur fixe un minimum d'une réunion tous les quinze jours<sup>146</sup>.

Enfin, se pose un problème de répartition entre les DG, qui sont censées être le niveau administratif, et les cabinets qui sont censés donner la ligne politique. Romano Prodi a certes cherché à renforcer cette différenciation entre politique et administratif, mais elle est difficile à mettre en œuvre<sup>147</sup>.

---

EDWARDS (G.), *The European Commission* (op.cit. note73), p.91.

<sup>138</sup> Une décision de la Commission du 24 février 2010 est venue adapter le règlement intérieur à l'adoption du Traité de Lisbonne. Le règlement modifié se trouve en annexe de cette décision : *JOUE*, n°L 55 du 5.3.2010, p.60. La dernière modification date d'une décision de la Commission du 9 novembre 2011 (*JOUE*, n°L 296 du 15.11.2011, p.58).

<sup>139</sup> SPENCE (D.), *The President...* (op.cit. note73), p.62. L'auteur rappelle que le rapport Spierenburg remarquait déjà que les cabinets formaient un paravent entre les commissaires et leurs services (*Ibid.*, p.69).

<sup>140</sup> SPENCE (D.), *The Directorates...* (op.cit. note 119), p.151.

<sup>141</sup> SEC (2004) 1487/2, pt. 2.2 (2) et (4). Il est en outre précisé qu'une "*répartition des tâches entre cabinets et services*" doit être opérée (pt.10).

<sup>142</sup> SPENCE (D.), *The President...* (op.cit. note73), p.66.

<sup>143</sup> SPENCE (D.), *The Directorates...* (op.cit. note 119), p.151.

<sup>144</sup> Ceci est prévu par les statuts des fonctionnaires qui parle de départ "dans l'intérêt du service", qui est également utilisé pour faire de place aux nationaux des nouveaux entrants lors des élargissements. Le Directeur général allemand de la DG VIII (développement) a dû ainsi partir après la nomination en 1993 du commissaire espagnol Manuel Marin (SPENCE (D.), *The Directorates...* (op.cit. note 119), 144).

<sup>145</sup> SPENCE (D.), *The President...* (op.cit. note73), p.71 : les auteurs citent le rapport Trojan "Dessiner la Commission de Demain" du 15 octobre 1997, SEC(97)1856.

<sup>146</sup> SEC (2004) 1487/2, pt.2.4.1.2 (p.10).

<sup>147</sup> SPENCE (D.), *The Directorates...* (op.cit. note 119), p.129.

### 3) Les moyens d'améliorer la coordination interne et la capacité de décision collégiale

**863.** Plusieurs propositions ont été faites afin d'améliorer la capacité de décision collégiale ainsi que les problèmes de coordination. Le rapport Herman de 1999 appelait ainsi à "*renforcer le rôle politique de coordination du Président de la Commission*" (a) et "*le rôle administratif de son Secrétaire général*" (c) afin d'améliorer la coordination au sein de la Commission<sup>148</sup>. Il a été en outre envisagé de mettre en place deux types de commissaires (b). Il est ici encore intéressant de comparer l'existant ainsi que les réflexions menées dans le cadre du Conseil fédéral par rapport à ces différents points.

#### a) La contribution de la Présidence

**864.** Les pouvoirs du Président de la Commission ont été en augmentant, parallèlement à l'élargissement du collège, pour l'adapter notamment à ce nouveau contexte. Au stade de la nomination des commissaires tout d'abord, le Traité d'Amsterdam lui a donné le pouvoir de s'opposer au choix d'une personne présentée par un Etat membre, alors qu'il ne pouvait jusqu'alors que donner un avis (art.17§7 al.2 TUE (214§2 al.2 CE)). Au-delà de la lettre des traités, certains commentateurs sont d'avis qu'il peut également proposer des candidats aux gouvernements des Etats<sup>149</sup>. Au contraire, Jacques Pertek estime que la marge de manœuvre dépend des pressions dont il a fait l'objet par les gouvernements des Etats avant sa désignation, et dont il peut encore faire l'objet car la Commission doit encore être confirmée en tant que collège<sup>150</sup>. Ainsi Michel Barnier aurait été nommé en dépit du soutien de Romano Prodi au maintien d'Yves Thibault de Silguy<sup>151</sup>. *A contrario*, Jacques Delors a, selon Adrian Kay, pu choisir MacSharry pour "*sa connaissance de l'agriculture et [...] son engagement à maintenir les principes de base de la PAC*"<sup>152</sup>.

Le Président de la Commission dispose ensuite du pouvoir de répartition des portefeuilles, et de modification de cette répartition en cours de mandat (art.248§1 TFUE (217§2 CE)<sup>153</sup>. Il nomme par ailleurs les vice-présidents parmi les commissaires. A l'origine, c'était avec l'accord du collège (art.161 CEE), mais le Traité de Nice lui a conféré un pouvoir propre (art.217§3 CE). Le Traité de Lisbonne lui retire à cet égard une partie de ce pouvoir puisque le Haut représentant, qui est automatiquement vice-président de la Commission, est nommé par le Conseil européen, le Président de la Commission ayant seulement un pouvoir d'accord (art.17 VI c) TUE). Enfin, avec le Traité de Lisbonne, le Président décide d'un commun accord avec le Conseil européen du remplacement des commissaires, après consultation du Parlement européen (art.246 TFUE), alors qu'auparavant le Conseil en décidait seul à la majorité qualifiée (art.215§2 CE). La remarque de Jacques Pertek concernant la marge de manœuvre du Président dans le choix des commissaires peut toutefois être reprise sur l'ensemble de ces points (répartition des portefeuilles, accord sur le choix du Haut représentant, remplacement des commissaires).

<sup>148</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport Herman, PE 229.072/fin, p.6.

<sup>149</sup> CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), SIMON (D.) (dir.), *Traité d'Amsterdam et de Nice : commentaire article par article*, Economica, 2007, p.674.

<sup>150</sup> PERTEK (J.), Article I-26, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité... (op.cit. note 74)*, p.359.

<sup>151</sup> Prodi struggles to put together the right team » and « centre-right turns up the heat on Prodi, *European Voice*, 8-14 July 1999.

<sup>152</sup> KAY (A.), *The Reform of the Common Agricultural Policy*, CABI publishing, Wallingford Oxon, Grande-Bretagne, 1998, p. 99 (cité et traduit par JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (op.cit. note73), p.96).

<sup>153</sup> Ainsi, Jacques Barrot qui était commissaire au transport est devenu commissaire aux droits fondamentaux suite au départ du commissaire Franco Frattini en avril 2008, son remplaçant récupérant le portefeuille des transports.

Le Traité de Nice a par ailleurs étendu ses pouvoirs dans le cadre du fonctionnement de la Commission. Selon l'art.217§1 CE, le Président "*décide de l'organisation interne afin d'assurer la cohérence, l'efficacité et la collégialité de son action*", et que "*la Commission remplit sa mission dans le respect des orientations politiques*" qu'il a définies. Si l'art.17§6 a) TUE reprend la formule, elle fait disparaître toute référence au qualificatif "politique", certainement pour éviter la confusion avec les orientations données par le Conseil européen<sup>154</sup>. Enfin, depuis le Traité de Nice, il est prévu que "*les membres de la Commission exercent les fonctions qui leur sont dévolues par le président sous l'autorité de celui-ci*" (art.248§1 TFUE (217§2 CE)).

Certains des pouvoirs classiques de présidence formelle peuvent aussi contribuer à renforcer sa position. Ainsi, selon l'art.6 RICE, il détermine l'ordre du jour de la réunion du collège, ce qui lui permet de préciser des priorités. Selon l'art.3 RICE, il assure la représentation de la Commission. Enfin, il est à noter que, dans la pratique, le Président de la Commission se réservait souvent des compétences en matière de relations extérieures, afin de renforcer son image extérieure et son pouvoir en interne vis-à-vis des commissaires ayant des compétences internationales (commerce extérieur,...)<sup>155</sup>. Mais avec le poste de Haut représentant créé par le Traité de Lisbonne cet aspect a été amené à reculer.

Le Président de la Commission a par ailleurs le pouvoir de demander la démission d'un des commissaires. Emile Noël écrivait certes en 1996 qu'un tel pouvoir était contraire au principe de collégialité, et qu'il s'accordait mal au regard du parallélisme des formes avec la procédure de nomination des commissaires<sup>156</sup>. Mais en 1999 la Commission Santer démissionne collégialement alors même que la démission d'une des commissaires, Edith Cresson, aurait permis de l'écartier<sup>157</sup>. Afin d'éviter qu'un tel cas ne se reproduise, les candidats commissaires se sont engagés au cours des auditions devant le Parlement européen en 1999, à démissionner à la demande de Romano Prodi<sup>158</sup>. Le Traité de Nice a repris cette pratique à l'art.217§4 CE, en exigeant toutefois l'approbation par le collège d'une telle demande. Finalement, le Traité de Lisbonne a supprimé la nécessité d'approbation (art.17§6 TUE), mis à part dans le cas particulier du Haut représentant pour qui la décision est prise en commun accord avec le Conseil européen (art.18§1 TUE). Le Président de la Commission a sur cette base demandé sa démission au commissaire à la santé et à la protection des consommateurs, John Dalli en octobre 2012, suite à des informations reçues de l'organisme de lutte anti-fraude de soupçons de fraude de la part de John Dalli. Ayant dans un premier temps accepté de démissionner, ce dernier a finalement décidé de dénoncer un complot de l'industrie du tabac. C'est à cet endroit que l'on voit tout l'intérêt du pouvoir du Président de la Commission, éviter qu'un tel scandale ne rejaille comme avec Edith Cresson sur l'ensemble de la Commission en forçant le commissaire à démissionner<sup>159</sup>.

Ces dispositions peuvent faire songer à un pouvoir de type chef de gouvernement. Toutefois, un pouvoir d'instruction envers les commissaires n'en découle pas<sup>160</sup>, la prise de décision au sein de la Commission reste collégiale. Le Président n'a qu'une voix, comme les autres membres, et sa seule arme est la menace de démission, arme que Jacques Delors aurait,

---

<sup>154</sup> Comme le notait Jacques PERTEK au sujet de l'article I-27 du projet de Traité constitutionnel qui contenait le même énoncé : (Article I-27 (*op.cit.* note 74), p.362).

<sup>155</sup> C'est le cas notamment des Présidents Delors, Santer et Barroso I (SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note 73), p.50). Voir le développement ci-dessous sur le lien entre Présidence suisse et département des affaires étrangères à l'origine

<sup>156</sup> NOËL (E.), *La Commission...*(*op.cit.* note 105), p.74.

<sup>157</sup> Voir pour des précisions sur ce point : *infra* sect.II §3 B 1) b).

<sup>158</sup> SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), p.41.

<sup>159</sup> "Dalli Gate": Le scandale qui empoisonne la Commission européenne, *20 minutes*, 29 octobre 2012 : <http://www.20minutes.fr/economie/1023760-dalli-gate-scandale-empoisonne-commission-europeenne>.

<sup>160</sup> Souligné par : CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), SIMON (D.) (dir.), *Traités...*(*op.cit.* note 149), p.687.



selon David Spence, utilisée fréquemment<sup>161</sup>. A cet égard, la référence à l'art.17§7 b) TUE (217§1 CE) à la collégialité peut être interprétée comme une volonté de contrebalancer l'impression de présidentialisation qui pourrait résulter de l'augmentation de ses pouvoirs<sup>162</sup>. Par ailleurs, il ne semble pas envisageable que le Président de la Commission puisse demander à un commissaire de démissionner en dehors de graves problèmes comparables à ceux qui ont fait tomber la Commission Santer. Il ne pourrait, comme un chef de gouvernement, demander la démission d'un commissaire pour des raisons d'incompatibilités de personnes ou de simples critiques relatives à la gestion d'un dossier.

La fonction de président ne peut se lire à la seule aune des règles formelles, ses pouvoirs sur le processus de décision dépendent en grande partie de la personnalité de son détenteur. Selon les cas, le Président peut ou non avoir un rôle de soutien à l'action d'un commissaire, comme l'illustrent avec plusieurs exemples Jean Joana et Andy Smith. Ainsi, si face au risque de blocages de la part d'Etats et de collègues commissaires contre un trop grand rôle de sa part dans les négociations du GATT Leon Brittan a pu au départ laisser peu d'informations filtrer sur leur déroulement, ce n'est que parce qu'il avait l' "accord implicite" de Jacques Delors<sup>163</sup>. De même, lors de la négociation de la directive Télévision sans frontière, Jacques Delors a réussi avec son cabinet à préserver le principe du pluralisme audiovisuel défendu par le commissaire Jean Dondelinger face à d'autres commissaires et à plusieurs DG puissantes<sup>164</sup>. A l'inverse, le Président Santer n'a guère soutenu le commissaire Oreja qui défendait cette même position dans le cadre des discussions sur la révision de la directive, ce qui a contribué à la place moindre de ce principe dans le texte final<sup>165</sup>.

Pour conclure sur les pouvoirs du Président de la Commission, David Spence note que celui-ci doit assurer un équilibre entre trois rôles potentiellement contradictoires : assurer une direction (chairmanship) effective de la Commission, maintenir le consensus collégial et le leadership de l'orientation politique de la Commission<sup>166</sup>.

**865.** L'étude de la présidence du Conseil fédéral suisse ainsi que les réflexions pour la renforcer permettent de mettre en perspective les pouvoirs du Président de la Commission. Le Conseil fédéral ne connaît pas non plus de présidence ayant une véritable compétence de direction<sup>167</sup>. Si le Président du Conseil fédéral est aussi le Président de la Confédération, selon l'art.176§1 CS (86§1 aCS 1848 ; 98§1 aCS 1874), ses pouvoirs sur le Conseil fédéral sont néanmoins beaucoup plus faibles que ne le sont ceux du Président de la Commission.

Il est élu par l'Assemblée fédérale parmi les conseillers fédéraux pour une durée de un an seulement, et il ne peut être réélu immédiatement (art.176§2 CS (86§2 et §3 aCS1848 ; 98§2 et §3 aCS 1874)). En pratique, chaque membre du Conseil fédéral est élu à la présidence de la Confédération suivant une rotation fonction de l'ancienneté au sein du Conseil fédéral<sup>168</sup>. Il dispose du pouvoir de déterminer si les décisions sont prises à la majorité ou par voie de compromis, ce qui joue un rôle important, tout comme c'est le cas à cet égard du Président de la Commission. Toutefois, si le Président fait le choix du vote, il doit prendre garde à ne pas marginaliser certains membres, à peine de fragiliser la cohésion du collège<sup>169</sup>. En cas de vote, la

<sup>161</sup> En ce sens : SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.48.

<sup>162</sup> En ce sens : CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), SIMON (D.) (dir.), *Traités...* (*op.cit.* note 149), p.690.

<sup>163</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.104.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p.140.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p.143.

<sup>166</sup> SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note 73), p.28.

<sup>167</sup> RHINOW (R.), *Die Regierungsreform...* (*op.cit.* note 96), p.90.

<sup>168</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit constitutionnel suisse, Vol.1*, 1<sup>ère</sup> éd., Berne, Staempfli, 2000, pp.48-49.

<sup>169</sup> COUCHEPIN (F.), *Coordination des actes d'un gouvernement collégial, Pouvoirs*, 1987, n°43, p.70.

voix du Président compte certes double s'il y a égalité (art.19 al.3 LOGA). Par contre, il n'est au-delà qu'un "primus inter pares". Il ne dispose pas, comme c'est le cas du Président de la Commission, d'un pouvoir de répartition des conseillers entre les départements, ce qui est logique compte tenu de son simple mandat annuel, c'est en tant que collègue que le Conseil fédéral décide d'une telle répartition<sup>170</sup>.

Le Président est par ailleurs initiateur et animateur de l'accomplissement des tâches par le collège. L'art.25 LOGA précise ainsi qu'il est responsable de la préparation (II b) et de la direction des négociations au sein du Conseil fédéral (I), et l'art.25§2 a) LOGA qu'il s'assure que les tâches du Conseil fédéral sont accomplies selon les buts fixés et dans les délais. Mais, à la différence du Président de la Commission, il lui manque le temps, puisqu'il doit gérer en parallèle un département, et la durée, puisqu'il a un mandat d'un an non renouvelable immédiatement, pour assurer la formulation de buts généraux et la coordination interdépartementale des affaires. Ainsi, même dans les cas où un Président a eu une influence personnelle importante, cela ne s'est pas traduit par un renforcement de la direction du collège. De plus, il est à noter qu'il lui manque un département présidentiel qui pourrait lui permettre une coordination réelle du travail des membres du collège<sup>171</sup>, mais la création d'un tel département présidentiel ne pourrait aller que de paire avec la fin de la direction d'un département pendant le mandat présidentiel. Enfin, le Président ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction matériel à l'égard des autres membres, de tels pouvoirs n'étant attribués au Conseil fédéral qu'en tant qu'organe collégial<sup>172</sup>.

Il est par ailleurs à noter que la présidence s'est même affaiblie par rapport au début de l'application de la Constitution de 1848. En effet, le département politique, devenu par la suite le département des affaires étrangères, était alors réservé à la Présidence, et avait donc chaque année un nouveau détenteur. Il revenait au Président les relations avec les autres Etats, la préservation de l'indépendance, la sécurité et la neutralité de la Suisse, ainsi que de l'ordre public, ce que lui permettait d'être le gardien principal de l'intérêt général du pays à l'intérieur et à l'extérieur comme le souligne un message du Conseil fédéral de 1894<sup>173</sup>. Ce modèle n'est officiellement abandonné qu'en 1914, même s'il avait reculé fortement en pratique dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>174</sup>. Avec le nouveau système, le statut de la Présidence fédérale a été modifié par rapport au statut de plus haut magistrat de la Confédération à l'intérieur comme à l'extérieur qui avait été pensé par le constituant de 1848<sup>175</sup>.

Le président du Conseil fédéral étant le Président de la Confédération helvétique, il a toujours un rôle de représentation extérieure, mais avec la fin du lien avec le département politique, il a perdu ce qui avait pu lui permettre de diriger le conseil fédéral avec une certaine autorité. Certains auteurs ont vu avec cette évolution un affaiblissement du système collégial, le département politique par sa liaison avec la Présidence assurant une cohérence entre les différents conseillers<sup>176</sup>. Alors que d'autres estiment au contraire qu'une présidence forte constituerait un risque d'atteinte à cette même collégialité<sup>177</sup>.

<sup>170</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.154.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.134. Le Président de la Commission dispose lui d'un cabinet

<sup>172</sup> LUZIUS (M.), *Bundesrat...*(*op.cit.* note 67), p.1055.

<sup>173</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.140.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p.137. Numa Droz, qui avait été Président en 1887, conserva le département politique en 1888 suite à la nomination à la présidence de Wilhelm-Friedrich Hertenstein. Il conserva ce poste jusqu'en 1895. Le lien entre la Présidence et la direction de ce département a été ensuite réintroduit par la loi en 1895, avant d'être supprimé par une loi de 1914.

<sup>175</sup> URS (A.), *Plädoyer...*(*op.cit.* note 93), p.212.

<sup>176</sup> En ce sens : DÜRSTELER (J.), *Die Organisation der Exekutive der Schweizerischen Eidgenossenschaft seit 1798 in geschichtlicher Darstellung*, H.R. Sauerländer & Co., 1912, p.274 et s.

<sup>177</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.142.

Le groupe de travail Eichenberger<sup>178</sup> a fait en 1991 plusieurs propositions destinées à renforcer la présidence afin d'améliorer la cohérence collégiale du Conseil fédéral. Il proposait tout d'abord que son mandat soit allongé et qu'il soit renouvelable immédiatement. Il recommandait ensuite que ses compétences soient élargies et que la chancellerie fédérale soit transformée en département présidentiel. En contrepartie, il soulignait la nécessité de décharger le Président de la direction du département qu'il avait en tant que conseiller fédéral avant son élection. Il a pu être également proposé comme alternative le retour au lien au ministère des affaires étrangères pour rendre la présidence plus visible en interne tout comme à l'étranger<sup>179</sup>.

Nombreux sont les auteurs soutenant le renforcement de la présidence, non pas dans le sens d'une compétence d'orientation politique comparable à celle d'un chef de gouvernement, mais de celui de pouvoirs plus importants de direction sur le collège et un rôle de représentation élargi<sup>180</sup>.

Pour terminer, une remarque de René Rhinow faite par rapport au Conseil fédéral<sup>181</sup> est à souligner dans la perspective de la Commission européenne. Il estime qu'un collège de 11, 13 ou 15 membres ferait disparaître la capacité de décision collégiale et que la présidence devrait alors être extrêmement puissante, et donc perdre son statut de *primus inter pares*. En contrepartie, il considère que le Président devrait bénéficier d'une légitimation plus importante que les autres conseillers, ce qui devrait le conduire à une élection directe par le Peuple.

## b) La distinction entre deux types de commissaires

**866.** D'autres voies de réformes ont été proposées pour renforcer la cohérence du collège parmi lesquelles celle d'avoir deux types respectivement de commissaires ou de conseillers fédéraux est à souligner. La différence provient de ce que qu'elles visent à soulager la masse de travail des sept conseillers fédéraux<sup>182</sup> tout en maintenant un bon fonctionnement de la collégialité et une bonne coordination du travail dans le cas suisse, là où dans le cas européen le but est d'assurer la diversité de représentation des sensibilités nationales tout en assurant une capacité de décision collégiale et une meilleure coordination du travail au sein de la Commission.

**867.** Dans le cas suisse, deux modèles peuvent être présentés.

Selon un premier modèle proposé par René Rhinow, le collège se concentrerait sur la conduite stratégique et les questions politiques de principe et ses membres n'auraient plus la direction des départements, direction qui serait reprise par des ministres<sup>183</sup>. Ce système aurait été proche de celui du Directoire français, qui se caractérisait par un collège de directeurs, le Directoire, délibérant et se prononçant sur les propositions des ministres, second niveau, qui étaient responsables devant lui sans former un conseil<sup>184</sup>. Cette proposition pourrait faire penser

---

<sup>178</sup> Notwendigkeit und Kriterien einer Regierungsreform : Modelle des Regierungssystems : Zwischenbericht über Abklärungen betreffend die Führungsstrukturen des Bundes vom 23. November 1991 / erstattet dem Schweizerischen Bundesrat durch die Arbeitsgruppe Führungsstrukturen des Bundes (AGFB), Bern 1992, 113 p. (cité par : KLÖTI (U.), *Regierungsreform...* (*op.cit.* note 91), p.501).

<sup>179</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung und ihre Reform im Werk von René Rhinow*, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie...* (*op.cit.* note 96), p.77.

<sup>180</sup> Voir : RHINOW (R.), *Regieren unter veränderten Bedingungen*, *NZZ*, 10-11 juillet 1999, n°157, p.59 ; ID., *Die Regierungsreform* (*op.cit.* note 96), p. 93. URS (A.), *Plädoyer...* (*op.cit.* note 93), p.219 ; BREITENSTEIN (M.), *Reform...* (*op.cit.* note 96), p.119 ; EHRENZELLER (B.), *Kollegialität...* (*op.cit.* note 98), p.163

<sup>181</sup> RHINOW (R.), *Die Regierungsreform...* (*op.cit.* note 96), p.93.

<sup>182</sup> Le travail des conseillers en tant que chef de département correspondant en effet pour l'instant à celui de plusieurs ministres dans les autres Etats européens.

<sup>183</sup> RHINOW (R.), *Regieren...* (*op.cit.* note 180), p.59. Ce système aurait été proche de celui du Directoire français, qui se caractérisait par un collège de directeur, le Directoire, délibérant et se prononçant sur les propositions des ministres, second niveau, qui étaient responsables devant lui sans former un conseil.

<sup>184</sup> KRIESI (H.), *Le système...* (*op.cit.* note 78), p.201.



à la différence au niveau européen entre le Conseil européen pour la direction politique stratégique, et la Commission pour le niveau opérationnel, mais le suivi aurait été plus proche de celui d'un "chef de gouvernement collectif", là où le Conseil européen se contente de quelques axes généraux et de traiter de certains dossiers<sup>185</sup>. Jakob Dubs défendait déjà en 1878 un tel modèle avec l'argument que le gouvernement nécessite une direction politique, qu'il doit se détacher du détail pour prendre de la hauteur, avoir une vision d'ensemble<sup>186</sup>.

A l'encontre d'un tel schéma Denise Brühl-Moser oppose que la République helvétique a montré la concurrence qui pouvait exister entre un directoire détaché du travail quotidien et les ministres qui avaient plus de connaissance des matières<sup>187</sup>. Par ailleurs, Ulrich Klöti souligne qu'alors qu'un consensus au plan stratégique est généralement relativement aisé à obtenir en Suisse, il n'est pas rare que les débats politiques s'enflamment lors des questions opérationnelles<sup>188</sup>. Enfin, Denise Brühl-Moser souligne la nécessité d'un lien entre le niveau de direction politique stratégique et le niveau opérationnel<sup>189</sup>.

Selon un second modèle, les conseillers fédéraux conserveraient un portefeuille, mais n'auraient plus la direction des départements qui serait transférée à des secrétaires d'Etat<sup>190</sup>. Chaque conseiller fédéral conserverait toutefois une compétence de contrôle sur ceux qui relèveraient de son domaine de compétence et les coordonnerait. Toujours dans le but d'assurer des liens étroits entre les différents niveaux, les secrétaires d'Etat intéressés devraient être présents lors des réunions du collège, et pouvoir y intervenir, sans toutefois bénéficier d'un droit de vote<sup>191</sup>.

A défaut, le Conseil fédéral peut mettre en place des groupes de travail entre plusieurs départements (art.56 LOGA), ou des délégations pour préparer les délibérations et les décisions du Conseil (art.23 LOGA). Ces groupes ou délégations permettent en outre de diminuer la forte prégnance d'un seul département dans le processus de décision, d'élargir sa base et de renforcer la coopération entre départements<sup>192</sup>.

**868.** Dans le cadre européen, Leon Brittan a proposé après son départ de la Commission dans un ouvrage de 2000 la division de la Commission en 12 portefeuilles de commissaires principaux avec des commissaires adjoints sans portefeuille, chaque commissaire principal ayant deux voix, et les adjoints une voix ; il prévoyait que ces derniers ne pourraient voter contre leur commissaire de tutelle et que la moitié des voix des commissaires serait nécessaire pour prendre une décision<sup>193</sup>. Un rapport du Parlement européen de 1999 reprend lui aussi l'idée d'équipes de commissaires thématiques "*composées de commissaires principaux et adjoints - sur le modèle des gouvernements nationaux et de leurs ministres et secrétaires d'Etat - , étant entendu [...] qu'aucune différenciation entre grands et petits États ne peut être établie en ce qui*

<sup>185</sup> Voir sur le Conseil européen : *infra* sect.II §2 A 2).

<sup>186</sup> DUBS (J.), *Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich, Orell Füssli, 1878, p.68 et s.

<sup>187</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...*(*op.cit.* note 96), p.77.

<sup>188</sup> KLÖTI (U.), *Regierungsreform...*(*op.cit.* note 91), p.509.

<sup>189</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...*(*op.cit.* note 96), p.77.

<sup>190</sup> Voir : BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 96), pp.75-76 et p.137 ; KLÖTI (U.), *Regierungsreform...*(*op.cit.* note 91), pp.501 et 502. Voir aussi pour un modèle comparable même si peu explicite : URS (A.), *Plädoyer...*(*op.cit.* note 93), p.216.

<sup>191</sup> BREITENSTEIN (M.), *Ibid.*, pp.134-135.

<sup>192</sup> Voir sur ce point : ZWICKY (H.), *Idealbild und Wirklichkeit, Schweizer Monatshefte, für Politik, Wirtschaft, Kultur*, 1985, n°65, p.218.

<sup>193</sup> BRITTAN (L.), *A diet of Brussels : the changing face of Europe*, Little, Brown & Company, Londres, 222 p. (présenté par : SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), p.56 ; JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(*op.cit.* note 73), p.216).



concerne le rôle et le statut des commissaires"<sup>194</sup>. L'art.25§3 du projet de traité constitutionnel, dans sa version issue de la Convention non modifiée par la CIG, suivait aussi cette idée. Il prévoyait quinze commissaires avec un droit de vote et des commissaires supplémentaires issus des Etats, dont les nationaux n'étaient pas représentés parmi les quinze, sans droit de vote. La Commission de l'époque avait indiqué qu'un tel système risquait de provoquer des divisions au sein du collège, position réaffirmée par le Président Prodi lors d'un discours<sup>195</sup>. Elle se demandait notamment quel serait le rôle des commissaires sans droit de vote s'ils n'avaient pas de portefeuille, et s'ils en avaient un, comment ils seraient en mesure d'agir dans ce cadre alors qu'ils ne prendraient pas part à la prise de décision collégiale<sup>196</sup>. Il aurait été envisageable que ces commissaires adjoints prennent part à des débats mineurs et défendent les propositions législatives au stade des commissions, la participation aux sessions plénières pour les questions principales étant laissée aux commissaires de plein exercice<sup>197</sup>. La Commission proposait comme alternative la création de groupes de Commissaires, le collège ne traitant que les questions fondamentales et laissant les autres à ces groupes, chaque groupe devant agir dans son domaine spécialisé "dans le cadre des orientations générales fixées par le collège"<sup>198</sup>. Cela aurait, selon elle, permis d'assurer la cohérence de l'ensemble et de lutter contre les risques de prise d'autonomisation des groupes portant atteinte au principe de collégialité, tout en ménageant les susceptibilités nationales.

Une solution plus souple, alliant d'une part le respect du désir des Etats de conserver le principe d'un commissaire originaire par Etat et d'une égalité entre les commissaires et d'autre part le souci d'avoir une meilleure coordination, serait enfin de donner un rôle important de coordination aux vice-présidents de la Commission, ce que proposait déjà le rapport Spierenburg en 1979<sup>199</sup>. La Commission lors de la CIG de 1996 a indiqué le besoin d'avoir trois vice-présidences sur les affaires extérieures, les affaires économiques, et l'intégration dans sa globalité et la citoyenneté, trois secteurs dans lesquels Jacques Delors, Jacques Santer et José Manuel Barroso, dans son premier mandat, avaient conservé des responsabilités générales de coordination<sup>200</sup>. Il est à noter que le Traité d'Amsterdam n'a finalement donné lieu qu'à une déclaration n°32 appelant à une vice-présidence en charge des relations extérieures. Finalement, le poste de Haut représentant créé par le Traité de Lisbonne, l'art.18§3 TUE est vice-président de la Commission en charge "de la coordination des autres aspects de l'action extérieure de l'Union".

La question se pose par contre plus que jamais pour coordonner d'autres secteurs et permettre de renforcer la collégialité mise en à mal par les augmentations successives du nombre de commissaires. En effet, les autres vice-présidences visent à donner un poids symbolique à certains commissaires qui étaient déjà membres de la Commission précédente, à

<sup>194</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport HERMAN, PE 229.072/fin, p.5.

<sup>195</sup> PRODI (R.), adress to Heads of Commission Delegations at their conference, 8 Septembre 2003, speech/03/392 ; COMMISSION EUROPEENNE, Une constitution pour L'union - Avis au titre de l'article 48 du traité sur l'Union européenne, sur la réunion d'une Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres en vue de réviser les traités, COM (2003) 548 final, COM (2003) 548 final, pt I.2. Dans sa communication, la Commission a indiqué qu'elle "cra[ignait] [...] avec des membres de la Commission de « première » et de « seconde » catégorie n'affecte la légitimité et l'efficacité de la Commission".

<sup>196</sup> COM (2003) 548 final, pt. I.2.

<sup>197</sup> SPENCE (D.), The President...(op.cit. note73), p.54.

<sup>198</sup> COM (2003) 548 final , pt.I 4.

<sup>199</sup> COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES, *Propositions de réforme de la Commission des Communautés et de ses services*, (Rapport du groupe présidé par Spierenburg (D.)), Bruxelles, Service des publications des Communautés européennes, 24 septembre 1979, 45 p. (cité par SPENCE (D.), The President...(op.cit. note73), p.50).

<sup>200</sup> SPENCE (D.), The President...(op.cit. note73), p.49. Les domaines d'action des commissaires peuvent se recouper mais particulièrement le cas des relations extérieures qui se retrouvent dans divers portefeuilles.

l'instar actuellement de Viviane Reding, ou issus d'Etats importants qu'il s'agit de ménager. A défaut de vice-présidence de coordination, des groupes *ad hoc* ont été mis en place dans les cas où un besoin particulier de coordination existait, tout comme dans le cas suisse, et comme le permet l'art.18 RICE. David Spence cite par exemple le groupe formé par le Président Delors, le commissaire aux affaires extérieures Frans Andriessen, le commissaire aux affaires économiques Henning Christophersen et le commissaire au marché intérieur Martin Bangemann, groupe qui s'est régulièrement rencontré pour coordonner la stratégie de la Commission concernant le débat sur la nature de l'unification allemande, et les implications pour la Communauté européenne<sup>201</sup>.

### c) Le rôle du Secrétariat général

**869.** Un dernier acteur joue un rôle important en matière de coordination, le Secrétariat général.

Selon l'art.20§3 RICE, le Secrétariat général (SG) contribue à assurer sur un plan formel la coordination. Là où Emile Noël, premier Secrétaire Général, avait utilisé les réseaux personnels qu'il avait su créer au cours de sa longue carrière de Secrétaire général (de 1958 à 1987) à une époque où le niveau développement des compétences le permettait encore, David Williamson, son successeur a cherché à améliorer les mécanismes de coordination entre les services<sup>202</sup>. Carlo Trojan, secrétaire général de 1997 à 2000, a ensuite cherché à améliorer les échanges entre les DG, mais il s'est heurté à la résistance de ces dernières qui voyaient le SG comme se transformant en supérieur, et au pouvoir de supervision du collège des commissaires pour lequel il apparaissait comme un concurrent<sup>203</sup>. Déjà, le rapport Spierenburg de 1979 militait pour un renforcement du rôle de coordination horizontale formelle du SG<sup>204</sup>. Il a finalement fallu attendre David O'Sullivan, secrétaire général de 2000 à 2005, pour que les DG acceptent l'implication du Secrétariat général dans la coordination<sup>205</sup>. Il a encouragé la coordination entre DG, ainsi que des réunions avec les membres des DG et des cabinets, et développé l'arbitrage des conflits entre services<sup>206</sup>.

Par ailleurs, le Secrétariat général prépare l'agenda et les réunions du collège avec un membre du cabinet de la présidence de la Commission (art.20§1 RICE) et le secrétaire général participe aux réunions du collège en tant que conseiller sans droit de vote (art.10§1 RICE). Il participe également aux réunions des chefs de cabinet.

Dans le cadre suisse, la Chancellerie fédérale a un rôle et un statut comparable au SG de la Commission. Selon l'art.32 LOGA, elle planifie les séances du Conseil fédéral, élabore les ordres du jour, coordonne la procédure de co-rapport et prépare les décisions du Conseil fédéral. Le Chancelier fédéral est présent aux réunions du Conseil fédéral et n'a, à l'instar de son homologue de la Commission, qu'un rôle de conseil et ne prend pas part aux votes (art.18 2) LOGA).

## **B. Le dégagement d'un authentique intérêt général européen**

**870.** Si la collégialité pose des défis en termes de coordination, la diversité représentée par ses membres est un atout dans la recherche de l'intérêt général européen que la Commission doit défendre en vertu des traités.

Ce rôle se manifeste dans différents contextes. La Commission joue tout d'abord un rôle

<sup>201</sup> SPENCE (D.), *The Directorates...* (*op.cit.* note 119), p.151.

<sup>202</sup> Voir : KASSIM (H.), *The Secretariat...* (*op.cit.* note 137), pp.78-80.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p.83.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p.137.

<sup>205</sup> [http://ec.europa.eu/dgs/secretariat\\_general/mission/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/mission/index_fr.htm).

<sup>206</sup> KASSIM (H.), *The Secretariat...* (*op.cit.* note 137), p.83.



de gardienne de l'intérêt général européen dans son action de contrôle de l'absence de violation du droit communautaire et dispose à cette fin du pouvoir d'initier un recours en manquement devant la CJCE en cas de non respect par un Etat de ses obligations communautaires<sup>207</sup>. La décision concernant l'opportunité d'un recours doit être prise par l'ensemble des commissaires et ne peut ainsi faire l'objet d'une délégation<sup>208</sup>.

Mais le dégagement de l'intérêt général est surtout intéressant à étudier concernant les propositions de textes législatifs de la Commission (1).

Pour garantir l'authenticité de l'intérêt général, le travail de la Commission doit être transparent et les commissaires avoir une certaine éthique, mais ces exigences doivent cohabiter avec celles de cohérence et de capacité décisionnelle du collège (2). Enfin, un contexte trop technocratique donnant une image négative de la Commission distante contraire à l'intérêt général qu'elle est censée promouvoir, l'expression de politique en son sein doit être plus présente (3).

### ***1) Le dégagement d'un intérêt général dans les propositions législatives***

**871.** La Commission doit tenir compte des intérêts sectoriels, des intérêts nationaux et tenter de parvenir à un équilibre censé représenter l'intérêt général européen dans la proposition législative<sup>209</sup>. Pour ce faire, elle procède à de larges consultations, prioritairement mais pas exclusivement de groupes d'intérêts lors de la préparation des propositions de textes législatifs (a). Puis ces dernières passent, selon les cas, par plus ou moins de stades de discussions internes à la Commission avant d'être adoptées par le collège et transmises au législateur européen (b).

#### **a) La procédure de préparation des propositions**

**872.** Dans certains cas, des consultations sont lancées par la Commission sous forme de livres verts, quand il s'agit de débattre d'un sujet nouveau ou réfléchir à une réorientation d'une question. Ils proposent des pistes servant à canaliser la consultation et donnent aux partis, groupes d'intérêt, associations ou simples particuliers l'opportunité de donner leur avis dans l'espace d'un certain délai. Pour ce qui est des propositions législatives, des consultations de groupes d'intérêt peuvent avoir de nouveau lieu, et des comités d'experts comprenant des fonctionnaires et des experts nationaux nommés par les gouvernements, fournissent l'expertise technique<sup>210</sup>.

Alors que l'UE distingue clairement les commissions composées des Etats de celles composées de représentants de groupes d'intérêt, la Suisse les mélange<sup>211</sup>. Cela s'explique car les commissions d'experts suisses ne se voient pas seulement confier la mission de donner des avis techniques sur des mesures projetées, elles sont sensées également donner une première impression de la réaction éventuelles des intérêts visés<sup>212</sup>.

<sup>207</sup> Voir sur le recours en manquement : *supra* partie I chap.II sect.I §2 A 3) a).

<sup>208</sup> CJCE 29 septembre 1998, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-191/95, pt.48 : "*tant la décision de la Commission d'émettre un avis motivé que celle d'introduire un recours en manquement doivent être délibérées en commun par le collège*".

<sup>209</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(*op.cit.* note73), p.15.

<sup>210</sup> MAZEY (S.), RICHARDSON (J.), *The Commission and the lobby*, SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (*op.cit.* note73), p.289.

<sup>211</sup> GERMANN (R.), *Commissions extra-parlementaires et fédéralisme en Suisse*, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *L'Union...*(*op.cit.* note 105), p.116. Voir aussi : MAZEY (S.), RICHARDSON (J.), *Ibid.*, p.290.

<sup>212</sup> Voir pour un avis concernant l'UE : AYBERK (U.), *Les euro-groupes sont-ils forts ou faibles ?*, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *Ibid.*, p.127. Voir pour un avis concernant la Suisse : PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus de décision fédéraux en suisse*, éd. L'harmattan, Paris, 1997, p.94 (ce dernier ajoute que les plus influents sont ceux qui sont susceptibles de provoquer un référendum et de le gagner (*Ibid.*, p.80).

Avec l'extension des compétences européennes, notamment avec l'Acte Unique, le nombre des lobbies a fortement augmenté à partir du milieu des années 1980, et leur rôle a crû, alors qu'il se résumait jusqu'alors à de l'information, sauf dans le secteur agricole où ils avaient déjà un impact sur le processus de préparation des décisions<sup>213</sup>. Un autre facteur a joué à partir de la fin des années 90 en faveur de leur renforcement, l'obligation imposée à la Commission par le protocole n°7 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité d'Amsterdam de procéder à de larges consultations avant toute proposition législative<sup>214</sup>. Cette obligation répondait au souci de renforcer la légitimité des décisions prises par la Commission et le livre blanc sur la gouvernance de 2001, tout comme le rapport de la Commission sur la gouvernance de 2003, s'inscrivent dans la poursuite de cette logique, en ajoutant notamment une référence au-delà des associations représentatives à l'implication de la société civile. Ainsi, le livre blanc énonce l'objectif d'élargissement des personnes consultées dans le but de "*réduire les risques de voir les décideurs se contenter de tenir compte d'un seul aspect de la question ou de voir certains groupes jouir d'un accès privilégié*"<sup>215</sup>. Suivant la même logique, une communication de 2001 a abouti à la création de mécanismes Internet pour assister le processus de consultation<sup>216</sup>.

L'organisation des lobbies évolue en parallèle de leur augmentation. Alors que les lobbies classiques connaissaient une structure centralisée demandeuse en ressources (personnel, budget), les nouveaux reposent essentiellement selon un système décentralisé, sous forme de réseau, ce qui leur permet de fonctionner avec des moyens financiers et humains réduits à Bruxelles<sup>217</sup>. Cette évolution leur a permis d'avoir une plus grande capacité d'adaptation et une influence croissante sur la prise de décision communautaire. Bruxelles se place ainsi juste derrière Washington en termes de présence des Lobbies, même s'il convient de ne pas leur donner dans le cadre européen plus d'importance qu'ils n'en ont, les gouvernements des Etats restant le facteur majeur dans la prise de décision<sup>218</sup>. Si l'image véhiculée dans le public des lobbies influents à Bruxelles est souvent celle des grandes entreprises, d'autres groupes ont en réalité également joué un rôle majeur dans la production de normes au niveau européen, notamment les écologistes et les groupes de défense des droits des femmes, en permettant parfois de contourner les réticences des gouvernement nationaux pour imposer des changements importants<sup>219</sup>.

Si ces lobbies jouent souvent un rôle de représentation, de défense d'intérêt, la Commission en est aussi dépendante car ils lui fournissent des informations, et dans certains cas des conseils techniques, nécessaires pour améliorer ses propositions<sup>220</sup>. L'intérêt est donc mutuel. Ils servent aussi de réseau de soutien qui sont essentiels à la Commission pour le succès de propositions, notamment en servant de relais d'information, et en aidant parfois à faire comprendre l'action de la Communauté<sup>221</sup>.

**873.** En Suisse, les projets de lois du Conseil fédéral donnent lieu à une consultation des cantons, partis politiques, groupes d'intérêt, à l'instar du système du livre vert au niveau

---

<sup>213</sup> AYBERK (U.), *Ibid.*, p.121.

<sup>214</sup> MAZEY (S.), RICHARDSON (J.), *The Commission...*(*op.cit.* note 210), p.279.

<sup>215</sup> COM(2001) 428 final, p.20.

<sup>216</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Initiative d'élaboration interactive des politiques, COM (2001) 1014.

<sup>217</sup> AYBERK (U.), *Les euro-groupes...*(*op.cit.* note 212), p.121.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p.127 et p.119.

<sup>219</sup> MAZEY (S.), RICHARDSON (J.), *The Commission...*(*op.cit.* note 210), p.284.

<sup>220</sup> En ce sens : AYBERK (U.), *Les euro-groupes...*(*op.cit.* note 212), p.120 ; MAZEY (S.), RICHARDSON (J.), *Ibid.*, p.280.

<sup>221</sup> MAZEY (S.), RICHARDSON (J.), *Ibid.*, p.285. Voir pour des exemples d'attitudes différentes de commissaires à l'égard des lobbies : JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(*op.cit.* note73), pp.160-161.

européen. Toutefois, à la différence de ces derniers, l'objet est ici plus précis, le texte présenté indiquant les buts de la proposition ainsi que plusieurs moyens possibles pour les atteindre<sup>222</sup>.

Le rôle joué dans la consultation, du fait de la volonté d'éviter des référendums est à noter dans le cas suisse. Yannis Papadopoulos souligne en ce sens que la consultation joue un rôle de neutralisation du conflit et relève que de 1874 à 1997 moins de 7% des lois votées ont fait l'objet d'un référendum facultatif<sup>223</sup>. Le même auteur indique également dans le cas des référendums obligatoires, qu'une bonne phase de consultation a permis que de 1848 à 1997 73% des modifications constitutionnelles proposées soient acceptées.

## b) La procédure d'adoption de la proposition

**874.** Dans le cas de l'Union européenne, les questions mineures ou qui ne posent pas problème, à savoir celles pour lesquelles les Directeurs généraux concernés et le service juridique ont donné leur accord, peuvent faire l'objet d'une procédure écrite (art.12 RICE). Selon cette procédure, tous les cabinets reçoivent une copie de la proposition qui circule parmi les commissaires et les DG concernées. Si aucun commissaire ne fait de réserve par l'intermédiaire de son cabinet avant une date limite, la proposition est considérée approuvée. Une telle procédure n'existe pas en Suisse, même si elle avait été prévue par un rapport de 1991<sup>224</sup>. La Commission peut ensuite déléguer le pouvoir de prise de décision aux commissaires pour soulager le collège de décisions de routine (art.13 RICE). La procédure de délégation a été reconnue conforme au principe de collégialité par la CJCE en raison des garanties procédurales mises en place par son règlement intérieur<sup>225</sup>. Dans un arrêt *BASF* de 1994, la CJCE a par exemple fait une application de ces critères au contexte du droit de la concurrence<sup>226</sup>. De même, en Suisse, si le traitement de questions moins importantes peut être délégué aux chefs de départements selon l'art.177§3 CS, l'art.12§1 LOGA précise que les décisions de délégation sont prises collégalement.

En dehors de ces cas, les propositions concrètes sont discutées lors de la rencontre des membres des cabinets spécialisés dans le ou les domaines concernés ("special chefs meeting"), sous la présidence d'un membre du cabinet de la présidence de la Commission. Le résultat de cette rencontre forme la base des discussions de la rencontre des chefs de cabinet présidée par le secrétaire général de la Commission<sup>227</sup>. Cette dernière a pour but de trouver des consensus sur le plus de points possibles avant la réunion du collège des commissaires, ce qui a pu faire dire à Pascal Lamy, ancien chef de cabinet de Jacques Delors et commissaire dans la Commission Prodi, que le cabinet était le "*jardinier de la collégialité*"<sup>228</sup>.

<sup>222</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...*(*op.cit.* note 72), p.19. Voir pour les lobbies en Suisse : PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...*(*op.cit.* note 212), p.79.

<sup>223</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...*(*op.cit.* note 212), pp.85-86.

<sup>224</sup> Zwischenbericht...(*op.cit.* note 178).

<sup>225</sup> Aff. 5/85, *AKZO Chemie*, pt.35. Voir aussi : pt.33: "*les décisions d'habilitation sont prises en séance de la commission et les habilitations ne peuvent être données qu'à certaines personnes et pour certaines catégories d'actes de gestion ou d'administration courante. Par ailleurs, la personne habilitée ne peut prendre de décision qu'en cas d'accord de tous les services concernés et après s'être assurée que la décision ne doit pas, pour quelque raison que ce soit, être délibérée en collège. Enfin, toutes les décisions prises sur habilitation sont transmises dès le lendemain de leur adoption à tous les membres de la Commission et à tous les services*".

<sup>226</sup> Aff.C-137/92 P, *BASF*, pt.71 : "*à la différence des décisions ordonnant à une entreprise de se soumettre à une vérification qui, en tant que mesures d'instruction, peuvent être considérées comme de simples mesures de gestion [...], les décisions constatant une infraction à l'article 85 [art.81 CE] ne peuvent, sans violer le principe de collégialité, faire l'objet d'une habilitation [...] en faveur du commissaire responsable de la politique de la concurrence*".

<sup>227</sup> Voir pour des précisions sur ce processus : SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), pp.66-67.

<sup>228</sup> Cité par : SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), p.60.

En Suisse en vertu de l'art.41 LOGA chaque département dispose d'un secrétariat général qui est qualifié d'état major et que l'on peut comparer aux cabinets des commissaires par rapport à leurs missions. Selon l'art.42 LOGA, il prépare les décisions du département et les négociations au Conseil fédéral, agit comme coordinateur au sein du département et entre les départements<sup>229</sup>. La proposition est préparée par une division départementale puis soumise à l'avis technique des autres divisions du département et des autres départements, et le texte modifié en conséquence. Puis ce dernier est transmis à la Chancellerie qui lance la procédure dite de co-rapport prévue à l'art.15 LOGA, consistant en la soumission de la proposition pour avis politique des différents départements. Selon les cas il y a alors décision du collège sur la proposition, ou ouverture de consultations approfondies avec ensuite préparation d'un projet tenant compte des consultations et une nouvelle procédure de co-rapport est ouverte<sup>230</sup>.

Il est ensuite possible de faire le parallèle entre la rencontre des secrétaires généraux sous la direction du Chancelier fédéral (art.53 LOGA) qui a pour but de préparer les réunions du Conseil fédéral et sert notamment dans cette perspective à régler les problèmes de coordination entre départements, et celle des chefs de cabinet des commissaires européens. Tout comme dans le cadre européen, cette conférence ne dispose à proprement parler d'aucune compétence de décision puisque selon l'art.177§1 CS, toutes les décisions de l'exécutif sont prises par le collège, sachant que les conseillers fédéraux ne peuvent se faire représenter au sein du collège gouvernemental, même par leur secrétaire général<sup>231</sup>.

**875.** Selon l'art.5§2 RICE, le collège se réunit au moins une fois par semaine. Les points où des consensus ont été trouvés lors des réunions préparatoires font l'objet d'une simple décision formelle sans discussion, sauf dans le cas des points politiquement plus sensibles et dans ceux où un commissaire souhaite rouvrir la question<sup>232</sup>.

Tout comme la Commission, le Conseil fédéral siège normalement une fois par semaine et décide formellement un certain nombre de points qui ont déjà été réglés lors de la procédure de co-rapports et résout ceux qui ne l'ont pas été.

L'efficacité de la contribution de chaque commissaire est déterminée par plusieurs facteurs : les responsabilités de son portefeuille, sa réputation auprès des autres commissaires, son intérêt personnel pour le sujet, les facteurs politiques. Jean Joana et Andy Smith notent qu'un lien peut être souvent constaté entre la nature d'un portefeuille et le poids du commissaire au sein de la Commission, même si le caractère collégial de la prise de décision devrait assurer l'égalité entre les commissaires, même s'ils ajoutent que "*les règles formelles et informelles de la collégialité tendent fortement à nuancer une vision des commissaires comme les simples produits de leurs portefeuilles*"<sup>233</sup>. Altermatt Urs souligne également que le poids des conseillers fédéraux suisses n'est pas le même selon le département qu'ils dirigent<sup>234</sup>.

Andrew Moravcsik estime quant à lui qu'un commissaire d'un grand pays pourra indirectement fonder son argumentation sur l'influence dont dispose son Etat d'origine au

---

<sup>229</sup> BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 96), p.69. Allant aussi dans le sens de ce rapprochement, le secrétaire général est un "fonctionnaire politique", entre l'administration et le gouvernement, fonction pour laquelle il est nécessaire qu'il soit en accord avec les positions et les buts poursuivis par le gouvernement.

<sup>230</sup> Sur toute cette procédure voir notamment : COUCHEPIN (F.), *Coordination...*(*op.cit.* note 169), pp.68-70.

<sup>231</sup> BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 96), p.69.

<sup>232</sup> On retrouve en effet le même système que pour le Conseil de l'UE (SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), p.67).

<sup>233</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(*op.cit.* note73), p.169.

<sup>234</sup> De même, Altermatt URS parle de fiction de fiction de l'égalité entre les membres du collège, les départements des finances ou de l'intérieur étant plus importants (Plädoyer für die Verstärkung des Präsidialprinzips im Bundesrat, p.213).



Conseil<sup>235</sup>. David Spence considère *a contrario* que tous les commissaires ont le même poids dans les discussions, même si les commissaires des plus grands Etats sont à même de présenter les probables réactions de leurs hommes politiques nationaux par rapport à certaines questions sensibles et tendent alors à bénéficier de plus d'attention<sup>236</sup>. D'une façon générale, si la Commission doit tenir compte des possibilités de blocage au Conseil, celles-ci ne doivent pas la pousser à trop anticiper en allant aux devant des exigences de chacun des Etats car cela conduirait à renoncer à toute avancée. Par contre, il peut être constaté, comme le soulignent Joana et Andy Smith, qu'un commissaire bénéficiera s'il vient d'un grand Etat d'un réseau plus développé aussi bien au niveau de son Etat d'origine que de la Commission, permettant d'avoir plus d'informations mais aussi une coalition de soutiens importante. Ainsi, la nationalité luxembourgeoise de Jacques Santer a, selon Andy Smith et Jean Joana, contribué à affaiblir sa présidence, car elle ne lui a permis que d'avoir un réseau national et un réseau interne à la Commission proportionnels à la taille réduite de son pays<sup>237</sup>.

Il est par ailleurs à souligner que le collège ne permet pas des alliances à l'instar des pratiques dans les gouvernements nationaux. Aux différences d'intérêts liées au domaine d'action, s'ajoutent les divergences partisans, et surtout les différences de nationalité<sup>238</sup>. En outre, chaque commissaire devant convaincre ses collègues du bien-fondé de sa proposition, il existerait un danger à créer des coalitions, à chercher à l'emporter à tous prix sur un dossier car le travail collégial ultérieur en pâtirait. Et même si un succès peut être remporté au sein du collège par un tel biais, il n'est pas assuré d'être adopté par le législateur européen<sup>239</sup>.

La prise de décision à la Commission se fait à la majorité de ses membres en vertu de l'art.250 TFUE (219 CE ; 163 CEE). N'importe quel commissaire peut demander un vote (art.8§2 RICE). Dans tous les cas, ce qui compte n'est pas le recours au vote, mais la possibilité d'y recourir, une pression s'exerçant sur les membres et obligeant à chercher des compromis. En effet, comme le résume Heinrich Ueberwasser pour le cas suisse qui est similaire, le principe de majorité peut jouer à la fois comme briseur ou stimulateur d'unité : soit des sous-groupes se créent, soit c'est un instrument pour permettre d'atteindre un compromis<sup>240</sup>. Le jugement porté sur l'utilisation du vote majoritaire au sein du collège est toutefois différent selon les cas. Ainsi, si selon certains, le recours au vote, notamment important sous la présidence Delors a conduit à renforcer le collège<sup>241</sup>, à l'opposé, l'ancien commissaire Karel Van Miert a estimé que le collège présidé par Jacques Santer, qui utilisait peu le vote, était "*plus collégial*" que celui de son prédécesseur<sup>242</sup>. En cas de vote, un comportement intelligent de tous les participants permet toutefois d'éviter la minorité de se sentir opprimée par le collège<sup>243</sup>. Les votes restent toutefois peu nombreux<sup>244</sup>. Dans le cas suisse, l'art.19§2 LOGA prévoit que le Conseil fédéral prend ses décisions à la majorité. Selon l'art.19§3 LOGA, le vote du Président compte double en cas d'égalité sauf pour les nominations.

<sup>235</sup> Voir en ce sens : MORAVSČIK (A.), *The choice for Europe. Social purpose and state power from Messina to Maastricht*, Ithaca, Cornell University Press, 1998, 514 p.

<sup>236</sup> En ce sens SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.47.

<sup>237</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.121.

<sup>238</sup> Leon Brittan souligne que "*les différends nationaux et de personnes rendaient [l]es accords difficiles*" au sein de la Commission (cité par : *Ibid.*, p.112 note 1).

<sup>239</sup> *Ibid.*, p.111.

<sup>240</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...* (*op.cit.* note 58), p.183.

<sup>241</sup> Voir l'avis d'un fonctionnaire cité par JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.121 et l'ironie d'un membre du cabinet Brittan quand il parle du soi-disant caractère anticollégial du vote (cité par *Ibid.*, p.170)

<sup>242</sup> MIERT (Karl van), *Le marché et le pouvoir*, Bruxelles, Editions Racine, 2000, p.78

<sup>243</sup> GUT (W.), *Das Kollegialitätsprinzip* (*op.cit.* note 61), pp.26-27.

<sup>244</sup> 3 votes sur 572 décisions en 2000, 3 sur 426 en 2001, 4 sur 221 en 2002, 1 sur 125 en 2003 (chiffres cités par : SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.48).

Un quorum est exigé pour permettre la validation d'une proposition par le collège dans l'UE. C'est également le cas en Suisse. Si l'on exigeait la présence de tous les membres pour prendre une décision, cela ne permettrait pas de réaction rapide à une situation soudaine et cela pourrait donner le pouvoir à un membre de bloquer une décision dont il ne voudrait pas. A l'opposé, fixer un quorum trop faible conduirait à ce que très peu de membres décident pour l'ensemble alors qu'ils n'ont pas reçu de délégation<sup>245</sup>. L'art.19§1 LOGA exige pour cette raison la présence d'au moins 4 conseillers fédéraux. De même, l'art.7 RICE fixe comme quorum la majorité du nombre de membres prévu par le Traité, à savoir actuellement 14, sachant que les procurations ne sont pas possibles<sup>246</sup>.

## **2) Une balance entre exigences éthiques, démocratiques et capacité décisionnelle**

**876.** Le fonctionnement de la Commission exige une balance entre exigences démocratiques, éthiques, et capacité décisionnelle. La première exigence implique tout d'abord une certaine transparence de l'action de la Commission, mais dans le même temps, le fonctionnement collégial, correspondant à la seconde exigence, requiert une certaine confidentialité afin de garantir la cohérence de la Commission (a). Ensuite, l'exigence éthique, l'indépendance des commissaires doit être assurée aussi bien vis-à-vis des Etats que d'intérêts particuliers, mais là encore une position trop tranchée est impossible. Paul Magnette et Nicholaïdis Kalypso ont ainsi écrit que "*chaque commissaire [était] d'une certaine façon « la voix de son pays au sein de la Commission »*"<sup>247</sup>, pour signifier leur arrière plan politique national, et au-delà permettre à une proposition d'aboutir, par le biais de certains réseaux au sein des Etats membres (b).

### **a) L'adaptation du niveau de transparence au contexte collégial**

**877.** L'art.9 RICE pose le principe de la confidentialité des débats à la Commission, et le code de conduite des commissaires de 2004 (pt.1.2.2). Un tel principe n'est pas toujours compris des populations. Une plus grande transparence permettrait certes de souligner les limites du rôle de la Commission dans la mise en œuvre de la législation et de mettre ainsi en avant le poids des membres de gouvernement dans cette même mise en œuvre<sup>248</sup>. Par contre le processus de délibération doit rester confidentiel, il est inhérent au système de collégialité<sup>249</sup>. Ainsi, en Suisse, l'art.21 LOGA pose également le principe du caractère secret des délibérations du Conseil fédéral et si un membre rend public une délibération, il viole le devoir lié à sa charge<sup>250</sup>. Les réunions du collège ne doivent pas être publiques car la publicité rend plus difficile l'échange de points de vue et surtout l'évolution des positions, la correction des erreurs, éléments qui, s'ils étaient publics, pourraient être ressentis par le public comme une marque de faiblesse<sup>251</sup>. En outre, la remise en cause de ce principe risquerait de mettre à mal le mécanisme de concordance<sup>252</sup>.

**878.** Cela ne signifie pas que la publicité doit être écartée en dehors de ce contexte. Ainsi, les contacts avec les lobbies ont vocation à être publics. Ils n'ont pas toujours été officiels,

---

<sup>245</sup> En ce sens : UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), pp.123-124.

<sup>246</sup> SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), p.48.

<sup>247</sup> MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands...*(*op.cit.* note 49), p.51.

<sup>248</sup> EDWARDS (G.), *Introduction* (*op.cit.* note 127), p.24.

<sup>249</sup> Ainsi, Leonhart NEIDHART souligne que le principe de collégialité implique de renoncer à la présentation du processus interne qui a permis d'aboutir à la décision (*Reform des Bundesstaates, Analysen und Thesen*, Bern, Francke, 1970, p.110).

<sup>250</sup> SALADIN (P.), *Probleme...*(*op.cit.* note 68), p.282.

<sup>251</sup> En ce sens : UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 58), p.48.

<sup>252</sup> SALADIN (P.), *Probleme...*(*op.cit.* note 68), p.286.



empêchant de savoir toujours quel poids a eu tel intérêt dans un type de projet<sup>253</sup>, ce qui participait à l'image d'une institution qui ne tiendrait compte que de certains intérêts et délégitimait son action aux yeux du public. Afin de répondre aux problèmes de transparence et de déficit démocratique, la Commission a publié une communication posant des standards et des procédures communes en matière de consultation des groupes<sup>254</sup>. Elle y indique que le public doit savoir quels lobbies ont pris part au processus de consultation et quels sont les intérêts qu'ils représentent. Dans ce but, un registre, certes facultatif, des représentants d'intérêts a été mis en place qui garantit le respect des dispositions du code de conduite par ses inscrits<sup>255</sup>. De même, un registre des groupes d'expert a été mis en place<sup>256</sup>. Mais dans le même temps, une plus grande réglementation des consultations consistant par exemple dans l'introduction de licences pour permettre la participation aux consultations entraînerait une limitation des possibilités d'obtention d'informations et des soutiens potentiels aux propositions de la Commission. Elles auraient en outre un effet négatif en termes de légitimation alors que l'on recherche une large participation à ces consultations.

### **b) Le commissaire : entre impératifs d'indépendance, exigences éthiques et nécessité de réseaux**

**879.** Concernant l'impératif d'indépendance, l'art.213§2 al.2 CE et l'art.157§2 al.1 CEE énonçaient que "*les membres de la Commission exercent leurs fonctions en pleine indépendance*". Le Traité de Lisbonne remplace le renvoi aux commissaires par une métonymie puisque selon l'art.17§3 al.3 c'est la Commission qui doit exercer ses responsabilités en pleine indépendance. Toutefois, on retrouve une référence directe à l'art.17§3 al.3 TUE (213§2 al.2 CE ; 157§2 al.2 CEE) aux commissaires qui "*ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme*"<sup>257</sup>, le Traité de Lisbonne ayant juste ajouté l'interdiction d'instructions provenant d'autres organes de l'Union européenne. L'obligation symétrique pesant sur les Etats est précisée à l'art.245§1 TFUE (213§2 al.2 CE, 157§2 al.2 CEE). C'est dans ce but de garantie d'une totale indépendance vis-à-vis des Etats qu'il avait été proposé de mettre fin au système de la présence d'au moins un national de chaque Etat membre au sein de la Commission dès la CIG de 1996<sup>258</sup>.

Au-delà, selon l'art.17§3 al.3 TUE (213§2 al.2 CE, 157§2 al.2 CEE) les membres de la Commission "*s'abstiennent de tout acte incompatible avec leurs fonctions*" et selon l'art.245§2 TFUE (213§2 al.3 CE, 157§2 al.3 CEE) "*ne peuvent pendant la durée de leurs fonctions exercer aucune autre activité professionnelle rémunérée ou non*". Cette dernière disposition poursuit que la Cour de justice peut être saisie par le Conseil ou la Commission pour constater la violation de ces obligations et contraindre à la démission le commissaire concerné, l'art.247 TFUE (216 CE ; 160 CEE) précisant qu'une telle sanction est aussi possible s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à ses fonctions et en cas de faute grave. En outre, la Cour peut retirer au commissaire concerné son droit à pension. L'ancien commissaire au marché intérieur puis à la politique industrielle et aux télécommunications Bangemann a échappé de peu à une telle procédure pour avoir rejoint le conseil d'administration de Telefonica Espagne. Une telle procédure pour favoritisme a par contre abouti contre Edith Cresson par une condamnation en

<sup>253</sup> AYBERK (U.), Les euro-groupes...(*op.cit.* note 212), p.126.

<sup>254</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées, 11 décembre 2002, COM (2002) 704

<sup>255</sup> Accessible à l'adresse suivante: <https://webgate.ec.europa.eu/transparency/regrin/welcome.do?locale=fr>. Voir aussi pour des précisions concernant le code et le registre : COM(2008) 323 final.

<sup>256</sup> Accessible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm>.

<sup>257</sup> Voir à cet égard le problème de la double appartenance à la Commission et au Conseil du Haut représentant : *infa* sect.II §1 A 3).

<sup>258</sup> Position notamment défendue par des universitaires allemands et l'eurodéputé Jean-Louis Bourlanges (cité par : SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), p.55)



2006, qui n'est pas toutefois allée jusqu'à lui faire perdre ses droits de retraite<sup>259</sup>. Il est par ailleurs à noter que le code de conduite adopté par la Commission Prodi en 1999 en réaction aux causes de la démission de la Commission Santer a notamment imposé aux commissaires une déclaration de patrimoine et de "*déclarer tout intérêt financier et élément de patrimoine qui pourraient créer un conflit d'intérêts*" et que ces exigences ont été renforcées par un code de conduite de 2004 qui impose de soumettre à un comité d'éthique les fonctions que les anciens commissaires envisagent d'occuper<sup>260</sup>. Plusieurs problèmes de conflits d'intérêts d'anciens commissaires de la première Commission Barroso s'étant malgré tout posés, le volet éthique du code de conduite des commissaires, visant notamment les exigences à la fin du mandat, a été renforcé dans le code de conduite de 2011<sup>261</sup>. Il avait en effet été reproché à Günther Verheugen, d'avoir créé une société de conseil en matière d'affaires européennes, et celui d'avoir employé sa compagne au sein de son cabinet lorsqu'il était commissaire à l'industrie. Charles Mac Creevy avait quant à lui démissionné d'une banque avant que le comité d'éthique de la Commission ne se prononce sur le conflit d'intérêt avec son ancien poste de commissaire au marché intérieur<sup>262</sup>. Enfin, Peter Mandelson avait été accusé d'avoir favorisé un milliardaire russe lorsqu'il était commissaire au commerce<sup>263</sup>.

Les commissaires étant proposés par les Etats, le risque pourrait exister qu'ils aient été choisis car ils s'étaient engagés à défendre l'intérêt de leur Etat d'origine, même si ce risque ne se traduit pas dans la pratique. Par contre, il est vérifié qu'ils exercent un lobbying auprès du Président de la Commission avant la répartition des portefeuilles afin d'obtenir pour leur national un portefeuille important, car ils pensent que cela leur ouvrira une possibilité d'influence sur des questions clefs<sup>264</sup>. Par ailleurs les représentations permanentes d'un Etat conservent des contacts étroits avec le cabinet du commissaire issu de cet Etat, non seulement pour influencer la nomination aux plus hauts postes de fonctionnaires au sein de la Commission, mais aussi pour influencer le processus de décision politique. Les Etats cherchent également à renforcer les DG ayant une importance politique à leurs yeux et essaient d'assurer que leurs nationaux aient des positions de pouvoir en leur sein, dans l'espoir là encore d'influencer la Commission<sup>265</sup>.

Mais les commissaires font, dans l'ensemble, preuve de "*retenue (ou de discrétion) dans la défense de leurs positions nationales, avec une ou deux exceptions dont le zèle cocardier qui font habituellement l'objet de contre-feu (backfired)*"<sup>266</sup>. La tendance à la défense des intérêts de leur Etat d'origine est variable selon les commissaires. Ainsi Jean Dondelinger et Marcelino Oreja s'intéressaient aux questions hors portefeuille jugées importantes pour leur pays d'origine<sup>267</sup>. De même l'intérêt national a pu l'emporter dans le cas du renoncement à l'interdiction d'une concentration entre deux entreprises des Pays-Bas, grâce à la défense

<sup>259</sup> Sur ces deux cas, voir : *Ibid.*, p.38.

<sup>260</sup> Eléments soulignés par : BLUMANN (C.), Les institutions de l'Union dans le cadre du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *RTDE*, avr.-juin 2005, p. 361.

<sup>261</sup> Un nouveau code de conduite pour l'exécutif européen, *Le Monde*, 11 février 2011 : [http://www.lemonde.fr/europe/article/2011/02/11/un-nouveau-code-de-conduite-pour-l-executif-europeen\\_1478430\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2011/02/11/un-nouveau-code-de-conduite-pour-l-executif-europeen_1478430_3214.html).

<sup>262</sup> L'ancien commissaire européen Charlie McCreevy démissionne pour éviter un conflit d'intérêt, *Euronews*, 8 octobre 2010 : <http://fr.euronews.net/2010/10/08/l-ancien-commissaire-europeen-charlie-mccreevy-demissionne-pour-eviter-un-/>.

<sup>263</sup> Un nouveau code de conduite pour l'exécutif européen, *Le Monde*, 11 février 2011.

<sup>264</sup> SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.43.

<sup>265</sup> Voir : SPENCE (D.), *The Directorates...* (*op.cit.* note 119), p.142 et SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.43.

<sup>266</sup> PATTEN (C.), *Not quite the diplomat : home truths about world affairs*, Allen Lane, London, 2005, p.123.

<sup>267</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.155.



orchestrée par le commissaire néerlandais, Frans Andriessen<sup>268</sup>. Un commissaire peut certes défendre un intérêt national lors d'une décision, mais si cela se révèle trop fréquent, il prend le risque de perdre sa crédibilité au sein du collège et donc son pouvoir d'influence<sup>269</sup>. A l'inverse, d'autres commissaires mettent un point d'honneur à défendre l'intérêt général européen. Ainsi, Leon Brittan, quand il était commissaire à la concurrence, a réussi à pousser la Commission à résister aux pressions des gouvernements français et italiens, et à faire interdire une fusion<sup>270</sup>.

Des contacts avec les Etats sont nécessaires afin de tenir compte des points de vues des gouvernements, afin d'éviter que les propositions ne soient rejetées par le Conseil. Robert Marjolin note ainsi qu' "*une part essentielle de l'action [des commissaires] [...] consist[e] à réconcilier ce qu'ils considér[e]nt être l'intérêt général avec ce qu'ils sav[e]nt des intérêts des différents gouvernements, y compris le gouvernement du pays auquel ils appart[i]ennent*"<sup>271</sup>. Tout comme dans le cas des lobbies, l'action est réciproque. Le réseau national du commissaire peut être utilisé dans le but de convaincre son Etat d'origine du bien-fondé d'une proposition de la Commission<sup>272</sup> ou pour obtenir des informations sur sa réaction face à un projet de texte. A l'inverse, les gouvernements des Etats expliquent leurs problèmes au commissaire de leur nationalité<sup>273</sup>.

Lors de la constitution du cabinet, il est nécessaire d'avoir une perspective stratégique consistant à créer un réseau fournissant des informations, mais également des soutiens pour que la proposition de texte ait des chances de l'emporter non seulement au sein de la Commission, mais encore des autres institutions<sup>274</sup>. Des membres sont parfois choisis en raison de leur nationalité afin de faciliter les relations avec un Etat essentiel pour une politique, pour accéder à des réseaux dans ce dernier. Ainsi, un Allemand a-t-il été choisi au cabinet d'Yves-Thibault de Silguy pour les questions de convergence des économies dans la perspective de la monnaie unique. De même, un français a été nommé au cabinet Mac Sharry au regard des questions agricoles qu'il avait à traiter<sup>275</sup>.

Une composition des cabinets trop homogène sur le plan des nationalités peut par contre faire redouter une défense d'intérêts nationaux. Le rapport Herman du Parlement européen de 1994<sup>276</sup> appelait à une plus grande diversité de nationalité au sein des cabinets. A cette fin Romano Prodi a exigé que le chef de cabinet adjoint soit d'une nationalité différente de celle du chef<sup>277</sup> et José-Manuel Barroso qu'il y ait au moins trois nationalités au sein de chaque cabinet.

---

<sup>268</sup> *Ibid.*, p.128.

<sup>269</sup> Voir pour l'exemple de "*l'action de trop*" en faveur des intérêts français d'Yves-Thibault de Silguy avec la défense de l'interdiction d'une aide d'État au Crédit lyonnais, ainsi que celui d'Edith Cresson qui apparaissait trop proche des intérêts français : *Ibid.*, pp.154-156. Il en est de même pour les membres de cabinets. Si des informations et prises de positions sont transmises par la représentation permanente de l'Etat d'origine du commissaire, leur reprise directe par les membres du cabinet sont qualifiées de "comportement COREPER" par les fonctionnaires de la Commission pour signifier un comportement contraire au principe de collégialité : *Ibid.*, pp.113-114.

<sup>270</sup> Leon Brittan cité par : *Ibid.*, p.128. Dans le cas de la fusion néerlandaise précitée il avait par contre échoué.

<sup>271</sup> MARJOLIN (R.), *Memoirs 1911-86 : Architect of European Unity*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1989, p.314 (cité par EDWARDS (G.), Introduction (*op.cit.* note 127), p.10).

<sup>272</sup> Voir les exemples cités par JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.14.

<sup>273</sup> SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.43.

<sup>274</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), pp.57- 58.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p.58

<sup>276</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport HERMAN, PE 229.072/fin, p.7.

<sup>277</sup> SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.66. Selon l'art.19§1 RICE, le Président de la Commission prend des mesures d'encadrement concernant la composition des cabinets.

### 3) La nécessité de l'expression du politique

**880.** Le revers de l'indépendance est qu'il est reproché à la Commission d'être trop technocratique.

La Commission a une image technocratique (a). Certes, le caractère transpartisan implique une certaine neutralité extérieure qui favorise une telle image, mais celle-ci pourrait être corrigée par une plus grande place du politique et notamment par un comportement des commissaires se rapprochant plus de ministres et moins de dirigeants d'une administration (b).

On retrouve ce phénomène dans le cas du Conseil fédéral suisse. D'un côté, l'hétérogénéité partisane y a été critiquée comme conduisant à un "*manque de vision politique*" qui s'aggrave depuis la fin des années 80. Il lui est reproché de se contenter "*d'administrer*", d'être trop fortement guidé par là même par ses fonctionnaires<sup>278</sup>. Mais d'un autre côté, Oscar Mazzoleni, Hervé Rayner estiment que l'indépendance des conseillers fédéraux vis-à-vis du Parlement et des partis leur confère le statut de "*corps de sages, de garants et d'administrateurs de la Confédération*"<sup>279</sup>.

#### a) L'image technocratique de la Commission

**881.** Un premier exemple de l'image technocratique donnée par la Commission est constituée par la dénomination des DG avant la réforme opérée par Romano Prodi. Elles étaient désignées par des numéros, auxquels il était parfois ajouté les lettres A et B, ce qui était pratique pour les lobbies, mais ce qui les rendait illisibles pour le public. La réforme a certes donné des noms se rapprochant de ceux connus au plan national, mais pour l'usage courant des abréviations sont utilisées afin d'éviter les traductions, annihilant l'effet bénéfique recherché<sup>280</sup>.

Un autre problème est la tendance des cabinets à devenir bureaucratiques, notamment en raison de l'augmentation du nombre de leurs membres et de la plus grande spécialisation fonctionnelle qui leur est demandée<sup>281</sup>. Le rapport Herman du Parlement européen proposait de réduire leur nombre pour lutter contre ce phénomène<sup>282</sup>.

Un risque existe en outre à trop déléguer, le collège ne prenant que des décisions déjà formées par des conseillers qui se reposent eux-mêmes fortement sur leur administration. On retrouve la critique dans le cas suisse, où d'un côté la procédure de co-rapport soulage le collège mais de l'autre, le risque existe que la décision ne soit plus collégiale mais interdépartementale, et qu'une question même importante ne soit pas discutée en profondeur au collège car une position commune aura été atteinte au préalable. Mais surtout, il existe une tendance à la mise en œuvre tardive de la procédure de co-rapport, ne permettant pas une bonne préparation des conseillers fédéraux et conduisant à une forme de fait accompli<sup>283</sup>.

Toutefois ce type d'usage est très répandu dans les gouvernements nationaux, et il est même moins grave dans le cas suisse et européen puisque le législateur ne suivra pas docilement l'exécutif comme c'est le cas dans les systèmes parlementaires. Ce n'est alors pas tant dans ce cas un problème de légitimité démocratique, puisque le législateur va les étudier et les amender, qu'un problème d'absence de politique comme l'exprime Peter Mandelson. Celui-ci indique que "*depuis les jours glorieux de Delors, [...] le pouvoir à l'intérieur de la Commission a inexorablement glissé vers les services*"<sup>284</sup>. Il relève en effet "*que sous le choc de*

<sup>278</sup> KRIESI (H.), *Le système...*(*op.cit.* note 78), p.214.

<sup>279</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...*(*op.cit.* note 72), p.21.

<sup>280</sup> SPENCE (D.), *The Directorates...*(*op.cit.* note 119), p.130 : exemple DG Sanco est pris sur base du français santé et consommation ce qui n'est pas compréhensible pour un non francophone.

<sup>281</sup> SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note73), p.70.

<sup>282</sup> PARLEMENT EUROPEEN, *Rapport Herman*, PE 229.072/fin, p.7.

<sup>283</sup> Voir sur ces points : BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 96), pp.29-30.

<sup>284</sup> MANDELSON (P.), *The idea of Europe : can we make it live again ?*, speech, 20 July 2005 (cité par SPENCE

la démission de la Commission Santer et les bouleversements qui ont suivi, ce sont les directeurs généraux qui ont gardé les affaires de la Commission sur les rails". Il poursuit que "les priorités n'ont plus été dès lors établies par les commissaires qui ont une vue politique globale" mais "par des services individuels avec leur propre légitimité" et défendant un secteur particulier.

Par ailleurs, il serait nécessaire de restreindre les compétences de la Commission autour du politique et donner aux agences des compétences qui relèveraient d'autorités indépendantes comme dans les Etats, et d'adapter ses moyens aux nouvelles compétences de l'UE. L'hebdomadaire *The Economist*, notait en 1998 que la Commission "se désintéress[ait] souvent du résultat final" qu' "elle essa[yait] de diriger trop de programmes avec trop peu de ressources"<sup>285</sup>. Un certain nombre d'agences ont été créées. Mais en même temps la perte de sa compétence dans le domaine de la concurrence, un des seuls où elle dispose d'une compétence autonome est réelle, pourrait faire perdre à la Commission de son influence.

Il faut toutefois relativiser cette image de monstre technocratique. Tout d'abord, les DG ne mettent pas en œuvre les politiques, c'est le rôle des administrations nationales, elles ne "sont [que] des interconnexions (nœuds) stratégiques dans les réseaux politico-administratifs qui travaillent avec et à travers les administrations nationales ainsi qu'avec d'autres institutions ou organisations au niveau européen"<sup>286</sup>. Ainsi l'administration de la Commission ne représente que le nombre de fonctionnaires travaillant dans une grande ville européenne. En outre, pour se départir de cette image, la Commission tente encore de réduire l'action de son administration au strict nécessaire<sup>287</sup>.

Cette image technocratique doit beaucoup à un problème de médiatisation. La Commission communique beaucoup mais d'une façon qui ne touche que les personnes qui sont déjà bien informées sur l'UE<sup>288</sup>. Au-delà, elle souligne l'absence de fair play des Etats<sup>289</sup>.

En outre, la responsabilité des médias nationaux est mise en avant car ils ne parlent pas suffisamment de l'Union européenne, et parce qu'ils ne souhaiteraient pas en particulier présenter sous un angle positif la Commission<sup>290</sup>. La Commission a comme autre handicap qu'elle doit communiquer dans différentes langues, s'adapter à différentes cultures pour faire passer des messages<sup>291</sup>.

Certains commissaires portent également une part de responsabilité dans cette image. Les commissaires ne sont connus que dans leur Etat d'origine, seul le Président de la Commission a une certaine publicité dans les Etats, mais au-delà la connaissance des commissaires est faible. Ils doivent donc tenter de trouver un moyen de s'exprimer auprès des médias afin de contrebalancer la communication des gouvernements nationaux qui présente une optique

---

(D.), *The President...* (*op.cit.* note73), p.63).

<sup>285</sup> *The Economist* 21 novembre 1998 (cité par SPENCE (D.), *The Directorates...* (*op.cit.* note 119), p.143)

<sup>286</sup> SPENCE (D.), *The Directorates...* (*op.cit.* note 119), p.129.

<sup>287</sup> Cf. l'évocation de ce point : *supra* chap.I sect.II §2 A 1).

<sup>288</sup> En ce sens : JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.177.

<sup>289</sup> COM (2001) 428 final, pt I, p.8 : "Lorsque l'Union agit efficacement, il est rare que cette action soit dûment portée à son crédit. [...] Parallèlement, les États membres ne communiquent pas bien ce que fait l'Union ou ce qu'ils font eux-mêmes en son sein. Les États membres blâment trop facilement "Bruxelles" pour des décisions difficiles qu'ils ont eux-mêmes adoptées en commun, voire réclamées".

<sup>290</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...* (*op.cit.* note73), p.182.

<sup>291</sup> Un exemple est donné dans le cas de spots télé sur la monnaie unique : "Pour les Espagnols, le spot se construit autour d'un euro qui rentre par une espèce d'Arc de Triomphe. Pour les Danois, c'est trop proche du symbole des anti-Maastrichiens qui souligne le besoin de laisser une clé dans la porte. Par le passé, on a trop souvent choisi des photos et des dessins humoristiques pour un auditoire francophone ou sophistiqué. Pour des gens d'autres pays, ils ne marchent pas. Par exemple, le sablier et l'euro...." (cité par : *Ibid.*, p.233)



purement nationale biaisée<sup>292</sup>. A cet égard, Jean Joana et Andy Smith soulignent que l'approche de grande distance à l'égard des médias adoptée par Edith Cresson a contribué aux attaques dont elle a fait l'objet quand elle était commissaire<sup>293</sup>. A l'opposé, Yves-Thibault de Silguy a fait de nombreux discours publics, et son cabinet a poussé la Commission à mettre en place une campagne de communication sur l'euro dont le but était notamment de toucher des associations et entreprises qui pourraient servir de relais à l'information<sup>294</sup>.

## b) Place de la politique à la Commission

**882.** Altiero Spinelli avait mis dès 1966 en garde face au danger de sa "*bureaucratisation*", et dénoncé les réactions de "*suspicion aux intrusions du monde politique dans la très bien organisée activité administrative*"<sup>295</sup> soulignant qu'elles risquaient de mettre à mal le rôle de la Commission comme moteur d'intégration.

Dans le but de lutter contre l'image technocratique de la Commission, Romano Prodi a mis en avant dans le discours de présentation de son équipe au Parlement européen, l'expérience politique caractérisant les candidats commissaires<sup>296</sup>. Si une forte présence de diplomates pouvait être constatée avant l'Acte Unique, les Etats considérant alors qu'on ne faisait pas réellement de la politique à la Commission. Mais ayant changé de perspective avec les développements importants des domaines d'intervention des institutions européennes, ils ont choisi des candidats comme commissaires ayant une expérience politique et Jean Joana et Andy Smith notent que le taux de commissaires n'ayant pas d'expérience politique est faible<sup>297</sup>. La politisation se confirme si l'on regarde les deux Commissions Barroso dans lesquelles quasiment tous ont au moins une expérience de ministre, secrétaire d'Etat, ou de parlementaire. Ce fort pourcentage souligne l'importance croissante accordée au mandat de commissaire par les Etats, confirmée par la présence de trois anciens Premiers ministres dans la première Commission Barroso<sup>298</sup>.

Si une expérience politique dans son Etat d'origine peut aider à un comportement plus politique des commissaires, elle ne l'assure pas. Ainsi, certains commissaires sont clairement d'avis que l'action politique appartient aux élus du Parlement européen et aux représentants des gouvernements des Etats, et qu'il revient à la Commission la préparation technique, nourrissant ainsi l'image d'une institution technocratique. Ainsi, Jean Dondelinger et Marcelino Oreja ont eu une gestion très technocratique de leur portefeuille<sup>299</sup>. A l'inverse, certains commissaires ont tenté de politiser leur action. Leon Brittan a ainsi eu une "*approche consistant à mettre connaissances et capacités techniques au service d'une démarche globale inspirée par le postulat qu'un commissaire est un politique*"<sup>300</sup>. Il "*se considérait plus comme un homme*

---

<sup>292</sup> En ce sens un membre du cabinet de Brittan cité par : *Ibid.*, p.131.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p.148 et p.179.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p.136.

<sup>295</sup> SPINELLI (A.), *The Eurocrats : Conflict & Crisis in the European Community*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1966, p.72.

<sup>296</sup> "*Chacun de ses membres a une expérience confirmée. La quasi-totalité d'entre eux a été membre de leurs parlements nationaux. Les trois quarts ont été ministres. Plusieurs ont été dirigeants de partis politiques*", *Discours devant le Parlement européen*, 21 juillet 1999 (cité par : JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires...*(*op.cit.* note 73), p.39 note 1).

<sup>297</sup> Voir pour les tableaux indiquant les pourcentage de de membres ayant une expérience de diplomate ou/et de politique, et parmi ceux ayant une expérience politique les types de mandat, les postes de ministres : *Ibid.*, p.38 et p.43.

<sup>298</sup> Le Président de nationalité portugaise Barroso, le commissaire aux affaires sociales de nationalité tchèque Spidla, le commissaire à la lutte anti fraude et à l'administration de nationalité estonienne Kallas.

<sup>299</sup> Voir pour des précisions : JOANA (J.), SMITH (A.), *Ibid.*, pp.143-145 et p.162.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p.103.



*politique que comme un technicien*" et luttait contre les tentatives des Etats de "« *technocratiser* » *la Commission*"<sup>301</sup>. De même, Edith Cresson a cherché à réaliser des objectifs économiques et sociaux et ainsi pris une posture politique, elle voulait influencer la Commission au-delà de son portefeuille, ce qui était en adéquation avec l'idée même de décision collégiale, mais son comportement l'a fait entrer en conflit avec un certain nombre de collègues commissaires qui lui ont reproché de ne pas respecter le principe de collégialité et de prendre des positions mettant à mal la crédibilité même de l'institution<sup>302</sup>. La diversité des membres de la Commission, le bon fonctionnement de la décision collégiale impliquent en effet une autodiscipline des membres et une écoute des autres. Les différences de culture et de nationalité expliquent que les commissaires aient des relations plus diplomatiques que ne peuvent l'avoir les membres d'un gouvernement au sein d'un Etat.

La concordance politique au sein de la Commission ne signifie pas qu'il ne peut y avoir de discussion sur une base partisane, mais seulement que le résultat doit être un compromis. Un tel débat partisan est toutefois limité au sein de la Commission. Jean Joana et Andy Smith notent par exemple que les cabinets d'Yves-Thibault de Silguy et d'Edith Cresson de partis opposés au plan national étaient ainsi toujours en contact, se concertaient, des membres de leur cabinet soulignant que le clivage droite-gauche n'entraîne pas en ligne de compte, que "*la nationalité pass[ait] encore avant la sensibilité politique*"<sup>303</sup>. Tout comme l'affiliation joue peu de rôle dans les relations entre les commissaires, celle-ci compte peu dans le choix des membres des cabinets<sup>304</sup>, à la différence de ce qui est le cas des cabinets ministériels dans les Etats membres.

**883.** Cette absence de base partisane des prises de décision au niveau de la Commission se retrouve au Conseil. Là où pour la Commission cela découle notamment d'une composition multipartisane, cela s'explique au Conseil par une volonté pour ses membres de défendre avant tout l'intérêt des Etats qu'ils représentent.

## ***§2. Le Conseil, institution de défense des intérêts des Etats membres***

**884.** Plusieurs types de chambres<sup>305</sup> représentant les intérêts des entités fédérées au niveau fédéral existent dans les systèmes fédéraux dans le monde. Au regard des systèmes choisis comme référence dans notre étude, deux modèles se distinguent, celui du Bundesrat et celui du sénat<sup>306</sup>. Klaus Stern a ajouté aux modèles du Bundesrat ("Ratsprinzip") et du sénat (Senatsprinzip), celui de "représentation" ("Representationsprinzip") qui s'opposerait selon lui au système du sénat en ce que les membres sont choisis par les parlements des entités fédérées et non par le peuple de ces derniers<sup>307</sup>. Les Etats-Unis ont, comme la Suisse, suivi pendant un certain temps un tel système de nomination par les assemblées des Etats fédérés, et l'Autriche continue à l'appliquer. Toutefois, dans le système de "représentation", selon que les membres exerceront un véritable mandat représentatif ou auront un mandat impératif, ou subiront des pressions, de la part de l'assemblée les ayant élus, ce système se rapprochera du modèle du sénat ou du Bundesrat. Aussi, la séparation entre modèles du type sénat et du type Bundesrat suffit pour étudier les systèmes fédéraux allemand, suisse, américain et européen. Avant de les

<sup>301</sup> Cité par : *Ibid.*, p.131 et p.146.

<sup>302</sup> *Ibid.*, pp.146-147 et p.153. Les auteurs donnent d'autres exemples : *Ibid.*, p.95, p.133, p.165 et p.186. Voir aussi : RADAELLI (C.), *Technocracy in the European Union*, Harlow, Addison Wesley Longman, 1999, p.94.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p.116.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p.74.

<sup>305</sup> Le terme "chambre" employé est à prendre au sens large sauf au A 1) c) qui présente la question de la qualification de chambre au sens strict.

<sup>306</sup> On emploie le terme "sénat" sans majuscule pour le distinguer du "Sénat" avec majuscule qui renvoie dans les cas où cela n'est pas précisé au Sénat américain.

<sup>307</sup> STERN (K.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd II*, München, Beck, 1980, §27.

étudier, il convient de préciser leur origine respective.

### L'origine des modèles

**885.** La Confédération germanique prévoyait une Diète composée de délégués des Etats qui a influencé la structure et les fonctions du Bundesrat prévues par les Constitutions de la Confédération du Nord et de l'Empire bismarckien, pour une large part parce que les monarques à la tête des Etats membres voulaient conserver un pouvoir de décision au niveau fédéral<sup>308</sup>. Mais aussi, parce que Bismarck voulait respecter un certain équilibre entre les intérêts fédéraux et étatiques en donnant une effectivité plus élevée que dans les unions fédérales américaine et suisse à la préservation de l'existence et l'autonomie des entités fédérées<sup>309</sup>.

La constitution de Weimar opère un changement de nom symbolique au regard de la structure de l'Etat. En effet, l'accent est mis sur l'unité avec le terme de Reichsrat, remplaçant celui de Bundesrat qui avait été soutenu par Bismarck pour mettre en avant le caractère avant tout fédéral de l'institution, par opposition au Reichstag exprimant l'unité de la représentation du peuple allemand. Au-delà du symbole, ses pouvoirs étaient fortement diminués par rapport au Bundesrat de l'Empire bismarckien. En 1949, le choix du maintien d'un Bundesrat s'explique au-delà de la tradition par la volonté de protection des Länder moins peuplés contre les plus peuplés<sup>310</sup>, mais aussi et surtout parce que les ministres-présidents des Länder ont tout fait pour continuer à participer au processus décisionnel fédéral<sup>311</sup>.

**886.** Dans le cas américain, le premier et le second Congrès continental étaient composés de délégués des Etats, mais qui étaient mandatés non par les gouvernements, respectivement des colonies puis des Etats indépendants, mais par les assemblées en leur sein. C'est ce modèle qui a été repris sous la Confédération. Si la configuration d'un organe composé de délégués ayant un mandat impératif des Etats n'a pas été ensuite sans défenseur au sein de la Convention de Philadelphie, la nécessité globale de compromis, appelé "*grand compromis*" ou "*compromis du Connecticut*"<sup>312</sup>, l'a finalement écarté. Les Etats les plus peuplés étaient pour un gouvernement fédéral fort et voyaient dans une chambre composée de façon proportionnelle par rapport à la population un élément fondamental pour y parvenir, alors que les plus petits Etats, craignant un gouvernement trop indépendant et trop puissant en ce qui les étoufferait, favorisaient une chambre représentant à égalité les différents Etats<sup>313</sup>. Le compromis trouvé a notamment

---

<sup>308</sup> FISCH (S.), Von der Föderation der Fürsten zum Bundesrat des Grundgesetzes, in : ARNIM (H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p.39.

<sup>309</sup> En ce sens : HUBER (E. R.), *Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. III*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1988, p.650 ; DUTHOIT (E.), *Le droit constitutionnel de l'Empire allemand*, éd. A. Rousseau, Paris, 1897, p.140 ; BÖHMER (A.), *Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871 : vom dualistischen zum transnationalen Föderalismus*, Duncker & Humblot, 1999, p.74.

<sup>310</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (*op.cit.* note 45), p.12.

<sup>311</sup> ARNIM (H. von), Das föderative Deutschland – Motor oder Hemmschuh notwendiger politischer Reform, in : ARNIM (H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus...* (*op.cit.* note 308), p.22. Klaus STERN va plus loin en cherchant dans la volonté classique de contrepartie aux Länder la base du Bundesrat, mais cette fonction suppose des Etats membres marqués par une forte individualité ce qui faisait défaut en 1949 (*Das Staatsrecht...* (*op.cit.* note 307), *Bd 1*, 1984, §19).

<sup>312</sup> Voir sur ce compromis : PUTNEY (A.), *United States constitutional history and law*, Illinois Book Exchange, Chicago, 1908, rééd. F.B. Rothman & Co., Littleton, 1985, pp.121-126 ; LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire...* (*op.cit.* note 2), pp.381-382 ; CONSTANTINESCO (V.), PIERRE-CAPS (S.), *Droit constitutionnel*, 1<sup>ère</sup> éd., PUF, 2004, p.74. GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 21<sup>e</sup> éd., Lextenso éd., 2008, p.260.

<sup>313</sup> DEHOUSSE (R.), Le paradoxe de Madison : Réflexions sur le rôle des chambres hautes dans les systèmes fédéraux, *Revue du droit public et de la science politique*, 1990, p.649. 359). Olivier BEAUD souligne aussi le caractère pragmatique de la solution en rappelant que la proposition de la Virginie comprenait deux chambres



consisté dans le choix de deux chambres<sup>314</sup>, l'une représentant proportionnellement la population, la Chambre des représentants, et l'autre représentant de façon égalitaire les Etats membres<sup>315</sup>.

**887.** En Suisse, l'art.8 du pacte de 1815 prévoyait une diète composée de délégués des gouvernements des cantons et soumis à leur instruction et le Conseil des Etats établi par la Constitution de 1848 n'est dû qu'à un compromis principalement entre cantons conservateurs et libéraux au sein de la commission de révision des statuts de la Confédération. Mathias Heger indique qu'un modèle favorisant une diète composée de délégués en proportion de la population des cantons était soutenu par 9 cantons, qu'un autre avec une assemblée nationale unique élue au suffrage universel direct l'était par 11 cantons, et que personne ne voulait au départ du système bicaméral<sup>316</sup>. Il ajoute que ce système est néanmoins apparu comme la seule solution pour contrer les fractures confessionnelles qui avaient causé la guerre du Sonderbund.

**888.** Dans le cas européen, la chambre étatique a suivi le modèle du Bundesrat. L'idée était à l'origine était d'avoir une forme de compromis entre la représentation diplomatique classique des Etats au sein d'une organisation internationale et une représentation parlementaire<sup>317</sup>. Le Conseil a été maintenu par la suite sous cette forme, les Etats voulant conserver une institution au sein de laquelle ils pouvaient faire valoir leurs intérêts en tant qu'unités politiques.

L'étude de l'expression des intérêts étatiques découlant de la structuration et du fonctionnement du Conseil (A) permet de conclure à l'adéquation du modèle du Bundesrat à l'Union européenne. La Fédération européenne a fortement évolué depuis sa création en 1957 et la configuration originelle du Conseil nécessitait non pas un bouleversement complet mais une adaptation sur différents points. Cette adaptation a été amorcée à partir des années 1990 mais nécessite d'être poursuivie (B).

## **A. L'expression des intérêts étatiques dans la structuration et le fonctionnement du Conseil**

**889.** La volonté de représentation des intérêts des Etats membres en tant qu'entité politique justifie tout d'abord le statut des membres du Conseil<sup>318</sup> (1). La différenciation du poids de ses membres pour la grande majorité de ses décisions traduit ensuite une balance entre l'égalité entre les Etats membres d'une part, et la prise en compte de l'importance de la population et du poids politique des Etats d'autre part (2).

La Convention sur l'avenir de l'Europe a discuté de la transformation du Conseil en

---

dont l'une était élue par l'autre, alors que celle du New Jersey défendait le maintien d'une seule chambre (*Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.359).

<sup>314</sup> Le compromis a aussi consisté à prendre en compte les esclaves pour augmenter la représentation du Sud dans la Chambre des représentants selon l'art.I sect.II Cl.3 de la Constitution qui fut abrogé par le 14<sup>e</sup> amendement), chaque esclave comptant pour 3/5<sup>e</sup> d'un habitant pour le calcul du nombre de représentants.

<sup>315</sup> Les auteurs du Fédéraliste résument ce compromis ainsi : "*Sil est vrai que, chez un peuple réuni en une seule Nation, chaque district doit avoir une part proportionnelle au Gouvernement, et que, parmi les Etats indépendants ou souverains, unis par une simple ligue, les parties, quoique inégales en grandeur, doivent avoir une influence égale dans les conseils communs, ce n'est pas sans raison, semble-t-il, que, dans une république composée, qui présente à la fois le caractère national et le caractère fédéral, le Gouvernement doive reposer sur une combinaison des principes de représentation égale et de représentation proportionnelle*" (n°62, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, p.513-514).

<sup>316</sup> HEGER (M.), *Deutscher...*(*op.cit.* note 6), pp.64-65.

<sup>317</sup> En ce sens : REICH (C.), *Le Conseil législatif "chimère" ou réalité ?*, *RMCUE*, 2004, n°479, p.361.

<sup>318</sup> Sur la question des incompatibilités, voir : *infra* sect.II §1 A 4).



"chambre des Etats" et Gerhard Schröder a plaidé en faveur d'une telle transformation<sup>319</sup>. Pourtant, une réforme radicale du Conseil qui le transformerait en "sénat" ne semble pas adaptée au contexte de l'Union européenne (3).

### 1) *Le statut des membres*

**890.** Selon que le modèle choisi est celui du Bundesrat ou du sénat, la qualité des membres et le type de mandat (a), ainsi que les implications qui en découlent sont distincts (b). Le statut des membres du Conseil permet en particulier de conclure que le système européen est "*résolument monocaméral*"<sup>320</sup> (c).

#### a) **La différence de statut des membres selon le modèle institutionnel suivi**

**891.** La Constitution de la Confédération du Nord et celle de l'Empire bismarckien se contentent d'indiquer dans leur art.6 que "*le Bundesrat se compose de délégués (Vertreter) des membres de la fédération*". Au contraire, la Loi fondamentale précise dans son art.51§1 que seuls les membres des gouvernements peuvent prendre part aux réunions du Bundesrat, même si en pratique le problème est contourné par la nomination de ministres des relations avec les autorités fédérales au sein des gouvernements des Länder<sup>321</sup>. Dans le cadre européen, l'art.146 CEE énonçait que "*le Conseil est formé par les représentants des Etats membres*" et que "*chaque gouvernement y délègue un de ses membres*". Depuis le Traité de Maastricht une autre formulation l'a remplacée selon laquelle "*le Conseil est formé par un représentant de chaque Etat membre au niveau ministériel*", chacun étant "*habilité à engager le gouvernement de cet Etat membre*" (art.16§2 (203§1 CE)). Cette rédaction ouvre la possibilité de représentation par des ministres des entités fédérées, ces derniers étant dans ce cas mandataires de l'intérêt de l'ensemble de ces dernières<sup>322</sup>. Avec le transfert de compétences touchant les domaines de compétences de leurs entités fédérées plusieurs Etats fédéraux membres de l'UE avaient en effet dû faire cette concession aux gouvernements fédérés. On notera comme autre méthode de prise en compte des subdivisions internes à un Etat membre au sein de l'institution fédérale représentant les Etats membres le cas du Reichsrat sous la République de Weimar. Selon l'art.63 WRV, les représentants de la Prusse en son sein étaient en effet pour moitié désignés par le gouvernement prussien et pour l'autre par les administrations provinciales, et les représentants des deux groupes pouvaient voter différemment. Il est ainsi arrivé dans ce cadre que jusqu'à 10 des 13 voix des gouvernements provinciaux soient dans un sens contraire au vote du gouvernement de la Prusse<sup>323</sup>. Cette solution n'était toutefois pas mue par la volonté d'une représentation de la diversité interne la Prusse, mais par celle de réduire le pouvoir du Land de Prusse au sein du Reichsrat.

---

<sup>319</sup> Regierungserklärung von Bundeskanzler Schröder zum Europäischen Rat von Laeken am 14./15. Dezember 2001, Plenarprotokoll 14/207 des Deutschen Bundestages vom 12.12.2002. (cité par MAURER (A.), *Der Rat der Europäischen Union : Zwischen legislative, Regierung und Arena*, in : BEAUD (O.), LECHEVALIER (A.), PERNICE (I.), STRUDEL (S.) (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, 2004, p.377).

<sup>320</sup> Nous reprenons ici l'expression utilisée par Christian AUTEXIER pour qualifier le système institutionnel fédéral allemand établi par la Loi fondamentale (*Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, p.33) ; voir aussi : DEGENHART (C.), *Staatsrecht I*, 20. Aufl., Heidelberg, Müller, 2004, p.212.

<sup>321</sup> En ce sens : MAUNZ (T.), *Die Rechtstellung der Mandatsträger im Bundesrat*, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, p.195.

<sup>322</sup> ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit... (op.cit. note 99)*, p.75.

<sup>323</sup> ESCHENBURG (T.), *Bundesrat – Reichsrat – Bundesrat. Verfassungsvorstellungen und Verfassungswirklichkeit*, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat... (op.cit. note 321)*, p.46.

Suivant le modèle de la Diète de la Confédération germanique<sup>324</sup>, un mandat impératif est conservé sous la Confédération du Nord et l'Empire bismarckien pour les membres du Bundesrat<sup>325</sup>. Il se déduit de l'art.7§4 RV (7§1 CCN) qui indique que les "*voix non instruites ne sont pas comptées*". Dans le cas de la Loi fondamentale, un tel mandat est sous-tendu par un ensemble de dispositions : l'art.51§1 qui explicite le pouvoir discrétionnaire des gouvernements pour renvoyer leurs délégués, l'art.77§2 qui précise l'exception de respect des instructions gouvernementales lorsqu'il est nécessaire de trouver un compromis dans le cadre de la commission de conciliation, et enfin l'art.53a§1 qui décrit l'exception d'absence de liaison par l'instruction du délégué au sein de la commission commune mise en place en cas d' "*état de défense*".

Selon les questions à traiter, un roulement des délégués était possible au sein du Bundesrat de 1871<sup>326</sup>. Sous la Loi Fondamentale, le Bundesrat comprend comme membres ordinaires le Ministre-Président, ainsi qu'un à trois ministres, en fonction du nombre de voix du Land<sup>327</sup>, mais les autres membres du gouvernement peuvent aussi y représenter leur Land (art.51§1 LF) ; ils sont alors assimilés aux membres ordinaires en vertu du §46 du règlement intérieur du Bundesrat (RIBR)<sup>328</sup>. Il y a souvent plus de membres présents que de voix lorsque la question est importante, et de manière générale, des conseillers spécialisés sont présents pour donner les informations nécessaires aux membres de leur délégation<sup>329</sup>, comme le permet le §18 al.2 RIBR.

**892.** Dans le cas européen, la composition du Conseil dépend des questions, les ministres présents étant fonction des formations du Conseil qui sont en dehors du Conseil affaires générales et affaires étrangères prévues par le traité, fixées par une décision de cette institution. Ces formations sont actuellement énumérées à l'annexe I de son règlement intérieur<sup>330</sup>.

**893.** La Constitution de 1787 suit au contraire le principe d'une désignation par les législatures des Etats pour les sénateurs. Rien n'étant indiqué quant au type de mandat qui devait être exercé, un certain nombre de parlements d'Etats membres ont cherché à imposer un mandat impératifs aux sénateurs qu'ils avaient élus. Ils votaient des résolutions indiquant "*les positions qu'[il]s souhaitaient leur voir défendre dans des domaines précis*"<sup>331</sup>. Renaud Dehousse relève à cet égard que "*ce droit figurait d'ailleurs dans la Constitution de pas moins de dix-sept Etats*" et que dans certains cas, des sénateurs qui ne voulaient pas suivre les instructions des parlements qui les avaient élus ont dû démissionner. Cette configuration conduisait ainsi à un système proche de celui du mandat impératif.

Olivier Beaud note concernant la défense des Etats en tant qu'unité politique qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, "*le Sénat continua à se considérer comme le protecteur des droits des Etats*", relevant

<sup>324</sup> L'art.8 AFV indiquait que les membres de la Diète exerçaient un mandat impératif.

<sup>325</sup> Même si Ernst Rudolf Huber écrit que "*les plénipotentiaires (Bevollmächtigte) du Bundesrat n'étaient pas détenteurs d'un mandat impératif, mais d'une fonction étatique (staatlichen Amts)*", qu'ils étaient des "*fonctionnaires étatiques liés par des instructions*" (*Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. III, p.853*).

<sup>326</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (*op.cit.* note 309), *Bd. III*, pp.856-857.

<sup>327</sup> PFITZER (A.), Die Organisation des Bundesrates, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat...* (*op.cit.* note 321), p.176. Voir aussi : DEGENHART (C.), *Staatsrecht I* (*op.cit.* note 320), p.212.

<sup>328</sup> Version citée issue *BGBI*.1993 I p.2007 et modifiée depuis.

<sup>329</sup> PFITZER (A.), Die Organisation... (*op.cit.* note 327), p.180.

<sup>330</sup> Décision n°2009/937 du Conseil du 1er décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur, *JOUE*, n°L 325 du 11 décembre 2009, p.35.

<sup>331</sup> DEHOUSSE (R.), Le paradoxe... (*op.cit.* note 313), p.657. L'auteur renvoie sur ce point à : RIKER (W.), The Senate and American federalism, *American Political Science Review*, vol.44, 1955, p.452-469. Voir aussi : LEIBHOLZ (G.), *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, de Gruyter, Berlin, 1966, p.201.



notamment la "courtoisie sénatoriale" consistant à ne pas adopter de loi "contraire à des intérêts vitaux défendus par certains Etats membres ou groupes d'Etats membres", illustrée par exemple par le rejet de propositions visant à abolir l'esclavage<sup>332</sup>.

Mais ce pouvoir des assemblées des Etats vis-à-vis des sénateurs a été en diminuant<sup>333</sup>. Les aspirants sénateurs ont en effet petit à petit fait campagne lors des élections de l'assemblée de leur Etat, et "l'élection des sénateurs est ainsi devenue un enjeu des élections locales", si bien que pour Renaud Dehousse, le 17<sup>e</sup> Amendement qui a rendu l'élection des sénateurs directe n'a fait "qu'officialiser une situation qui était déjà devenue la règle dans la plupart des Etats"<sup>334</sup>.

**894.** En Suisse, les membres du Conseil des Etats étaient, à l'origine, également élus par les assemblées des cantons, et pour une durée très courte, un an, ce qui traduisait "la volonté d'établir des liens privilégiés entre le Conseil et les cantons"<sup>335</sup>. Toutefois, les membres ont toujours été libres de leurs votes. Certes, l'art.69 aCS 1848 (80 aCS 1874, 150 CS) précise que le Conseil des Etats est composé de députés dont la désignation est réglée par chaque canton qu'ils représentent. Mais l'art.79 aCS 1848 (91 aCS 1874 ; 161§1 CS) pose explicitement que les membres des deux conseils votent sans instruction. Les quelques cantons qui avaient envoyé des représentants avec des instructions ont ainsi dû les rappeler suite à un rappel de cette disposition par le Conseil des Etats<sup>336</sup>.

Au tournant du siècle, le Conseil des Etats avait perdu de son importance à cause de la limitation à un an du mandat, mais avec l'harmonisation du mandat à 4 ans et l'élection directe par le peuple qui est petit à petit introduite, il retrouve sa place<sup>337</sup>. L'évolution d'une désignation par les parlements des cantons à une élection directe a été favorisée par l'idée qu'il n'y avait plus aucune raison de retirer aux peuples l'élection de ces représentants, même si l'on espérait que l'on aurait pour une part des experts et pour une autre de fidèles représentants des intérêts des cantons<sup>338</sup>. L'élection directe s'est toutefois traduite par une limitation de ces liens, si bien que les conseillers des Etats "sont plutôt perçus comme des représentants des différents milieux socio-professionnels plutôt que comme les agents des cantons"<sup>339</sup>.

Les membres du Conseil des Etats sont toutefois parfois encore aujourd'hui également membres de gouvernements des cantons<sup>340</sup>. Certes en tant que conseillers des Etats ils sont libres de leurs votes, mais un tel lien peut favoriser une meilleure prise en compte des intérêts particuliers des cantons<sup>341</sup>. Tobias Jaag a défendu l'institutionnalisation de ce lien personnel car les gouvernements des cantons ont à exécuter les lois fédérales qui sont votées par le Conseil des Etats. Toutefois, le renforcement du lien des conseillers avec les autorités cantonales a été refusé lors de rapports pour la révision de la Constitution<sup>342</sup>. Plusieurs cantons opposés à l'idée d'une généralisation de ce lien ont même prévu une incompatibilité par peur de l'augmentation

<sup>332</sup> BEAUD (O.), *Théorie...* (op.cit. note 313), p.361.

<sup>333</sup> DEHOUSSE (R.), *Le paradoxe...* (op.cit. note 313), pp.657-658.

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> *Ibid.*, p.656.

<sup>336</sup> En ce sens : HEGER (M.), *Deutscher...* (op.cit. note 6), p.114.

<sup>337</sup> *Ibid.*, p.68.

<sup>338</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 45), p. 96. Berne a été le dernier à opérer cette évolution en 1977.

<sup>339</sup> DEHOUSSE (R.), *Le paradoxe...* (op.cit. note 313), p.656.

<sup>340</sup> Ainsi de 1848 à 1920, 10 des membres étaient aussi membres de gouvernements cantonaux, 9 en 1987 (exemples cités par : HEGER (M.), *Deutscher...* (op.cit. note 6), p.114). Pour citer quelques exemples plus récents, de cumul des postes de membre de l'exécutif cantonal et de Conseiller des Etats : Robert Cramer pour le Canton de Genève de 2007 à 2009 ; Jean-René Fournier pour le canton de Valais de 2007 à 2009 ; Paul Niederberger pour le canton de Nidwald de décembre 2007 à juin 2008.

<sup>341</sup> En ce sens : JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 45), pp.105-107.

<sup>342</sup> Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Band VI, Bern, 1973.



trop importante des pouvoirs de leur gouvernement<sup>343</sup>. Les gouvernements des cantons conservent ainsi comme seul pouvoir d'influence le droit à être consulté au stade de l'initiative des lois qui leur a été conféré en 1947 (art.32§2 a CS 1874 (art.45§2 CS)). Il est toutefois à noter que cette prise de position a un poids très important sur la suite des discussions<sup>344</sup>.

**895.** Gerhard Leibholz résume l'opposition entre les deux modèles théoriques de la représentation et de la délégation. Dans le cas d'un rapport de délégation, il y a toujours un assujettissement juridique. Ainsi, Bismarck disait que "*les voix ne sont pas si légères au Bundesrat*" car "*là ne vote pas l'homme libre de Frise (Friesen), le Roi de Saxe vote par son intermédiaire*"<sup>345</sup>. Selon le principe de représentation, au contraire, "*le vote d'un sénateur lui est propre et n'est pas celui de son Etat*", les Etats membres sont représentés (repräsentiert) au Sénat et non pas délégués (vertreten)<sup>346</sup>, ce qui n'implique pas le même degré de dépendance dans la défense des intérêts particuliers. De même, il ne s'agit pas dans le cas du Conseil des Etats d'un droit de participation propre des cantons en tant qu'unité politique<sup>347</sup>. Ils "représentent" la diversité cantonale en ce qu'ils conservent les compétences cantonales face au pouvoir fédéral.

### **b) Les implications des différences entre mandat représentatif et mandat impératif**

**896.** Dans le cas allemand, l'art.6§2 RV (7 CCN) tire une première conséquence du mandat impératif de ses membres en interdisant qu'il puisse être procédé à des votes distincts au sein d'une délégation. De même, l'art.51§3 LF impose que les voix des Länder soient exprimées globalement. Ce complément est plus important sous la Loi fondamentale qu'il ne pouvait l'être sous le Second Empire. En effet, les gouvernements des Länder étant souvent formés par coalition entre plusieurs partis depuis 1949, il existe un risque de divisions au sein de la coalition concernant la position vis-à-vis d'un texte. Pendant longtemps, le principe suivant qui était issu de la pratique a été appliqué : le ministre-président pouvait trancher un conflit au sein du gouvernement<sup>348</sup>. Ainsi, Reinhold Maier, ministre-président FDP qui conduisait une coalition avec le SPD dans le Bade-Wurtemberg a par exemple voté, en contrariété de la majorité dégagée au niveau du Land, en faveur du Traité sur la Communauté européenne de défense, afin de soutenir la position du gouvernement fédéral. Mais la Cour de Karlsruhe a mis fin à ce principe par un arrêt de 2002<sup>349</sup>. En l'espèce, les membres de la délégation du Brandebourg n'avaient pas voté de la même façon et la question se posait de savoir si le Ministre-Président pouvait se voir demander par le président du Bundesrat une clarification du vote officiel du gouvernement du Land. La Cour répond que quand un membre de la délégation est chargé d'exprimer le vote et qu'un autre le contredit, même s'il est ministre-président, sa voix ne peut prévaloir. Elle poursuit que si la différence de position est claire et manifeste comme c'était le cas en l'espèce, le gouvernement n'a pas d'autre possibilité que de s'abstenir. Par contre, dès lors qu'il y a vote en bloc de la délégation, peu importe que les instructions n'aient pas été suivies au regard de la Constitution fédérale.

<sup>343</sup> HEGER (M.), *Deutscher...*(*op.cit.* note 6), p.116.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p.118.

<sup>345</sup> Cité par : LEIBHOLZ (G.), *Das Wesen...*(*op.cit.* note 331), p.204.

<sup>346</sup> Gerhard LEIBHOLZ le rapporte (*Ibid.*, p.200-201).

<sup>347</sup> En ce sens : HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Schulthess Juristische Medien, 5. Auflage, Zürich, 2001, p.273.

<sup>348</sup> Voir : ESCHENBURG (T.), *Bundesrat...*(*op.cit.* note 323), p.56 ; KARLHEINZ (N.), *Urteilsschelte über das Abstimmungsverhalten im Bundesrat – Das Bundesverfassungsgericht hat das Zuwanderungsgesetz für ungültig erklärt*, *Das Parlament*, 23-30 décembre 2002, p. 3 (accessible via : [www.karlheinz-niclauss.de/ZuwandGes.htm](http://www.karlheinz-niclauss.de/ZuwandGes.htm)).

<sup>349</sup> BverfGE 106, 310 (2<sup>e</sup> sénat 18 décembre 2002) (pts.141 et s.). Voir aussi : DEGENHART (C.), *Staatsrecht I* (*op.cit.* note 320), pp.212-213.

Au Conseil, un tel problème ne se pose pas puisqu'il n'y a qu'un seul représentant de l'Etat au sens strict habilité à exercer le vote. Même si en pratique plusieurs ministres et conseillers sont présents, l'unité de l'Etat est garantie<sup>350</sup>. On pourrait certes imaginer le cas d'un gouvernement de coalition ne parvenant pas à une position commune, mais l'UE ne tenant pas compte des considérations internes aux Etats membres, un ministre votant avec le soutien de son seul parti sans l'aval officiel du gouvernement ou de façon contraire à la position du gouvernement n'entraînerait pas l'invalidité de son vote.

**897.** Le type de mandat a ensuite des conséquences sur la représentation des Etats en tant qu'unité politique. La représentation des "*intérêts institutionnels*" des entités fédérées, entendues comme "*collectivités politiques et non plus comme entités territoriales*", sert à contrôler que le pouvoir central n'empiète pas sur leurs compétences<sup>351</sup>. Or cette représentation des intérêts des entités politiques fédérées n'est pas assurée par le simple caractère étatique de la circonscription d'élection. Ainsi, concernant le rôle de gardien politique du fédéralisme, Koenraad Lenaerts note que "*la réalité politique de la prise de décision à l'intérieur de l'Union américaine est organiquement indépendante des Etats, alors que dans la Communauté européenne, les Etats membres jouent eux-mêmes le double rôle de participants à la prise de décision de la Communauté et d'antipodes à l'ordre juridique de la Communauté en tant que tel*"<sup>352</sup>. Bien entendu, si l'intérêt de leur entité fédérée d'origine est en jeu, la question est différente, mais on rejoint alors l'enjeu territorial et non institutionnel qui est aussi défendu dans la chambre basse, les députés cherchant à défendre l'intérêt de leur circonscription d'élection<sup>353</sup>. Renaud Dehousse donne ainsi l'exemple d'une taxe fédérale sur les cigarettes, combattue par un sénateur provenant d'un Etat producteur de tabac, pour souligner que le fondement de son action n'est pas l'atteinte à l'autonomie fiscale des Etats mais bien l'atteinte aux intérêts économiques de son Etat<sup>354</sup>. Il estime même que "*si la rhétorique fédéraliste a fleuri parmi les représentants du Sud des Etats-Unis*", c'était pour lutter contre les lois fédérales "*qui pouvaient menacer la politique ségrégationniste poursuivie par les Etats du Sud*".

**898.** La différence de mandat a aussi une conséquence en matière d'immunité. Ainsi, les représentants des Etats au Conseil de l'UE bénéficient de privilèges et immunités de nature diplomatique<sup>355</sup>. Ce statut est le plus manifeste au sein du Comité des Représentants Permanents (COREPER)<sup>356</sup>, l'instance qui prépare les décisions au sein du Conseil. En effet, comme le résume Claude Blumann, "*la représentation permanente constitue dans une certaine mesure l'ambassade de l'Etat membre auprès*" de l'UE<sup>357</sup>. Elle est dirigée par une personne "*qui a en général rang d'ambassadeur*" qui siège dans l'une des deux formations du COREPER, qualifié de "COREPER II"<sup>358</sup> qui s'occupe du traitement des questions plus politiques, là où l'autre formation "COREPER I" traitant les affaires techniques voit siéger le représentant permanent

<sup>350</sup> BLUMANN (C.), L'article I-23, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...* (op.cit. note 74), p.316.

<sup>351</sup> DEHOUSSE (R.), Le paradoxe... (op.cit. note 313), p.654.

<sup>352</sup> LENAERTS (K.), Constitutionalism and the many faces of federalism, *American Journal of Comparative Law*, 1990, n°38, p.262.

<sup>353</sup> DEHOUSSE (R.), Le paradoxe... (op.cit. note 313), p.663.

<sup>354</sup> Il renvoie en ce sens à : RIKER (W.), *Federalisms : origin, operation, significance*, Boston, éd. Little, 1964, p.155.

<sup>355</sup> Art.11 du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes annexé au Traité de fusion de 1965 (art.10 du protocole de Lisbonne n°7).

<sup>356</sup> SAURON (J.-L.), Le COREPER et l'appareil politico-administratif national, in : CONSTANTINESCO (V.) et SIMON (D.) (dir.), *Le Coreper dans tous ses états*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p.16.

<sup>357</sup> BLUMANN (C.), Comité des Représentants Permanents (COREPER), *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc.220, 18 septembre 2006, pt.8.

<sup>358</sup> *Ibid.*, pts.10 et 11.



adjoint, qui a en général le titre de "ministre plénipotentiaire". De même, une protection diplomatique était accordée aux représentants des Etats allemands sous la Confédération du Nord et l'Empire bismarckien<sup>359</sup>.

Le Bundesrat de la Loi Fondamentale ne suit pas ce schéma, puisque ses membres ne bénéficient plus d'une immunité diplomatique. C'est le signe d'une évolution de la nature juridique de l'entité fédérale de Fédération à Etat fédéral. La pratique même des négociations entre les membres du Bundesrat contemporain en a par ailleurs perdu le caractère "diplomatique" qu'elle avait sous le Second Empire et qu'elle peut présenter au sein du Conseil<sup>360</sup>.

Les membres du Conseil des Etats, selon l'art.162 CS, et ceux du Sénat américain, selon l'art.I sect.6 Cl.1 de la Constitution de 1787, bénéficient quant à eux d'une immunité qui leur est conférée par leur statut de parlementaire.

**899.** Une différence d'effet entre les types de mandats est également en principe à souligner dans le cas où les affaires traitées ne concernent que quelques entités fédérées. Sous l'Empire bismarckien, l'art.7§4 RV prévoit que seules les voix des Etats concernés étaient comptabilisées au sein du Bundesrat. Le principe est identique dans l'Union européenne au sein du Conseil dans les cas où une partie des membres seulement participent à une politique. Ainsi, par exemple les protocoles de Lisbonne n°21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande (ancien protocole d'Amsterdam n°4) et n°22 sur la position du Danemark (ancien protocole d'Amsterdam n°5) énoncent dans leur art.1 que le Conseil décide pour le titre IV du TFUE, selon les cas à la majorité qualifiée ou à l'unanimité des membres concernés. A l'opposé, le vote de l'ensemble des députés dans des cas où certaines entités fédérées ne sont pas concernées, comme c'est le cas au Parlement européen, ne pose pas de problème en raison de leur mandat représentatif<sup>361</sup>. Il est toutefois à noter que le ministre des finances allemand Wolfgang Schäuble a proposé à plusieurs reprises de donner un pouvoir dans le cas de l'UEM au Parlement européen selon une configuration restreinte ne comprenant que les députés des Etats membres de la zone euro<sup>362</sup>.

**900.** Pour terminer, nous nous pencherons sur une dernière caractéristique qui peut apparaître à première vue comme une conséquence de la différence de statut des membres de l'institution représentative des Etats, celui de la continuité de l'institution. Ainsi le Bundesrat est souvent présenté comme un organe permanent, qui ne connaît pas la discontinuité<sup>363</sup>, ses membres n'étant pas renouvelés à une date donnée mais en fonction des choix des gouvernements des Länder et des modifications de la composition partisane de ces derniers consécutives aux élections des Landtag. Cette caractéristique n'est toutefois pas l'apanage des institutions suivant le modèle du Bundesrat. Certes, il est prévu dans la Constitution américaine que les sénateurs ont un mandat de 6 ans (art.I sect.III Cl.1) et que le Sénat est renouvelé par tiers tous les deux (art.I sect.III Cl.2). Mais en Suisse, aucune durée de mandat n'est posée pour les conseillers des Etats dans la Constitution, et c'est uniquement petit à petit que les cantons ont décidé de fixer un mandat de quatre ans, et de faire coïncider l'élection du ou des conseillers des Etats avec le scrutin du Conseil national. Ainsi Andreas Auer, George Malinverni et Michel Hottelier notait

<sup>359</sup> ESCHENBURG (T.), Bundesrat...(*op.cit.* note 323), p.39.

<sup>360</sup> Voir les remarques faites suite à une étude auprès des participants aux différents du Conseil de : NOVAK (S.), Usages du vote à la majorité qualifiée de l'Acte unique européen à nos jours : une permanence inattendue, *Etude Notre Europe*, 23 novembre 2011.

<sup>361</sup> Voir en ce sens : COT (J.-P.), Art. I-20, Le Parlement européen, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 74), p.293.

<sup>362</sup> Voir par exemple : Zukunft der Währungsunion. Schäuble präsentiert Masterplan für den Euro, *Spiegel online*, 21 octobre 2012 : <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/euro-krise-schaeuble-praesentiert-masterplan-a-861475.html>.

<sup>363</sup> Voir : AUTEXIER (C.), *Introduction...*(*op.cit.* note 320), p.41. Dans le même sens Theodor ESCHENBURG parle du "Bundesrat éternel" (Bundesrat...(*op.cit.* note 323), p.39).

encore en 2000 que six cantons connaissaient une date d'élection distincte de celle du Conseil national<sup>364</sup>, et aujourd'hui le canton Appenzell Rhodes-Intérieures conserve encore une date de désignation distincte. Une distinction entre mandat impératif et mandat représentatif peut uniquement être mise en évidence relativement à la stabilité ou à la précarité du statut de ses membres. Ainsi, les ministres au sein du Conseil ou du Bundesrat ne représentent leur Etat d'origine que tant qu'ils sont maintenus à leur poste par le chef du gouvernement, là où les sénateurs ou conseillers d'Etat restent en poste pendant une durée prédéterminée.

### c) Conséquence du statut des membres sur la qualification de chambre au sens strict

**901.** La question se pose enfin d'un impact du statut des membres sur la qualification de "chambre" de l'organe représentant les Etats membres.

Jean-François Aubert n'accorde pas le statut de seconde chambre au Bundesrat car il ne remplit pas les trois conditions qu'il pose<sup>365</sup>. Selon lui, pour être considérées comme chambres du Parlement, les deux organes doivent tout d'abord avoir une composition différente, présenter ensuite les mêmes compétences, enfin conseiller et tenir des séances de manière séparée<sup>366</sup>. La Cour de Karlsruhe parvient à la même conclusion par le biais d'une définition équivalente. Elle considère que "*selon les dispositions de la Loi fondamentale, le Bundesrat n'est pas une seconde chambre d'un organe législatif homogène (einheitlich) qui participerait d'une façon déterminante (entscheidend) et équivalente (gleichwertig) avec la « première chambre » à la procédure législative*"<sup>367</sup>, soulignant qu' "*il est ici essentiel que la nécessité d'accord [soit] l'exception au sein de la Loi fondamentale*"<sup>368</sup>. Si l'on suit ce raisonnement pour la qualification de chambre, bien peu d'institutions pourraient en bénéficier. En outre, le Conseil de l'UE serait qualifié de chambre puisqu'il a une compétence législative de principe, mais le Parlement européen ne pourrait l'être car il n'a pas toujours une compétence équivalente, ce qui ne fait pas sens. Comme le conclut Mathias Heger, Jean-François Aubert élève sans fondement le modèle suisse au rang de principe<sup>369</sup>. De même, appliquer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande exclurait la plupart des chambres hautes européennes de la qualification de chambre (Chambre des Lords, Sénat français,...). La qualification de chambre au sens strict devrait plutôt reposer sur les statuts des membres. Ainsi, Ernst Rudolf Huber souligne qu'alors que "*les chambres reposent sur [...] l'indépendance du mandat du député de tout pouvoir étatique*", que "*ce ne sont pas des personnes mais des Etats qui font partie du Bundesrat*" et que "*leurs membres ne possèdent pas d'indépendance*"<sup>370</sup>. Cette position permet alors d'accorder la qualification de chambre au Sénat et au Conseil des Etats, et de la refuser au Bundesrat et au Conseil de l'UE<sup>371</sup>.

### 2) La problématique de l'égalité du poids des Etats dans l'adoption des décisions

**902.** Au-delà de l'opposition au regard du statut de ses membres, il existe une divergence entre les modèles du Bundesrat et du sénat quant au choix d'une égalité stricte ou d'une différenciation

<sup>364</sup> AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 168), p.35.

<sup>365</sup> AUBERT (J.-F.), *Traité de droit constitutionnel suisse, vol.II*, Neuchâtel, 1967, n°1246 et s.

<sup>366</sup> Il accepte toutefois dans ce dernier cas une dans le cas de la Bundesversammlung en Suisse (art.157 CS) ou dans le cadre de la Loi fondamentale allemande pour la désignation à certaines fonctions (art.92 LF).

<sup>367</sup> BVerfGE 37, 363 (2<sup>e</sup> sénat 25 juin 1974) (p.380, pt.76).

<sup>368</sup> *Ibid.*, p.381, pt.78.

<sup>369</sup> Voir en ce sens : HEGER (M.), *Deutscher...*(*op.cit.* note 6), p.122 note 7.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p.853.

<sup>371</sup> Voir aussi pour un rejet sur le fondement du type de mandat de la qualification de chambre pour le Conseil de l'UE et le Bundesrat de 1871 : BÖHMER (A.), *Die Europäische...*(*Le droit...*(*op.cit.* note 309)), p.73 et p.76. De même, Eugène DUTHOIT conclut que comme le vote n'est pas personnel, et comme c'est l'Etat qui est en réalité représenté, le Bundesrat de 1871 n'est pas une chambre (*Le droit...*(*op.cit.* note 309), p.138).



entre les Etats membres représentés.

Le système allemand se caractérise par une continuité dans le recours au système de pondération au sein de l'institution représentant les intérêts des Etats membres. Sous la Confédération germanique, l'art.4 de l'Acte de 1815 précise une première distinction au sein de la Diète qui est chargée des affaires fédérales entre les membres ayant une voix individuelle et ceux à l'instar des villes libres de Lübeck, Hambourg, Brême et Francfort qui disposent d'une voix commune. Elle correspond selon l'art.7 de l'Acte de 1815 à la formation restreinte, là où l'art.6 vise la formation plénière. Au sein de cette dernière chaque Etat a au moins une voix et au maximum quatre. La formation restreinte a la compétence de principe comme on pouvait le déduire de l'art.7 de l'Acte de 1815. L'art.11 AFV et l'art.12 AFV le confirme en précisant la compétence de la formation plénière pour les déclarations de guerre et pour les cas expressément prévus dans le reste du pacte.

Le système de pondération est repris par le Bundesrat de la Confédération du Nord puis de l'Empire bismarckien, l'art.6 RV (art.6 CCN) énumérant le nombre de voix de chaque Etat membre qui varient de 1 à 17. Toutefois, alors que sous la Confédération germanique, le vote en formation restreinte voyait les plus petits Etats membres disposer uniquement d'une voix commune, Bismarck a voulu que chaque Etat dispose au sein de la Confédération du Nord, puis du Second Empire, d'au moins une voix au Bundesrat pour l'ensemble des décisions, cela afin de ménager les princes des plus petits Etats<sup>372</sup>.

La République de Weimar reprend un système de pondération au sein du Reichsrat. Selon l'art.61 WRV, chaque Etat y dispose d'au moins une voix, et des règles sont précisées pour déterminer le nombre de voix en fonction du nombre d'habitants, sachant qu'aucun Etat ne peut avoir plus des 2/5<sup>e</sup> de l'ensemble des voix afin de corriger les effets du poids de la Prusse.

Lors des discussions ayant mené à l'adoption de la Loi fondamentale, une représentation égale des Länder qui ne les considérerait que dans leur qualité de Land a été refusée en raison du manque de fondement historique des Länder. Elle aurait de toute façon appelé le remplacement du système du Bundesrat par un sénat. Comme les limites des Länder de 1949 ne correspondaient plus, pour une large part, à une réalité historique, c'est l'importance de la population et non le statut de Land, qui a été le critère, tout comme dans le cas de la Constitution de Weimar, pour déterminer la pondération des voix. De même qu'en 1919, on ne procède pas à une répartition des voix sur la base d'une proportionnalité de la population, mais selon un système de seuil<sup>373</sup>, l'art.51 LF prévoyant entre trois voix et six voix en fonction du nombre d'habitants du Land. Une telle proportionnalité n'a pas été non plus acceptée dans les différentes réflexions de révision de la Constitution car elle aurait favorisé les Länder les plus peuplés<sup>374</sup>. On doit en outre ajouter que les étrangers sont comptés parmi les habitants d'un Land auxquels il est fait référence §27 RIBR pour déterminer le nombre de voix de chaque Land, car il ne s'agit pas d'une représentation démocratique de la population du Land, mais de déterminer l'importance de chacun des Länder les uns par rapport aux autres.

Le Conseil de l'UE suit depuis sa création le modèle allemand en prévoyant à l'art.148 CEE (205 CE) un système de pondération<sup>375</sup> pour toutes les décisions pour lesquelles la majorité qualifiée est prévue. Jusqu'alors cette pondération devait être adaptée à chaque adhésion de nouveaux Etats membres, et à chaque fois la répartition des voix entre Etats donnait lieu à de dures négociations. Le Traité de Lisbonne a toutefois prévu de mettre fin à ce système. Selon l'art.3 de son protocole n°36, ce système reste la règle jusqu'au 31 octobre 2014, et sera après

<sup>372</sup> DUTHOIT (E.), *Ibid.*, p.140-142.

<sup>373</sup> L'art.51§2 LF pose le principe d'au moins trois voix, puis si le Land a plus de 2 millions d'habitants quatre voix, s'il a plus de 6 millions d'habitants cinq voix, et s'il a plus de 7 millions d'habitants huit voix. Il y a dans la configuration actuelle en tout 69 voix, et la majorité est fixée à 35.

<sup>374</sup> Voir pour un exemple de refus : *Schlusbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform, Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/524 vom 9.12.1976*, p.100.

<sup>375</sup> Pour la répartition des voix par Etat voir l'art.3§3 du protocole de Lisbonne n°36.



cette date et jusqu'en 2017 un système dérogatoire auquel tout Etat membre pourra demander à recourir. Une double majorité sera mise en place à parti de 2014 selon l'art.16§4 TUE : 55% des Etats comprenant au moins quinze d'entre eux et 65% de la population. S'il met fin au système de pondération classique, ce nouveau système conserve une différenciation du poids des Etats lors de leurs votes sous une autre forme.

Le principe de mode de décision au Conseil posé à l'art.148§1 CEE (205§1 CE) était celui de la majorité simple<sup>376</sup>, alors même qu'il a toujours été minoritaire, mais le Traité de Lisbonne est venu corriger cette divergence entre le principe posé et la réalité en énonçant à l'art.16§3 TUE que la majorité qualifiée est le système de vote de principe. Cette modification pourrait, selon Claude Blumann, contribuer à modifier les mentalités des Etats qui voient toujours dans le consensus le système de référence, et ce bien qu'il y ait depuis 1987 une obligation de vote (obligation actuellement posée à l'art.11§1 du règlement intérieur du Conseil de l'UE (RICUE)) si un de ses membres ou la Commission en fait la demande avec le soutien de la majorité des membres du Conseil<sup>377</sup>. Au sein du Conseil, le passage de nombreuses matières de l'unanimité, qui assurait une égalité absolue entre Etats à la majorité qualifiée, manifeste le passage d'un système très intergouvernemental à un mode de décision dans lequel un équilibre existe entre intérêt européen et intérêt des Etats, car même si la décision se prend en réalité souvent par consensus, une pression peut s'exercer sur le ou les gouvernements récalcitrants pour aboutir à une décision.

**903.** Plusieurs raisons peuvent justifier une inégalité du poids des Etats dans le vote. Si l'on considère tout d'abord le cas allemand, la répartition des voix était fondée sur la puissance respective de chacun des Etats<sup>378</sup>. A ce fondement traditionnel s'est ajoutée la prise en compte de la population dans la Confédération du Nord et dans le Second Empire. Dans le même temps la pondération est marquée par la volonté d'éviter toute hégémonie. La Prusse a ainsi 17 voix sur 43, qui lui suffisent certes pour dominer le Bundesrat, mais qui ne correspondent pas au résultat auquel aurait abouti un calcul uniquement fondé sur sa population et sa puissance en comptant les territoires annexés<sup>379</sup>. Eugène Duthoit parle à ce sujet de l'ingéniosité qui a consisté à ne pas exacerber les "*susceptibilités particularistes des princes allemands et des petits Etats*" avec l'institution du Bundesrat, tout en assurant que les intérêts de la Prusse seraient défendus, les délégations des Etats n'étant pas assez puissantes pour s'opposer aux positions de la délégation prussienne<sup>380</sup>. Enfin, le nombre d'habitants est devenu le fondement unique avec la fin de la Monarchie dans les Länder sous Weimar, avec toutefois un plafond dans le but de limitation du poids de la Prusse. Ce fondement a été repris par la Loi Fondamentale.

Dans le cadre de l'Union européenne, la pondération au sein du Conseil s'explique à la fois par l'argument démocratique et par la puissance relative des Etats. En effet, si seule la population comptait, il y aurait une gradation entre des Etats comme la France et l'Allemagne qui présentent une différence de 20 millions d'habitants. De même, les négociations de Nice ont vu l'Espagne et la Pologne obtenir une pondération qui n'aurait pas dû être la leur si la seule population avait été considérée. Tout comme la pondération en fonction de l'importance des Etats avait été balancée par la volonté d'éviter toute hégémonie dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle, le facteur démographique est contrebalancé par le facteur de l'importance politique et économique afin d'éviter l'hégémonie de certains pays au sein de l'Union européenne. Si la comparaison avec le Bundesrat de 1871 permet d'expliquer les compromis dans la détermination

<sup>376</sup> L'art.205§1 CE énonçait en effet que "*sauf dispositions contraires du présent traité, les délibérations du Conseil sont acquises à la majorité des membres qui le composent*".

<sup>377</sup> Remarque faite par rapport à la même disposition qui était incluse dans le Traité-constitutionnel à l'art.I-23 : BLUMANN (C.), L'article I-23 (*op.cit.* note 350), p.318.

<sup>378</sup> HEGER (M.), *Deutscher...*(*op.cit.* note 6), pp.72-73.

<sup>379</sup> En ce sens : HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 309), *Bd.III*, p.657 : dans un tel cas elle aurait disposé des 5/6<sup>e</sup> et non des 2/5<sup>e</sup> des voix.

<sup>380</sup> DUTHOIT (E.), *Le droit...*(*op.cit.* note 309), p.142.



de l'inégalité du poids des Etats, elle présente des limites au regard de l'hégémonie prussienne. La crainte au sein de l'UE existe certes de la part des plus petits vis-à-vis d'un directoire des grands Etats mais la situation n'est pas comparable, les intérêts de ces derniers étant loin d'être toujours convergents.

**904.** A l'opposé des systèmes allemand et européen, la Constitution américaine énonce en son art.I sect.3 Cl.1 que chaque Etat dispose de deux sièges au Sénat, principe qui bénéficie même d'une protection renforcée puisqu'un Etat ne peut se voir privé de l'égalité des sièges au Sénat sans son consentement en vertu de l'art.V. Cette égalité ne fait pas l'objet de discussion, les américains en étant même fiers<sup>381</sup>.

Au contraire, un débat existe en Suisse. La Constitution suisse suivant, comme sur d'autres points le modèle américain, prévoit en son art.69 aCS 1848 (80 aCS 1874 ; 150§2 CS) une égalité entre les cantons avec deux représentants. Tous les cantons ayant perdu de la même manière leur souveraineté en 1848, ce statut originel entraîne une égalité de traitement dans l'Etat créé<sup>382</sup>. Par ailleurs, à l'égalité entre citoyens du conseil national correspond l'égalité entre cantons du conseil des Etats<sup>383</sup>. Cette égalité s'explique au départ par la volonté d'éviter un déséquilibre dû à la différence de population entre cantons catholiques et protestants. En effet, sans l'égalité entre cantons, les cantons catholiques auraient toujours été dans la minorité ce qui aurait conduit à des tensions<sup>384</sup>. Si certains demi-cantons, appelés depuis la révision totale de la Constitution de 1999 canton, n'ont qu'un représentant au lieu de deux, il n'y a pas d'atteinte au principe d'égalité "*car en Suisse les demi-cantons sont toujours considérés comme une unité*"<sup>385</sup>. On oppose certes à ce traitement différencié que les deux demi-cantons de Bâle sont très peuplés<sup>386</sup> et qu'en 1979 lors de la création du canton du Jura, ni ce dernier, ni le canton de Berne n'ont reçu un tel statut<sup>387</sup>. Mais, la justification de ce maintien réside dans le déséquilibre au profit des cantons de langue allemande par rapport aux cantons de langue française et italienne qui résulterait de l'attribution aux demi-cantons de deux conseillers des Etats, la question de l'équilibre entre cantons catholiques et protestants expliquant également le cas particulier du Jura.

Le respect de la diversité assuré par l'égalité de représentation permet de réunir les différents groupes composant la société suisse. Le Conseil des Etats est un élément du compromis entre les cantons du Sonderbund et les cantons libéraux, il joue un rôle de contrepoids à la chambre du peuple démocratique-unitaire. Certains auteurs ont pu ou peuvent être d'avis que la nécessité de protection des minorités n'existe plus, les oppositions entre communautés francophone et germanophone étant notamment supplantées par des questions concernant la suisse dans son ensemble, si bien que la prise en compte particulière d'éléments francophones ne serait plus justifiée<sup>388</sup>. Mais la plupart des auteurs suisses, s'ils reconnaissent que de nouvelles oppositions sont nées qui les relativisent, ils soulignent que les oppositions

<sup>381</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (*op.cit.* note 45), p.88 note 4.

<sup>382</sup> HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches...* (*op.cit.* note 347), p.275.

<sup>383</sup> HEGER (M.), *Deutscher...* (*op.cit.* note 6), p.79.

<sup>384</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (*op.cit.* note 45), p.88.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p.87. Il n'existait en effet pas comme Etat souverains séparés, mais ont été créés par la division d'un ancien Etat souverain.

<sup>386</sup> HÄFELIN (U.), HALLER (W.), *Schweizerisches...* (*op.cit.* note 347), p.275.

<sup>387</sup> JAAG (T.), *Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung*, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht...* (*op.cit.* note 67), pp.474-475.

<sup>388</sup> cf. NEIDHART (L.), *Reform...* (*op.cit.* note 249), p.178 et 154. Au regard du phénomène "l'unitarisation", Leonhard Neidhart affirmait en 1970 que les citoyens suisses étaient plus déterminés par leur appartenance à un groupement social (syndicat, ...) qu'à un canton et plaidait pour son remplacement par une chambre sociale.

classiques demeurent<sup>389</sup>.

### 3) *L'adaptation du modèle du Bundesrat à l'UE*

**905.** La comparaison des modèles du Bundesrat et du sénat amène à se poser la question de l'adéquation de la forme actuelle du Conseil ou de la nécessité de le remplacer par une institution de type sénat ou une structure intermédiaire.

Y a-t-il un modèle plus adéquate pour représenter la diversité dans un système fédéral ? (a) Une composition mixte peut-elle être la solution permettant d'éviter les écueils des deux modèles ? (b). Après avoir répondu par la négative à ces deux questions, nous tenterons de prendre une perspective plus large, contextualisée, afin de déterminer l'adéquation du modèle du Bundesrat à l'Union européenne (c).

#### a) **Le rejet d'une supériorité abstraite d'un modèle sur l'autre**

**906.** Le modèle du sénat est défendu par certains auteurs comme plus conforme à une union démocratique fédérale. Une partie d'entre eux utilisent au soutien de la justification de ce point de vue l'argument de l'origine monarchique de la construction du modèle du Bundesrat en 1871, voyant dans son maintien la manifestation d'un certain archaïsme. Selon cette perspective, Bismarck ne pouvait soutenir la mise en place d'une institution représentant les Etats du type sénat, car étant donné que les gouvernements des entités fédérées étaient monarchiques, une élection des membres de la chambre par le peuple aurait privé les princes de leurs droits<sup>390</sup>. *A contrario*, le choix en faveur d'un sénat en Suisse s'expliquerait par l'absence de conflit entre revendications monarchique et démocratique<sup>391</sup>. On ne peut toutefois expliquer ce choix d'un Conseil des Etats en Suisse ou critiquer le modèle du Bundesrat sur cette seule base d'une plus ou moins bonne adéquation d'un modèle aux monarchies.

D'autres auteurs estiment que l'absence d'élection directe de ses membres et leur mandat impératif ne permet de conférer à une chambre du type Bundesrat les mêmes pouvoirs que si la chambre représentait la population. Ils défendent ainsi le système du sénat par rapport à celui du Bundesrat en affirmant que le principe représentatif du mandat des membres permet *a contrario* de donner le même niveau de légitimité que l'instance représentant la population et de justifier une égalité de pouvoirs. En suivant cette logique, Les liens entre gouvernements des cantons et membres du Conseil des Etats ne pourraient selon cette perspective qu'être limitées, à peine de perdre cette légitimité et la justification de son équivalence au Conseil national<sup>392</sup>. Mais il peut être rétorqué que des ministres ne doivent pas être considérés comme moins dignes<sup>393</sup> de prendre des décisions importantes que des députés car ils sont membres de gouvernements qui sont responsables devant leurs parlements respectifs et disposent donc d'une légitimité indirecte, comme a pu le rappeler la Cour constitutionnelle allemande<sup>394</sup>. Cette même Cour abonde

<sup>389</sup> HEGER (M.), *Deutscher...* (op.cit. note 6), p.154. JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 45), p.87.

<sup>390</sup> DUTHOIT (E.), *Le droit...* (op.cit. note 309), p.140.

<sup>391</sup> FISCH (S.), *Von der Föderation...* (op.cit. note 308), pp.32-33.

<sup>392</sup> *Ibid.*, p.31. Voir aussi : BOLDT (H.), *Deutsche Verfassungsgeschichte. Bd.II.*, éd. deutscher Taschenbuch Verlag, 1993, p.154.

<sup>393</sup> Hugo PREUß justifiait sa volonté de limiter les pouvoirs d'un Reichsrat composé de membres des gouvernements des Länder par leur légitimité moindre (Begründung des Entwurfs einer Verfassung für das Deutsche Reich (1919), in : ID., *Staat, Recht und Freiheit, aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte*, tübingen, Mohr, 1926, p.412).

<sup>394</sup> BVerfGE 68, 1 (2<sup>e</sup> sénat 18 décembre 1984) (pp.88-89, pt.145 et pt.148) : "*Les organes du pouvoir exécutif possèdent aussi la légitimation démocratique personnelle*" par le biais de leur nomination ou de leur possible renversement. Dans le cadre de la Loi fondamentale, "*le gouvernement est aussi institutionnellement, fonctionnellement et personnellement démocratiquement légitimé et n'est pas de prime abord limité à l'examen d'actes politiquement moins importants*". En particulier, "*ce n'est pas un déficit démocratique quand*

toutefois en partie dans le sens de la critique mentionnée en ce qu'elle considère que le Bundesrat ne peut avoir autant de pouvoirs que le Bundestag car il n'a pas de légitimité démocratique directe comme le Bundestag. Mais l'idée que le modèle du sénat comme plus démocratique que le Bundesrat traduit le contexte d'un Etat fédéral au sein duquel le principe démocratique est jugé supérieur par rapport au principe fédéral. La position de Carl Bilfinger l'illustre. Il estime en effet que le modèle du Bundesrat ne peut correspondre qu'au système de la confédération d'Etats comme organe des gouvernements associés<sup>395</sup>.

On trouve *a contrario* dans une partie de la doctrine allemande l'idée que le fédéralisme est mieux respecté par le système du Bundesrat que par celui du sénat car dans ce dernier l'influence des membres sur la formation de la volonté fédérale est plus faible<sup>396</sup>. Hans Naswiasky considère ainsi que le Bundesrat sert mieux les intérêts des Länder car le poids des voix est assuré et non éparpillé selon les fractions politiques<sup>397</sup>. Cette dernière remarque renvoie à la représentation de l'Etat en tant qu'unité politique qui ne trouve de traduction que dans le cas d'une institution du type Bundesrat. Mais une telle affirmation ne permet pas de déduire à la supériorité de ce modèle par rapport à l'autre dans la représentation de la diversité.

En se plaçant dans la perspective d'une Fédération, le choix d'un modèle ne peut se justifier qu'au regard du contexte de cette Fédération. Il est seulement possible de faire les quelques remarques générales suivantes sur les deux modèles.

Le modèle sénatorial de mandat représentatif favorise le caractère unitaire démocratique, la diversité étant indirectement soutenue par le principe d'égalité du nombre de représentants par entité fédérée qui permet la prise en compte des spécificités politiques des membres. La critique au regard du principe démocratique que l'on trouve en Suisse de l'absence de pondération souligne alors un manque de compréhension de l'objet de l'institution. Au sein d'une institution dans laquelle les mandats ne sont pas impératifs, l'égalité entre Etats n'est que relativement problématique au regard de la question démocratique en ce que les membres une fois élus sont libres dans leur vote, facilitant une prise de décision tenant compte des intérêts de tous les Etats. *A contrario*, l'égalité se justifie par un souci de gage de la diversité.

Au contraire, au sein du modèle du Bundesrat, la diversité est naturellement prise en compte, il n'est ainsi nul besoin de renforcer cet aspect en instituant une égalité entre les délégations au sein de l'institution. Une égalité entre Etats ferait apparaître l'aspect fédéral démesuré au regard du principe démocratique car elle permettrait l'institution d'adopter des positions qui ne seraient pas soutenues par la majorité de la population. L'institution serait ressentie comme une dictature de la minorité.

## **b) Une composition mixte : une fausse bonne idée**

**907.** La composition mixte pourrait apparaître comme un compromis permettant de répondre au souci d'une représentation des Etats membres en tant qu'unité politique, tout en limitant l'impact démocratique négatif en termes de diminution des pouvoirs des parlements étatiques, aspect qui est l'un des reproches réguliers à l'encontre du modèle du Bundesrat<sup>398</sup>.

Il serait possible d'imaginer un Conseil dont les délégations seraient composées d'un

---

*l'exécutif possède une compétence exclusive dans le domaine des affaires étrangères*".

<sup>395</sup> BILFINGER (C.), *Der Reichsrat*, in : ANSCHÜTZ (G.), THOMA (R.), *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, Bd.I, Mohr Siebeck, 1930, p.546.

<sup>396</sup> En ce sens : LEIBHOLZ (G.), *Das Wesen...* (*op.cit.* note 331), p.206 ; ANSCHÜTZ (G.), *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Auflage, Berlin, 1933, Vorbemerkung zur 2. Abschnitt, p.177.

<sup>397</sup> NASWIASKY (H.), *Grundprobleme der Reichsverfassung, Erster Teil : Das Reich als Bundesstaat*, Berlin, 1928, p.109.

<sup>398</sup> Sur ce reproche et les tentatives de correction cf. *infra* : sect.II §3 A 1 b).



représentant du gouvernement et d'un représentant du parlement avec possibilité de votes différents, tout en maintenant le principe de pondération. Un découpage égal des voix serait à opérer au Conseil entre le membre du gouvernement d'une délégation et les représentants des parlementaires. La solution aurait l'avantage de redonner plus de poids aux parlementaires, la possibilité d'un vote distinct garantissant l'absence d'atteinte à leur statut de parlementaires. Il y aurait renforcement de la légitimation indirecte des membres du Conseil tout en maintenant la représentation de l'Etat en tant qu'unité politique, évitant les désavantages à cet égard d'un système du type sénat. Michel Barnier a proposé une solution édulcorée de cette configuration dans laquelle les parlementaires nationaux auraient été associés aux travaux du Conseil dans sa formation législative<sup>399</sup>. Selon son schéma, à chaque représentant du gouvernement d'un Etat aurait été associé deux membres de son parlement national ; il ne précisait pas le poids de ces représentants des parlements dans le vote de la délégation, ni leur mode de désignation.

Une telle solution soulève de nombreux problèmes de mise en œuvre. Se pose tout d'abord la question du type de mandat, représentatif ou impératif. Le but de renforcement des parlements nationaux par rapport aux gouvernements ne semble, à cet égard pouvoir être efficace dans un tel cadre que si les membres qu'ils désignent ont un mandat impératif de leur part. Mais un tel mandat poserait alors le problème de la flexibilité des négociations au Conseil, celle-ci étant d'autant plus mise à mal que la formation compétente (plénière, commission spécialisée pour correspondre aux formations du Conseil, commission pour les affaires européennes, ou encore modulation de ces possibilités en fonction de la sensibilité des domaines en cause) est plus ou moins difficile à réunir. En outre, nous avons raisonné pour l'instant pour les parlements en tant que bloc, or se poserait également la question de la majorité et de l'opposition et de savoir s'ils proviendraient des deux chambres quand le parlement étatique n'est pas monocaméral. Enfin, quelle que soit la nature du mandat des membres nommés par les parlements, la prise de décision serait rendue plus complexe par la cohabitation de ministres et parlementaires habitués à deux types de négociations différents, problème accentué par rapport au cas des discussions de convergence sur un texte entre Parlement européen et Conseil car dans ce cas les positions de chacune des chambres peut être déterminée séparément auparavant.

Dans le cas allemand, on trouve plusieurs projets d'institutions représentant les Etats membres présentant un système mixte de membres nommés par les parlementaires et les gouvernements fédérés, dont toutefois aucun n'a été appliqué. Nous en présenterons deux.

Le premier est inclus dans le projet de Constitution de Francfort de 1849. Il prévoyait au sein du Parlement une chambre des Etats dont les membres devaient selon le §88 provenir pour une moitié de la représentation populaire<sup>400</sup> et pour l'autre du gouvernement des Etats. Il n'y avait pas égale représentation entre les Etats, mais une différenciation en fonction de leur taille. Pour les Etats ayant seulement un membre, ou pour ceux ayant un nombre impair, le §89 précisait que le gouvernement devait proposer trois candidats parmi lesquels la représentation populaire de l'Etat devait choisir le représentant. Les membres étaient élus pour six ans selon le §92, il ne s'agissait pas de délégués, mais de représentants au sens strict puisque le §96 posait le principe de l'absence d'instruction pour les deux chambres du Parlement. On se rapprochait donc en pratique très largement du modèle du sénat.

Un projet de chambre à la composition mixte a été repris lors de discussions sur une réforme constitutionnelle dans les années 1970. Il était proposé que la composition du Bundesrat soit modifiée. Selon le projet, les membres auraient été pour partie issus des gouvernements des Länder et pour l'autre des Landtag<sup>401</sup>. Le but du système était de permettre

---

<sup>399</sup> BARNIER (M.), L'urgence européenne, 17 novembre 2001, in : MARHOLD (H.), *Le nouveau débat sur l'Europe. Textes réunis et commentés par Hartmut Marhold*, Presses d'Europe, 2002, pp.229 et s.

<sup>400</sup> Il était précisé au §88 al.2 que pour les Etats qui étaient eux-mêmes composés de provinces ou de Länder, les membres issus de la représentation populaire devaient être désignés par les représentations provinciales ou des Länder.

<sup>401</sup> En ce sens : CARSTENS (K.), *Politische Führung*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1971, p.98 ; PRILL(



aux parlements des Länder de récupérer du pouvoir par rapport à leurs gouvernements. Ce projet a été écarté en 1976 dans le rapport final<sup>402</sup>. Heinz Laufer souligne le problème constitué par une telle structure, non seulement en matière de différence de méthode de travail mais encore de mandats, conduisant à une diminution de l'efficacité du travail de l'institution<sup>403</sup>. Au-delà, on retrouve les autres questions évoquées pour le contexte européen à commencer par celle de la majorité de désignation des membres du Bundesrat issus du Landtag qui détermine s'ils proviennent uniquement des partis de gouvernements ou non.

### c) La nécessité de remise en perspective contextuelle

**908.** Ayant écarté l'hypothèse d'un modèle mixte, ainsi que celle d'une supériorité abstraite du modèle du Bundesrat ou du sénat, il est néanmoins possible de déterminer l'adéquation du modèle à une union fédérale considérée par une mise en perspective contextuelle.

L'existence ou non d'une ligne de facture profonde entre deux groupes d'Etats membres est à prendre en compte. Si un membre peut se trouver selon les décisions dans la majorité ou la minorité, les tensions dues au sentiment de "dictature" de la majorité sont écartées, les deux modèles semblent pouvoir être appliqués. Par contre, dès qu'un bloc stable se forme entre deux groupes d'Etats, à l'instar des Etats du Sud et du Nord aux Etats-Unis, des cantons conservateurs catholiques et protestants libéraux en Suisse, la mise en place d'un sénat composé de membres disposant d'un mandat représentatif peut permettre une certaine souplesse dans les discussions, de faciliter le rapprochement des positions ; au contraire au sein d'une institution dont les membres sont des représentants d'un gouvernement ayant un mandat impératif la marge de manœuvre pour la discussion est beaucoup plus réduite. Il n'y a bien sûr pas de garantie car même s'ils ont un mandat représentatif, les membres sont censés défendre les intérêts de leur Etat d'origine, comme on l'a vu avec le cas américain avec la défense des intérêts du Sud, même si remis en perspective dans le temps, ce rôle a diminué au profit d'une représentation de l'intérêt général. Au sein de la Confédération du Nord ou du Second Empire, il n'y avait pas d'opposition entre deux groupes d'Etats, la Prusse dominait. De même, dans le cadre européen, il n'existe aucune opposition stable entre deux groupes d'Etats. Certes, la peur des petits Etats vis-à-vis des grands existe, mais elle est limitée aux questions institutionnelles, et encore, au-delà il n'y a pas de bloc mais des alliances de circonstances<sup>404</sup>. De même, si une opposition existe à l'heure actuelle entre Etats du Nord et Etats du Sud dans la zone euro, il s'y ajoute une opposition entre Etats membres de la zone euro et hors zone euro, et les tensions ne portent en outre que sur les questions liées à l'UEM.

Le système de répartition des compétences est un deuxième facteur à prendre en compte. Ainsi, une répartition entre compétences exclusives ne conduira pas forcément les Etats à rechercher la même participation à la prise de décision fédérale en tant qu'unité politique. Au sein de la Confédération du Nord puis du Second Empire, il n'y avait pas répartition expresse entre types de compétences, mais l'essentiel des compétences étaient partagées. Dans le cadre

---

N.), AERSSSEN (J. von), Was wird aus dem Bundesrat?, *Die Zeit*, n°30, 23 juillet 1971 (accessible via <http://www.zeit.de/1971/30/was-wird-aus-dem-bundesrat/seite-1>). Pour une présentation de ces modèles cf. : LAUFER (H.), Reform des Bundesrates, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat...* (*op.cit.* note 321), pp. 402-403.

<sup>402</sup> *Schlußbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform, Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/524 vom 9.12.1976*, p.98.

<sup>403</sup> LAUFER (H.), Reform... (*op.cit.* note 401), pp. 403-404.

<sup>404</sup> MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), Grands... (*op.cit.* note 49), pp.2-3. Brian Cowen, ancien ministre irlandais des affaires étrangères, l'a indiqué très clairement lorsqu'il a déclaré en janvier 2003 : "Sur la sécurité et la défense, nous avons des affinités avec des pays comme la Suède et la Finlande. Nos vues sur la Commission coïncident avec celles du Benelux. Nous coopérons avec le Royaume-Uni sur la fiscalité, avec la France sur l'agriculture", *Le Monde*, 4 avril 2003.

européen on fait le même constat. En Suisse, il y a certes un système de compétences partagées, mais le poids du référendum permet de freiner une action trop importante du parlement fédéral.

Un troisième facteur provient de l'histoire ancienne des Etats comme c'est le cas dans l'Union européenne ou d'un exécutif fort, ce qui est aussi le cas de l'UE, mais également et *a fortiori* des Etats allemands sous la Confédération du Nord et l'Empire bismarckien qui connaissaient un régime politique monarchique. Dans ce dernier cas, les Etats n'avaient en effet certes pas connu d'histoire indépendante puisque sortis du Saint Empire ils avaient ensuite dans la Confédération germanique, mais le régime monarchique justifiait une déférence aux dirigeants des Etats membres. Dans ce cas, comme dans celui de l'UE, la représentation des Etats en tant qu'unité politique paraît aller de soi. *A contrario* aux Etats-Unis, les Etats n'ont pas connu d'histoire en tant qu'Etat indépendant. Quant aux cantons suisses, ils faisaient déjà partie de la vieille Confédération suisse et l'on ne retrouvait plus lors de la préparation de la Constitution en 1848 de monarchies, la guerre du Sonderbund ayant permis de faire évoluer les régimes politiques dans les cantons conservateurs.

Le choix d'un modèle dépend également de la volonté éventuelle de conférer à la chambre des fonctions complémentaires par rapport à celles de représentation des intérêts étatiques.

Les rédacteurs de la Constitution américaine de 1787 ont souhaité conférer un rôle de modération à la Chambre représentant les Etats sur le modèle de la Chambre des Lords britannique<sup>405</sup>, mais cette attente pourrait sembler incompatible avec la poursuite parallèle d'une défense des intérêts étatiques. Renaud Dehousse souligne en effet ce "*paradoxe de Madison*" consistant à ce que "*l'importance même des pouvoirs confiés à la Chambre haute peut contribuer à la soustraire à l'influence des autorités régionales*"<sup>406</sup>. Certes Madison considère que le Sénat doit assurer une représentation des Etats, écrivant que "*le suffrage accordé à chaque Etat est en même temps la reconnaissance constitutionnelle de la portion de souveraineté qui reste aux Etats et un moyen de la conserver*"<sup>407</sup>. Mais, au-delà, le Sénat doit selon lui contribuer à modérer l'ardeur de la Chambre des représentants par le choix des meilleurs des citoyens et assurer un gouvernement républicain fort. En effet, "*hanté par le souvenir de la paralysie qui avait caractérisé le régime des Articles de la Confédération, Madison voyait dans une assemblée relativement peu nombreuse, composée de personnalités fortes, expérimentées et soucieuses du bien public, un élément essentiel du nouveau gouvernement républicain*"<sup>408</sup>. Les sénateurs sont pour Madison ceux "*dont la sagesse saura distinguer le véritable intérêt de la patrie, et qui [...] seront moins disposés à sacrifier cet intérêt à des considérations momentanées ou partiales*"<sup>409</sup>. Mais cette fonction a du mal à se combiner avec celle de la représentation des Etats au sens de défenseur de ses intérêts, puisqu'elle les pousse à avoir une perspective générale, à ne pas défendre les intérêts particuliers de la population de leur Etat d'origine. Comme le souligne Renaud Dehousse, elle risque de représenter de moins en moins les intérêts spécifiques des Etats, et de devenir une chambre de réflexion classique<sup>410</sup>. A cet égard, les membres de la Chambre des représentants, en raison de la fréquence des élections, se sont révélés dans la pratique défendre plus intensément

---

<sup>405</sup> Jean GICQUEL et Jean-Eric GICQUEL rappellent que la chambre des Lords a servi de modèle (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, 28<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, p.259). Dans le même sens Tobias JAAG souligne que "*comme la chambre des Lords, la seconde chambre de l'UE devait être une chambre haute au sens d'une assemblée d'hommes particulièrement qualifiés et qui devait entre autres être « conseil exécutif » (executive council) conseillant le président*", ajoutant que "*tout n'est pas motivé par le fédéralisme dans le système américain*" (*Die Zweite...* (*op.cit.* note 45), p.11).

<sup>406</sup> DEHOUSSE (R.), *Le paradoxe...* (*op.cit.* note 313), p.674.

<sup>407</sup> n°62, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le fédéraliste* (*op.cit.* note 315), p.514.

<sup>408</sup> DEHOUSSE (R.), *Le paradoxe...* (*op.cit.* note 313), p.646. Et de souligner que la longueur des développements sur le Sénat dans *Le Fédéraliste* n° 62 et 63 montrant son importance.

<sup>409</sup> MADISON (J.), n°10, in : HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Ibid.*, p.73.

<sup>410</sup> DEHOUSSE (R.), *Le paradoxe...* (*op.cit.* note 313), p.646-647.



les intérêts de leur circonscription que les sénateurs chez lesquels la durée relativement longue du mandat et le nombre restreint par rapport à leurs homologues de la chambre basse ont peu à peu favorisé un plus grand détachement des intérêts immédiats et donc une meilleure prise en compte de l'intérêt général<sup>411</sup>.

Au sein d'une institution du type Bundesrat, c'est le développement d'un vote partisan qui apparaît difficilement compatible avec la défense parallèle des intérêts particuliers étatiques en tant qu'unité politique. Dans la doctrine allemande, la pénétration des partis dans le Reichsrat sous la République de Weimar était globalement vue comme un développement illégitime et le Bundesrat de Bismarck comme un modèle. Et, selon Theodor Maunz, les rédacteurs de la Loi fondamentale ont, suivant cette perspective, voulu faire le contraire, d'un instrument d'opposition politique au gouvernement fédéral en choisissant la forme du Bundesrat et non du sénat<sup>412</sup>. D'autres auteurs soulignent par contre la légitimité de cette influence partisane au Bundesrat, même s'ils reconnaissent que cela peut créer une situation de blocage institutionnel<sup>413</sup>. Gerhard Leibholz considère ainsi que l'interdiction faite aux gouvernements des Länder d'introduire des considérations partisans dans leurs votes au Bundesrat conduirait à éliminer le principe de démocratie partisane au niveau des Länder au profit du principe fédéral, ce qui serait selon lui incompatible avec la Loi Fondamentale<sup>414</sup>. Il ajoute qu'en dépit de ces facteurs partisans, le Bundesrat reste fidèle à sa mission première de défense des intérêts des Länder<sup>415</sup>. Depuis ce jugement de 1960, le caractère partisan s'est accentué, les élections des Landtag sont lues à l'aune de la modification de l'équilibre partisan au Bundesrat, et la défense d'intérêts propres aux Länder a reculé. Cela peut apparaître comme une évolution logique dans le contexte d'un Etat fédéral marqué par de faibles différences entre les Etats membres. Dans le cadre européen, il semble difficile d'imaginer une telle évolution du fondement des positions au sein du Conseil de la défense d'intérêts étatiques vers la formation de coalitions sur la base de l'appartenance partisane, il faut donc accepter de renoncer à vouloir transposer les habitudes des démocraties des chambres parlementaires au Conseil de l'UE. Une telle évolution apparaîtrait plutôt comme le signe de l'évolution vers un Etats fédéral.

## **B. La nécessité de poursuite de réformes ponctuelles**

**909.** Si le modèle du Bundesrat est globalement adapté à l'UE, et si le Conseil n'a donc pas besoin de voir sa composition partiellement modifiée ou *a fortiori* d'être remplacé par une chambre des Etats, cela ne signifie pas que la structure actuelle ne nécessite pas un certain nombre de modifications ponctuelles.

Depuis le milieu des années 1990, on peut souvent lire que le Conseil des ministres est devenu "*l'homme malade*" de l'UE. A cet égard, la critique au regard du principe démocratique est la plus fréquente adressée à l'Union européenne. Jean-Louis Quermonne écrit en ce sens en 1996 que s'il "*veut bien admettre qu'il existe un « déficit démocratique » à Bruxelles, c'est lui, beaucoup plus que la Commission désormais investie par un vote du Parlement européen, qui en porte la responsabilité*"<sup>416</sup> (1). Le Conseil manifeste également un certain déficit de cohérence et d'efficacité dans la prise de décision que les révisions successives des traités ainsi que de son règlement intérieur ont cherché à pallier (2).

---

<sup>411</sup> *Ibid.*, pp.652-653. Voir pour des références bibliographiques étudiant ces phénomènes aux EU : *Ibid.*, notes 28 et 29.

<sup>412</sup> MAUNZ (T.), *Die Rechtstellung...* (*op.cit.* note 321), pp.209 et s.

<sup>413</sup> LEIBHOLZ (G.), *Das Wesen...* (*op.cit.* note 331), p. 107 ; HEGER (M.), *Deutscher...* (*op.cit.* note 6), p.215.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p.110.

<sup>415</sup> *Ibid.*, p.113.

<sup>416</sup> QUERMONNE (J.-L.), *Le rôle du Conseil européen et du Conseil des ministres*, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *L'Union...* (*op.cit.* note 105), p.80.

## 1) La critique au regard du principe démocratique

**910.** Le Conseil pose différents problèmes au regard du principe démocratique<sup>417</sup>. La première critique concerne le respect du principe de transparence (a). Le poids des fonctionnaires dans le processus décisionnel est ensuite considéré comme excessif (b). Enfin, le poids trop important donné aux petits Etats est régulièrement critiqué (c).

### a) L'enjeu de la transparence du processus décisionnel

**911.** Dans le cas allemand, le Bundesrat de 1871 tenait des réunions à huis clos<sup>418</sup>, *A contrario*, le Bundesrat de la Loi Fondamentale tient des séances plénières publiques (art.52§3 LF).

Dans le cadre européen, le principe a longtemps été celui des réunions à huis clos, ce qui apparaissait assez peu compatible avec les règles de transparence des systèmes démocratiques. L'art.3 a) du règlement intérieur provisoire du Conseil de la CEE de 1958<sup>419</sup> posait le principe d'absence de publicité de ses séances, ajoutant que ses membres pouvaient décider à l'unanimité la publicité d'une séance. Ces éléments ont été confirmés dans l'art.3§1 de son règlement intérieur adopté en 1979<sup>420</sup>. Plus globalement, les compétences conférées à la CEE étaient limitées au domaine économique tout comme les Fédérations américaine, suisse et allemande avaient pour l'essentiel un domaine restreint à la défense, la sécurité du territoire. Or, un niveau d'intégration plus restreint d'origine autorise un système institutionnel fédéral plus centré sur la défense des intérêts étatiques, et, dans la perspective d'Etats membres démocratiques, une transparence plus limitée au niveau de la prise de décision fédérale.

Avec le Traité de Maastricht et l'extension importante des compétences européennes qui en a découlé, l'exigence de transparence a augmenté au niveau de la prise de décision et concernant l'accès aux documents<sup>421</sup>. Le Conseil en tire les conséquences ainsi que celles d'autres modifications apportées par ce Traité en adoptant un règlement intérieur modifié en 1993<sup>422</sup>. Le principe posé en son art.4 reste l'absence de publicité, mais la publicité est prévue quand le Conseil tient des débats d'orientation sur le programme de travail semestriel présenté par la présidence qui sont publics (art.6§1), ainsi que concernant les résultats des votes quand le Conseil agit comme législateur (art.7§5)<sup>423</sup>, les délibérations restant par contre secrètes, comme le précise son annexe. Par ailleurs l'art.6§2 reprend la possibilité qui existait déjà auparavant pour les membres du Conseil de décider à l'unanimité d'autres cas de publicité de débats, mais selon une formulation appelant à une véritable utilisation à cette possibilité<sup>424</sup>. Cette ouverture

<sup>417</sup> Un autre problème sera traité dans la sect.II, celui de la diminution des pouvoirs des parlements nationaux qui combiné à un contrôle insuffisant par ces derniers de l'action des gouvernements au Conseil participe du reproche de déficit démocratique qui est fait à l'UE.

<sup>418</sup> Il était précisé *a contrario* à l'art.22§1 RV que le Reichstag tenait des sessions publiques.

<sup>419</sup> [http://www.cvce.eu/obj/reglement\\_interieur\\_provisoire\\_du\\_conseil\\_de\\_la\\_cee\\_18\\_mars\\_1958-fr-4b933714-294e-45dc-abee-26bcdc4aaa63](http://www.cvce.eu/obj/reglement_interieur_provisoire_du_conseil_de_la_cee_18_mars_1958-fr-4b933714-294e-45dc-abee-26bcdc4aaa63).

<sup>420</sup> Règlement intérieur arrêté par le Conseil, le 24 juillet 1979, sur base de l'art.5 du traité du 8 avril 1965 instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes, *JOCE*, n°L 268 du 25 octobre 1979, p.1.

<sup>421</sup> SIMON (D.), *Le système...* (*op.cit.* note 48), p.205.

<sup>422</sup> Décision n°93/662 du Conseil du 6 décembre 1993 portant adoption de son règlement intérieur, *JOCE*, n°L 304 du 10 décembre 1993, p.1.

<sup>423</sup> Cette qualité est définie en annexe RICUE : "*lorsqu'il adopte des normes juridiquement obligatoires dans ou pour les Etats membres [...], à l'exclusion des délibérations conduisant à l'adoption de mesures d'ordre intérieur, d'actes administratifs ou budgétaires, d'actes concernant les relations interinstitutionnelles ou internationales ou d'actes non obligatoires tels que conclusions, recommandations ou résolutions*".

<sup>424</sup> Art.6§2 RICUE : "*Le Conseil peut décider à l'unanimité et cas par cas que certains autres de ses débats feront l'objet d'une retransmission publique par des moyens audiovisuels, notamment lorsqu'ils portent sur une question importante touchant aux intérêts de l'Union ou sur une nouvelle proposition législative*".



était critiquée pour son caractère trop limité au regard du principe démocratique. Jonas Condomines affirmait ainsi en 1995 qu' "*en Suisse, il serait impensable que le Conseil des Etats siège à huis clos lorsqu'il débat de textes de caractère législatif*" comme c'était le cas du Conseil de l'UE<sup>425</sup>. Bien entendu, le Conseil des Etats est une véritable chambre au sein de laquelle les membres ont des mandats représentatifs, à la différence du Conseil. Mais l'importance des effets des actes discutés, la multiplication des domaines d'intervention des institutions européennes justifiaient une légitimation démocratique renforcée passant notamment par une transparence importante afin de permettre un véritable contrôle de l'action du Conseil.

La transparence a été renforcée à la suite de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam dans la version modifiée du règlement intérieur de 1999<sup>426</sup> qui tirait notamment les conséquences du nouvel art.207§3 CE qui précisait que quand le Conseil agissait en tant que législateur "*les résultats et les explications de vote, ainsi que les déclarations inscrites au procès-verbal, s[erai]ent rendus publics*"<sup>427</sup>. Le règlement intérieur modifié adopté en 2006<sup>428</sup> a poursuivi cette ouverture. A la publicité des votes, explications de votes (art.9), il a ajouté l'accès au public à des délibérations du Conseil quand il agit en qualité de législateur<sup>429</sup>.

Le Traité de Lisbonne parachève cette évolution en posant symboliquement le principe dans les traités à l'art.16 VIII TUE que "*le Conseil siège en public lorsqu'il délibère et vote sur un projet d'acte législatif*", là où jusqu'à présent le règlement intérieur du Conseil continuait à poser le principe de la non publicité même s'il prévoyait déjà une large publicité dans le cas de l'adoption des actes législatifs. La suite de l'article en tire les conséquences en divisant les sessions du Conseil en deux parties renvoyant pour l'une aux délibérations sur les actes législatifs de l'Union et l'autre aux activités non législatives<sup>430</sup>. Les modalités de la publicité dans le cadre de la procédure législative sont précisées à l'art.7 du règlement intérieur adopté en décembre 2009. Son art.8 énonce d'autres cas de délibérations publiques déjà visés antérieurement en y ajoutant celui de la première délibération des propositions non législatives "importantes".

**912.** Malgré ces évolutions, un reproche de manque de transparence concernant la prise de décision au niveau de la préparation des décisions du Conseil par le COREPER (art.19§2 RICUE) demeure. A cet égard, il est à noter que sous la Loi fondamentale les séances des commissions du Bundesrat ne sont pas non plus publiques (§37 al.2 RIBR), la justification avancée étant de favoriser une discussion libre<sup>431</sup>. Certains auteurs le déplorent en soulignant que les controverses étant le plus souvent soulevées en dehors des séances plénières, et que la publicité au sein de ces dernières est donc en pratique d'une importance moindre<sup>432</sup>, mais dans ce cas la même remarque pourrait être faite pour le Bundestag dont les séances des commissions

---

*importante*".

<sup>425</sup> GODZICH (W.), discussion, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *L'Union...* (op.cit. note 105), p.64.

<sup>426</sup> Décision n°1999/385 du Conseil, du 31 mai 1999, portant adoption de son règlement intérieur, *JOCE*, n°L 147 du 12 juin 1999, p.1.

<sup>427</sup> Cette disposition vise également, toujours dans la perspective de transparence, une amélioration de l'accès public aux documents du Conseil.

<sup>428</sup> Décision n°2006/683 du Conseil du 15 septembre 2006 portant adoption de son règlement intérieur, *JOUE*, n°L 285 du 16.10.2006, p.47.

<sup>429</sup> L'art.8§1 a précisé dans ce cadre les modalités de cette ouverture au public pour les actes adoptés selon la procédure de codécision, et l'art.8§2 a ouvert la voie à l'ouverture au public à la première délibération dans le cas de nouvelles propositions législatives importantes adoptées selon une autre procédure.

<sup>430</sup> Voir à ce sujet : REICH (C.), *Le Conseil...* (op.cit. note 317). Voir aussi : *infra* sect.II §1 A 2).

<sup>431</sup> [http://www.bundesrat.de/cln\\_099/nn\\_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html](http://www.bundesrat.de/cln_099/nn_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html).

<sup>432</sup> En ce sens : BEYME (K. von), *Die Funktionen des Bundesrates. Ein Vergleich mit Zweikammersystemen im Ausland*, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat...* (op.cit. note 321), p.373.



ne sont pas non plus en principe publiques en vertu du §69 al.1 du règlement intérieur du Bundestag (RIBT)<sup>433</sup>. De même, il n'y a pas de publicité au sein de la commission de conciliation entre le Bundestag et le Bundesrat.

Isabelle Pingel-Lenuzza souligne plus globalement qu'il n'est pas toujours "*souhaitable qu'on prenne toujours toutes les décisions dans la transparence*", et renvoie à la pratique de la prise de décision au niveau national qui n'est pas toujours non plus publique<sup>434</sup>. Andreas Maurer ajoute dans le même sens que "*personne ne demande aux parlementaires européens comment ils préparent leurs dossiers à l'intérieur des groupes politiques*"<sup>435</sup>. Une position balancée entre transparence et efficacité de la prise de décision doit être trouvée. Ainsi Jean-Paul Jacqué note que s'il y a nécessité de secret lors des négociations, rien ne justifie par exemple une absence de transparence *a posteriori*<sup>436</sup>. La formule qui était utilisée à l'art.207§3 CE dans la perspective de l'accès aux documents du Conseil illustre cette recherche d'un juste milieu entre transparence et maintien d'une capacité de décision. Selon cette disposition, "*le Conseil détermin[ait] les cas dans lesquels il d[evait]être considéré comme agissant en sa qualité de législateur afin de permettre l'accès aux documents tout en préservant l'efficacité de son processus de prise de décision*".

**913.** Enfin, comme le souligne Stéphanie Novak, le problème démocratique provient désormais moins de la transparence de l'ensemble du processus décisionnel, que du contrôle effectué au sein des Etats membres par les parlementaires nationaux sur leur gouvernement, l'absence de publicité n'empêchant pas d'obliger les ministres à rendre compte de la position qu'ils ont défendus à huis clos<sup>437</sup>.

## **b) Une prise de décision jugée trop technocratique**

**914.** Il est par ailleurs reproché au Conseil de l'UE que l'essentiel de ses décisions soient en réalité prises par un organe, le COREPER, dont les membres ne sont pas responsables devant un parlement élu démocratiquement. Ce rôle du COREPER s'explique par le fait que contrairement aux réunions du Conseil des ministres qui sont ponctuelles, le COREPER est, comme son nom l'indique, un organe permanent<sup>438</sup>. C'est d'ailleurs la raison de sa création. Né de la pratique, il a été mis en place afin d'assurer une continuité de travail entre les réunions du Conseil des ministres. Il a été introduit dans les traités européens par le Traité de fusion de 1965<sup>439</sup> à l'art.151 CEE (207 CE ; 240 TFUE). Certes, le COREPER ne peut prendre de décision formellement, la Cour de justice ayant rappelé qu'il "*n'est pas une institution des Communautés investie par le traité de compétences propres*" et qu'il n'est pas habilité à "*exercer le pouvoir décisionnel qui revient d'après le traité, au Conseil*"<sup>440</sup>. Mais les décisions prises par le Conseil

<sup>433</sup> BGBl.1980 I p.1237. Règlement intérieur du Bundestag en l'état de 2012 : <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10080000.pdf>.

<sup>434</sup> PINGEL-LENUZZA (I.), Discussions, in : CONSTANTINESCO (V.) et SIMON (D.) (dir.), *Le Coreper...*(*op.cit.* note 356), p.48.

<sup>435</sup> MAURER (A.), Discussions, in : CONSTANTINESCO (V.) et SIMON (D.) (dir.), *Ibid.*, p.55.

<sup>436</sup> Jean-Paul JACQUE résume la balance qu'il convient de respecter : "*il faut conserver un minimum de discrétion, au moment où l'on établit un compromis, mais je ne vois pas de raison, une fois que le compromis est établi, pour que la discrétion subsiste, et qu'on ne révèle pas*" (Discussions, in : CONSTANTINESCO (V.), SIMON (D.) (dir.), *Ibid.*, p.50).

<sup>437</sup> NOVAK (S.), Usages...(op.cit. note 360), pp.29 et s. Voir aussi : *infra* sect.II §3 A 1) b).

<sup>438</sup> En ce sens : Jean-Louis QUERMONE note qu' "*en formant une instance hétérogène et sporadique, il transfère une part importante du pouvoir effectif à un organe appelé à instruire ses travaux, le COREPER, dont la nature administrative ne peut être contestée.*" (Le rôle...(op.cit. note 416), p.80).

<sup>439</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2010, p.248. Voir sur ses origines : BLUMANN (C.), Comité...(op.cit. note 357), pts.2 et 3.

<sup>440</sup> CJCE, 19 mars 1996, *Commission c/ Conseil*, aff. C-25/94, Rec. p.I-1469, pts 26-27. Le Conseil faisait valoir qu'il s'était limité "*à refuser d'infirmer la décision du COREPER sans adopter un acte au sens de*



ont, pour la plupart, déjà fait dans la pratique l'objet d'un accord au COREPER, d'où sa qualification de véritable "co-législateur communautaire"<sup>441</sup>. Selon l'art.3§6 al.2 RICUE l'ordre du jour du Conseil distingue en effet entre les textes en points A, qui regroupent qui ont fait l'objet d'un consensus au COREPER et qui représentent environ 75% de l'ensemble des textes étudiés, et B qui soulèvent une question politique importante<sup>442</sup>. Les premiers sont considérés adoptés en bloc par les ministres sans débat ni vote si aucune voix ne s'élève, alors les seconds sont discutés. En outre, le COREPER a le pouvoir de prendre des décisions de procédure en vertu de l'art.19§7 RICUE, sachant que, comme le souligne Claude Blumann, certaines de ces décisions ne sont "pas totalement neutres"<sup>443</sup>. Le risque est, comme le souligne le même auteur, que le Conseil soit dévalorisé par une trop grande place des fonctionnaires<sup>444</sup>. La même remarque faite par Thomas Ellwein en 1974 au sujet du Bundesrat sous la Loi fondamentale<sup>445</sup> ne s'est pas vérifiée.

Comme le résume Jean-Luc Sauron, il faut arriver à un "équilibre relatif [entre le] politique (soumis à responsabilité politique devant les électeurs) et une technocratie compétente mais parfois trop intégrée dans une vision « synarchique » de l'aventure communautaire, sans se soucier suffisamment d'explicitier ses choix et tactiques de négociation"<sup>446</sup>. En effet, poursuit-il, "ce qui est assuré est qu'à trop écarter le politique, il se désintéresse des affaires européennes, ce qui pose problème en terme de développement d'une prise de conscience de la portée européenne de nombreuses questions par les personnels politiques nationaux"<sup>447</sup>.

Pourtant, il faut relativiser ces critiques du COREPER. Ainsi, comme le relève Claude Blumann, il est la traduction d'un besoin pratique qui se retrouve sous d'autres formes dans les processus de décision au sein des Etats, et ses membres défendent une certaine ligne dans un cadre qui leur a été donné par le gouvernement de l'Etat qu'il représente, si bien que les divergences avec leurs ministres sont limitées et peuvent toujours être corrigées par une reprise en main par les gouvernements<sup>448</sup>. En outre, le nombre élevé de textes en point A doit être remis en perspective, ces textes concernent souvent des questions techniques et les ministres reprennent la main quand il s'agit d'un problème politique fondamental, donnant alors des orientations au COREPER qui met seulement en forme le texte par la suite<sup>449</sup>.

**915.** Dans le cas allemand, l'art.8 RV prévoyait que le Bundesrat mettait en place des comités

---

*l'article 173 du traité" et "à supposer même [qu'il] ait adopté une décision formelle, celle-ci [aurait été] confirmative de la décision antérieure du COREPER" (Ibid., pt 22). Les décisions visées par l'art.207 ne sont, en effet, pas des décisions au sens normatif du Traité.*

<sup>441</sup> SAURON (J.-L.), *Le COREPER...*(*op.cit.* note 356), p.17.

<sup>442</sup> Cette présentation est encore compliquée par le fait que certains textes sont de faux points B, en ce que bien qu'ayant fait l'objet d'un consensus au sein du COREPER, une délégation ou la Commission souhaite faire une déclaration mais aucun débat ni vote n'a lieu sur ces textes. A l'inverse d'autres sont de faux points A car bien qu'ayant fait l'objet de discussion au niveau ministériel, ce dernier a décidé de les renvoyer au COREPER pour revoir certains aspects formels ne remettant pas en cause le contenu politique. Sur ces éléments cf. : SABSOUB (J.-P.),



pour préparer ses décisions. Ces comités statuaient parfois directement lorsque des lois les y habilitaient<sup>450</sup>. Sept comités étaient directement institués par la Constitution et trois l'ont été par la suite sur décision du Bundesrat. Il est à noter que l'ensemble des Etats n'était pas représenté dans ces comités, seuls les représentants de cinq à sept Etats l'étaient<sup>451</sup>, là où les commissions du Bundesrat contemporain et les comités du Conseil de l'UE comprennent des représentants de l'ensemble des Etats membres.

Il est à souligner que Bismarck dénonçait déjà la "fonctionnarisation" ("*Verbeamtung*") du Bundesrat du Second Empire ; il critiquait notamment l'augmentation de l'importance des "conseils secrets" à l'origine de nombreuses véritables prises de position de l'institution<sup>452</sup>. En effet les fonctionnaires en son sein avaient pris de plus en plus de place et ils étaient souvent à l'origine de décisions, les délégations ne faisant que donner leur accord formel, Ernst Rudolf Huber y voyait l'une des raisons de la baisse de son influence<sup>453</sup>. Bismarck a essayé sans succès d'aboutir à une plus grande présence des ministres aux séances.

On a voulu parvenir à un meilleur résultat avec le Bundesrat de la Loi Fondamentale. Cela a conduit dans de nombreux cas à la désignation d'un ministre chargé des affaires fédérales au sein des gouvernements des Länder<sup>454</sup>. Au-delà, si les commissions spécialisées du Bundesrat chargées de discuter les projets sont, en théorie, également composées de membres des gouvernements des Länder, en pratique ces derniers se font surtout représentés par des fonctionnaires ministériels en dehors des commissions des affaires étrangères et de la défense<sup>455</sup>. La bureaucratie reste donc une caractéristique du Bundesrat. Par ailleurs, si les fonctionnaires ministériels des Länder disposent de connaissances techniques et d'une expérience d'exécution au niveau de leur Land d'origine, et qu'ils peuvent constituer un contrepoids intéressant à la bureaucratie fédérale dans le processus de création du droit, il s'est posé le problème démocratique que les ministres au sein du Bundesrat se transforment plus ou moins en exécutant des positions de leurs fonctionnaires<sup>456</sup>. Certes, l'art.52§4 LF, confirmé par l'art.11§2 RIBR, donne la possibilité à des fonctionnaires mandatés par leur gouvernement de siéger au sein des commissions, mais les auteurs de la Constitution l'avaient pensé comme une exception.

Tout comme on le constate au sein du Conseil de l'UE, fonctionnaires et ministres d'un Land sont deux groupes avec des codes qui leur sont propres, chaque membre d'un groupe préférant parler avec les autres membres de son groupe<sup>457</sup>. Les fonctionnaires ont développé un langage commun qui neutralise plutôt les oppositions politiques<sup>458</sup>.

Les pouvoirs des commissions du Bundesrat ne sont toutefois pas comparables à ceux du COREPER. Leur simple pouvoir de conseil est souligné par le système de vote en leur sein, le §42 al.2 RIBR prévoyant que chaque Land dispose d'une voix, contrairement au COREPER qui connaît le même système de pondération que le Conseil. Cela conduit à une différenciation par rapport aux positions lors de la séance plénière, les rapports de force étant différents. Pour autant, si les décisions sont prises formellement par la séance plénière, et même si le vote final est, pour les raisons susmentionnées, différent de celui des commissions, celles-ci jouent un rôle

---

<sup>450</sup> DUTHOIT (E.), *Le droit...*(*op.cit.* note 309), p.144.

<sup>451</sup> *Ibid.*, p.143.

<sup>452</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 309), *Bd. III*, p.857. Dans le même sens : DUTHOIT (E.), *Ibid.*, p.138.

<sup>453</sup> HUBER (E. R.), *Ibid.*, p.968-969.

<sup>454</sup> ESCHENBURG (T.), *Bundesrat...*(*op.cit.* note 323), p.52.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p.53. Dans le même sens : PFITZER (A.), *Die Organisation...*(*op.cit.* note 327), p.188. Pour une perspective plus récente confirmant cette position, il suffit d'aller sur le site du Bundesrat : [http://www.bundesrat.de/cln\\_099/nn\\_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html](http://www.bundesrat.de/cln_099/nn_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html).

<sup>456</sup> LAUFER (H.), *Reform...*(*op.cit.* note 401), pp.411-412.

<sup>457</sup> ELLWEIN (T.), *Der Entscheidungsprozeß...*(*op.cit.* note 445), p.225.

<sup>458</sup> *Ibid.*, p.224.



primordial de clarification, de rapprochement<sup>459</sup>.

### c) La critique de la surreprésentation des petits Etats

**916.** Le Conseil se voit enfin régulièrement reprocher son atteinte au principe démocratique d'égalité entre les citoyens, la pondération des voix y favoriserait trop les petits Etats ce qui aboutirait au risque de soutien de décisions par une minorité de la population européenne en son sein<sup>460</sup>, les "*grands Etats succombant de façon croissante au 'syndrome de Lilliput' en se percevant comme des géants potentiellement entravés par une couronne de mini Etats*"<sup>461</sup>. Ainsi, Paul Magnette et Nikolaïdis Kalypso soulignent que la majorité qualifiée représentait 68 % de la population dans l'Europe des Six, 58 % à Quinze, et qu'elle serait tombée à 50 % à 27, et en-dessous de 50 % au-delà de 27 Etats membres si son calcul n'avait pas été modifié. Le protocole de Nice n°1 sur l'élargissement de l'UE a comblé cette lacune en permettant à tout membre de demander de vérifier que la majorité qualifiée représente 62% de la population (art.3§1a ii). Il est toutefois à noter que le niveau de 62% ne se justifiait pas d'un point de vue démocratique. Ce type de critiques est également formulé dans le cas du Bundesrat, des auteurs estiment ainsi que la pondération devrait être beaucoup plus poussée pour mieux tenir compte de la population<sup>462</sup>.

**917.** Une telle critique n'est pas l'apanage du modèle du Bundesrat. Ainsi, le Conseil des Etats se voit également reprocher de favoriser une image déformée et minoritaire de la population. Cette question de la légitimité démocratique est renforcée par la considération "*qu'il ne conduit [...] pas tant à une représentation fédérale des cantons en tant que tels, sur le type du Bundesrat allemand, qu'à une prime d'influence accordée à la majorité électorale dudit canton*"<sup>463</sup>. Dans ce sens, un rapport de 1973<sup>464</sup> proposait une réforme du Conseil des Etats. Une des causes de cette recommandation était alors la sous-représentation du parti socialiste suisse au Conseil des Etats<sup>465</sup>, l'égalité entre les cantons favorisant une composition conservatrice en renforçant l'importance des cantons ruraux moins peuplés. Cette critique rejoint l'atteinte au principe de démocratie puisqu'une minorité est mue en majorité par le jeu des découpages. L'alternative proposée était soit de modifier le principe de l'égalité de représentation des cantons, soit de donner aux 16 cantons les plus peuplés un 3<sup>e</sup> siège au conseil des Etats, et pour Bâle-Campagne et Bâle-Ville deux sièges tout en supprimant leur statut de demi-canton. Au-delà du caractère douteux de l'effet de la réforme<sup>466</sup>, elle oubliait l'objet du Conseil des Etats qui est de tenir compte de la diversité des cantons. Tobias Jaag soulignait à l'encontre de ce projet en 1976 qu'il serait préférable de rappeler cette particularité d'une assemblée représentant les entités fédérées dans un système fédéral<sup>467</sup>.

Enfin, il est à noter que même le cas autrichien dont la seconde chambre est constituée de représentants désignés par les assemblées des Länder tout en connaissant un système de pondération, connaît des critiques, alors même qu'aller plus loin reviendrait à revenir

<sup>459</sup> *Ibid.*, p.226.

<sup>460</sup> Reproche rapporté par : ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 99), p.79 ; MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands...*(*op.cit.* note 49), p.12.

<sup>461</sup> MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Ibid.*, p.12.

<sup>462</sup> Cité par : PFITZER (A.), *Die Organisation...*(*op.cit.* note 327), p.176.

<sup>463</sup> TANQUEREL (T.), *les fondements démocratiques de la Constitution*, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht...*(*op.cit.* note 67), p.313.

<sup>464</sup> *Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung*, Bd.VI, Bern, 1973, p.471 et s.

<sup>465</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...*(*op.cit.* note 45), p.112.

<sup>466</sup> Voir pour une critique : HEGER (M.), *Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat*, pp.248-249).

<sup>467</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...*(*op.cit.* note 45), p.91.

entièrement sur la représentation de la diversité fédérale<sup>468</sup>.

Ces critiques illustrent une primauté accordée au principe de légitimation démocratique directe, au principe d'égalité entre citoyens, par rapport à la légitimité étatique, qui est incompatible avec l'équilibre des intérêts au sein d'une Fédération. De même, quand le Président Giscard ne "*cess[ait] de rappeler [au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe] [...] que son point de vue reflétait celui des cinq plus grands Etats membres de l'UE et « par conséquent celui de 70 % de la population »*"<sup>469</sup>, il oubliait que le principe démocratique devait faire des compromis avec le principe fédéral. S'il peut apparaître légitime d'éviter qu'une position soit adoptée au Conseil avec le soutien d'une minorité de la population européenne, il ne faut pas à l'inverse suivre la seule perspective démocratique de l'égalité entre citoyens, et reprocher une surreprésentation des petits Etats, alors que l'objet du Conseil est la représentation des intérêts des Etats membres.

Le Traité de Lisbonne prévoit l'abandon, à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2014, du système de pondération actuel. L'art.16 IV TUE repris et précisé par l'art.238§3 a) TFUE pose pour la détermination de la majorité qualifiée le principe d'une double majorité correspondant à 55% des Etats et 65% de la population de ces Etats<sup>470</sup>. Cette double majorité respecte l'objectif de légitimation étatique conféré au Conseil tout en garantissant le soutien qu'une mesure sera adoptée par une majorité de la population. Il peut être ici encore souligné que le chiffre de 65% de la population n'était pas nécessaire d'un point de vue démocratique et qu'il renvoie plutôt à la crainte des Etats d'être trop facilement mis en minorité. Par ailleurs il évite les négociations entre Etats avant chaque élargissement<sup>471</sup>. Outre que ces négociations étaient complexes et devaient être menées à chaque élargissement, elles donnaient lieu à des concessions conférant un poids plus important qu'ils ne l'auraient normalement eu à des Etats en échange d'un accord global lors de la révision des traités ou de l'acceptation d'une ou plusieurs modifications qu'elle impliquait.

## **2) Le but de balance entre efficacité de la prise de décision et représentation de la diversité**

**918.** Outre le respect du principe démocratique, un système fédéral doit s'assurer de la garantie de la représentation des intérêts étatiques divers, sans que cela ne se fasse pas au détriment d'une efficacité et d'une cohérence de l'action de l'institution représentant les intérêts étatiques.

A cet égard, on a cherché lors des révisions des traités et du règlement intérieur du Conseil à agir sur les mécanismes décisionnels (a) ainsi que sur le facteur humain (b).

### **a) La recherche d'efficacité dans les mécanismes de prise de décision**

**919.** Sous l'Empire bismarckien, les décisions étaient prises à la majorité des voix exprimées et non sur la base du nombre de voix prévu dans la Constitution, le but étant d'éviter que l'absence d'une délégation bloque le vote. Les voix non représentées ou non instruites n'étaient pas comptées pour le calcul de la majorité, qui était une majorité simple<sup>472</sup>. La présence et l'exercice de ses pouvoirs au Bundesrat n'était pas seulement un droit mais aussi une obligation pour les entités fédérées. S'il était possible de ne pas participer ponctuellement à un vote en tant que cela ne produisait pas d'effet sur la validité de la décision, la non participation ne devait pas durer, à peine de se voir reprocher une obstruction constitutive d'une violation du principe de fidélité

<sup>468</sup> BEYME (K. von), *Die Funktionen...* (*op.cit.* note 432), pp.370-371.

<sup>469</sup> MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands...* (*op.cit.* note 49), p.1.

<sup>470</sup> Sauf si le Conseil ne statue pas sur proposition de la Commission ou du haut représentant pour la PESC, cas dans lequel il est nécessaire réunir au moins 72% des Etats et 65% de leur population.

<sup>471</sup> Voir dans le sens des deux remarques : BLUMANN (C.), commentaire de l'article I-25, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...* (*op.cit.* note 74), p.333.

<sup>472</sup> ESCHENBURG (T.), *Bundesrat...* (*op.cit.* note 323), p.54.



fédérale<sup>473</sup>. Il n'y a plus avec la Loi Fondamentale d'obligation de présence, et seul le droit du Land concerné peut prévoir une procédure de sanction. Le Land ne peut en effet pas transmettre son vote à une autre délégation<sup>474</sup>. Le §28 al.1 RIBR exige seulement que la majorité des voix au Bundesrat soient représentées pour qu'il puisse être procédé au vote. Les abstentions et les absences sont comptées dans le calcul de la majorité absolue, requise pour les votes au Bundesrat, comme un refus, ainsi la prise de décision, que ce soit veto, accord ou appel de la commission mixte est rendue plus difficile. Les abstentions des délégations des Länder au Bundesrat ne sont pas rares à cause des gouvernements de coalition. Cela peut poser des problèmes pour atteindre la majorité de 35 voix prévue art.52§3.

Dans l'Union européenne, le §1 de l'annexe IV RICUE précise que lorsqu'un ou plusieurs membres "du Conseil ou du COREPER ne peuvent participer au vote, il n'est pas tenu compte du vote de ce ou de ces membres". Dans le même temps, l'art.11§4 pose un quorum de présence de la majorité des membres du Conseil pour procéder au vote. Comme nous l'avons déjà indiqué, les Etats ont en outre une obligation de bonne participation aux travaux du Conseil qui découle du principe de coopération loyale, tout comme le Bundesrat de 1871, mais cela n'a pas empêché la politique de la chaise vide initiée par le Général De Gaulle.

Si le Conseil adopte peu de textes par le biais d'un vote formel, cela ne signifie pas que toutes les décisions se prendraient pas consensus et qu'il n'existerait pas de distinction au niveau de la réussite d'un compromis en fonction de la prévision dans les traités d'un vote à l'unanimité ou à la majorité qualifiée<sup>475</sup>. La possibilité de passer au vote oblige les différents représentants des Etats membres à négocier. Dans les cas où l'unanimité demeure, le risque de blocage s'est aggravé avec les élargissements successifs. Pour cette raison, on a cherché à faire passer le plus de prise de décision à la majorité qualifiée lors des révisions successives des traités. Dans certains cas, cela n'a été possible qu'en contrepartie de mécanismes de compensation. Ainsi en est-il de la possibilité pour un Etat de faire appel au Conseil européen comme instance d'appel afin d'aboutir à une solution de consensus selon la perspective du compromis de Luxembourg. Plus globalement l'augmentation du nombre d'Etats a eu un impact négatif sur la productivité des décisions au Conseil qui est passée de 10 actes juridiques par sessions dans les années 70 à 3 en 2000, cette diminution ne s'expliquant pas par le seul souci de rationalisation de l'action de l'UE<sup>476</sup>. Par ailleurs, au-delà d'une extension directe du domaine de la majorité qualifiée<sup>477</sup>, le Traité de Lisbonne a prévu à l'art.48§7 TUE une procédure de révision simplifiée<sup>478</sup> permettant le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée dans les différents domaines d'action de l'UE, à l'exception du domaine de la défense et des décisions ayant des implications militaires.

La modification du système de vote à la majorité qualifiée à partir de 2014 devrait aussi contribuer à améliorer l'efficacité de la prise de décision et le respect du principe démocratique au sein du Conseil. La minorité de blocage posée à l'art.238§3 a) al.2 TFUE doit correspondre à un nombre d'Etats représentant 35% de la population totale des Etats membres participant à la prise de décision plus un membre<sup>479</sup>. Stéphanie Novak note en effet que l'atteinte de la minorité

<sup>473</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 309), Bd. III, p.857.

<sup>474</sup> MAUNZ (T.), *Die Rechtstellung...* (op.cit. note 321), p.208.

<sup>475</sup> En ce sens : NOVAK (S.), *Usages...* (op.cit. note 360), p.13.

<sup>476</sup> MAURER (A.), *Der Rat...* (op.cit. note 319), p.371.

<sup>477</sup> "on recense quelques 44 nouveaux cas de vote à la majorité qualifiée dans différents domaines. Par contre, l'unanimité est encore exigée dans 72 cas" : PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur le traité de Lisbonne de la Commission des affaires constitutionnelles, (2007/2286(INI)), 29 janvier 2008, II pt.6.3 (6). L'annexe 2 de ce rapport donne la liste des domaines passant à la majorité qualifiée.

<sup>478</sup> Cette procédure de révision simplifiée consiste dans une décision à l'unanimité du Conseil européen avec l'approbation du Parlement européen, à la place du recours à la Convention et à une Conférence intergouvernementale. Le texte adopté doit toutefois ensuite encore être ratifié par l'ensemble des Etats membres selon leur procédure constitutionnelle interne.

<sup>479</sup> L'exigence d'au moins quatre Etats pour la minorité de blocage posée à l'art.16§4 TUE vise également à



de blocage joue un rôle fondamental puisque c'est elle qui détermine la poursuite ou non de négociations<sup>480</sup>. Des études ont analysé le système de vote sous le Traité de Nice et dans le projet de Traité constitutionnel européen<sup>481</sup> repris par le Traité de Lisbonne. Le système de triple majorité de Nice était présenté comme conduisant à réduire la probabilité de décision à la majorité qualifiée et augmenter le pouvoir de veto des grands Etats, renforçant le danger de complexification du processus de prise de décision par la constitution de minorités de blocages. *A contrario*, le mécanisme prévu par le Traité de Lisbonne devrait améliorer le taux d'adoption des décisions.

Un texte connu sous le nom de "compromis de Ioannina", issu d'une décision du Conseil de 1994, est une autre illustration de la complexité du processus de décision au Conseil. Il énonce que dans le cas où la minorité de blocage pour la prise d'une décision ne serait pas atteinte mais qu'on s'en rapprocherait, le Conseil devait s'efforcer de trouver une solution pouvant être adoptée par une majorité renforcée<sup>482</sup>. Il n'est plus en vigueur depuis 2004<sup>483</sup>. Mais il est réapparu sous une nouvelle forme à la demande de la Pologne lors des négociations du Traité de Lisbonne comme contrepartie à l'acceptation du passage de la pondération classique des votes au Conseil à la double majorité<sup>484</sup>. La déclaration n°7 annexée à ce Traité prévoit un projet de décision du Conseil relative à la mise en œuvre des art.16§4 du TUE et 238§2 TFUE incluant deux systèmes de calcul permettant d'une part entre le 1<sup>er</sup> novembre 2014 et le 31 mars 2017 aux trois-quarts de la population, ou aux trois-quarts du nombre des États membres nécessaires pour constituer une minorité de blocage, et d'autre part à partir du 1<sup>er</sup> avril 2017 55% de la population ou 55% du nombre des Etats nécessaires pour former une telle minorité, de manifester leur opposition à un texte. Dans ce cas, le Conseil "*fait tout ce qui est en son pouvoir pour aboutir*". Juridiquement parlant, le compromis de Ioannina tout comme le projet de décision de la déclaration de Lisbonne n°7 s'il était adopté n'empêcherait pas le Conseil d'adopter une décision, l'objectif recherché est politique. Dans une réponse à une question écrite d'un député européen, le Conseil relativisait ainsi en 1996 les difficultés engendrées par ce compromis, donnant l'exemple du seul recours à ce compromis qui avait alors eu lieu, cas pour lequel une solution avait pu être trouvée pour permettre l'adoption de la réglementation<sup>485</sup>. Il n'a en pratique quasiment pas été recouru à ce compromis.

---

restreindre les possibilités d'échec des décisions, même si une telle précision est superflue depuis le dernier élargissement à 27.

<sup>480</sup> NOVAK (S.), Usages...(*op.cit.* note 360), p.13 et p.33.

<sup>481</sup> DIEDRICHS (U.), WESSELS (W.), The Commission and the Council, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (*op.cit.* note73), p.225 : ces auteurs renvoient à BALDWIN (R.), WIDGREN (M.), *Winners and losers under various dual-majority voting rules for the EU's Council of Ministers*, *CEPS Policy Brief*, n°50, 2004.

<sup>482</sup> art.1 du compromis issu de la décision du Conseil (*JOCE*, n°C 105 du 13 avril 1994, p.1 : "*Si des membres du Conseil représentant un total de 23 à 26 voix indiquent leur intention de s'opposer à la prise d'une décision par le Conseil à la majorité qualifiée, le Conseil fera tout ce qui est en son pouvoir pour aboutir, dans un délai raisonnable [...] à une solution satisfaisante qui puisse être adoptée par 68 voix au moins*". La décision du Conseil 95/C 1/01 du 1<sup>er</sup> janvier 1995 (*JOCE*, n°C 1 du 1<sup>er</sup> janvier 1995, p.1) est venue remplacer "26" par 25 et "68" par 65.

<sup>483</sup> La déclaration n°50 annexée au Traité d'Amsterdam avait indiqué maintenir ce compromis jusqu'au prochain élargissement. La réponse à une question d'un député européen l'expliquait en donnant la date du 1<sup>er</sup> janvier 2005 initialement prévue pour l'élargissement mais finalement avancée au 1<sup>er</sup> mai 2004. Question écrite E-1109/01 posée par le député européen Jens-Peter Bonde au Conseil le 9 avril 2001, *JOCE*, n°C 364 E du 20 décembre 2001, p.48.

<sup>484</sup> Voir par exemple sur ce point : Constitution européenne. Vers un nouveau fiasco, *L'express*, 18 juin 2007 : [http://www.lexpress.fr/actualite/monde/constitution-europeenne-vers-un-nouveau-fiasco\\_465004.html](http://www.lexpress.fr/actualite/monde/constitution-europeenne-vers-un-nouveau-fiasco_465004.html) (consulté en 2008).

<sup>485</sup> Question écrite n°316/96 de James Moorhouse au Conseil. Recours au compromis d'Ioannina par le Conseil, *JOCE*, n° C 280 du 25/09/1996 p.19.

## b) La contribution humaine à la cohérence et à l'efficacité au Conseil

### La nécessité d'un esprit coopératif

920. La chambre étatique remplit dans un système fédéral une double fonction étant donné qu'*"elle est d'une part une partie du parlement fédéral, et d'autre part représentation des Etats membres"*<sup>486</sup>. Ainsi, le Bundesrat exerce des compétences fédérales, il agit comme autorité fédérale<sup>487</sup>, et non comme l'ensemble des Länder, et dans cette mesure Mathias Heger indique qu'il a également une fonction intégrative au sens de Smend<sup>488</sup>. De même, Friedrich Halstenberg parle à l'égard du Bundesrat d'organe indispensable à l' "intégration", estimant que sans lui il y aurait un risque d'évolution soit vers une Confédération, soit vers un Etat unitaire<sup>489</sup>. Le Bundesrat permet d'apporter la légitimation étatique au niveau fédéral par la représentation de la diversité qu'il implique, mais uniquement dans la mesure où l'on constate le développement d'un certain esprit de corps. Bismarck soulignait déjà dans un discours au Reichstag que *"le Bundesrat a[urait] un grand avenir s'il [...] s'accord[ait] comme collègue fédéral, pour exercer la souveraineté de l'ensemble de l'Empire, car la souveraineté ne repos[ait] pas dans l'Empereur, elle repos[ait] dans l'ensemble des gouvernements associés"*<sup>490</sup>. Il ajoutait qu'il était préférable au sein du Bundesrat de remplacer *"l'arme de la majorité"* par le moyen de la force de persuasion et de l'art de la négociation car l'esprit du fédéralisme correspondait à la recherche des concessions mutuelles, du compromis, de la prise de décision à l'unanimité<sup>491</sup>. Enfin, si les Länder y défendent leurs intérêts propres, ils doivent conserver à l'esprit les besoins de la communauté, d'où l'appellation d'institution exprimant la fidélité fédérale (*"bundesfreundliche Institution"*). Il est à noter que ces différents points ont été respectés dans la pratique : un esprit de corps s'est effectivement développé en son sein, ce qui a facilité la prise de décision, la possibilité de compromis permettant une meilleure acceptation<sup>492</sup>.

Au sein de l'UE, le Conseil est aussi une *"institution hybride, intergouvernementale dans son inspiration et dans son objectif institutionnel, mais supranationale dans son fonctionnement effectif"*<sup>493</sup>. Guy Isaac et Marc Blanquet ont qualifié le Conseil dans ce sens de *"creuset où une certaine opinion communautaire finit par se former par confrontation, voire par dépassement des opinions des Etats membres et de la Commission"*<sup>494</sup>. Il se trouve dans la position intermédiaire de défenseur des intérêts particuliers à défendre et de nécessité d'aboutir à une décision. Mais, l'esprit de corps entre les ministres est plus limitée que dans le contexte allemand du Second Empire, Jean-Louis Quermonne note ainsi que *"les ministres se reconnaissent moins sous les traits d'un législateur collectif que sous ceux de diplomates amateurs"*<sup>495</sup>. Cette plus faible conscience de la nécessité d'un accord est cependant compensée

<sup>486</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...*(*op.cit.* note 45), p.2. L'auteur applique cette position au découpage de son ouvrage puisque sa 1<sup>ère</sup> partie est dévolue au rôle de la seconde chambre comme partie du Parlement et sa 2<sup>nde</sup> à sa représentation des Etats.

<sup>487</sup> En ce sens : HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 309), *Bd. III*, p.853. Dans le même sens BÖHMER (Alexander), *Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871*, p.77.

<sup>488</sup> HEGER (M.), *Deutscher...*(*op.cit.* note 6), p.140. Cf. sur cette théorie de l'intégration de Smend : *supra* partie I chap.I sect.I §1 A. 1) b).

<sup>489</sup> HALSTENBERG (F.), *Die Fortentwicklung der bundestaatlichen Struktur seit 1949 und ihre Auswirkungen auf den Bundesrat*, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat...*(*op.cit.* note 321), p.132.

<sup>490</sup> Reichstagsrede vom 19. April 1871, in : KOHL (H.) (Hrsg.), *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck, Bd.5 (1871-1873)*, Stuttgart, 1893, pp.40 et s. (cité par EGLI (P.), *Die Bundestreue : eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p.28).

<sup>491</sup> BAYER (H.-W), *Die Bundestreue*, Tübingen, Mohr, 1961, pp.80-81.

<sup>492</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 309), *Bd. III*, p.851.

<sup>493</sup> MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands...*(*op.cit.* note 49), p.44.

<sup>494</sup> ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 99), p.78.

<sup>495</sup> QUERMONNE (J.-L.), *Le rôle...*(*op.cit.* note 416), p.79.



par l'habitude de travailler ensemble des membres du COREPER. Il s'agit d'un organe qui joue un rôle d'intégration. C'est un organe "interface"<sup>496</sup>, chaque représentant permanent étant "à la fois l'avocat de son gouvernement, chargé de convaincre ses partenaires" et "l'avocat de la position des autres Etats membres et de celle de la Commission auprès de sa propre capitale"<sup>497</sup>. Si le reproche est parfois fait que leur trop grande habitude de travailler en commun conduirait les représentants permanents (Ständigen Vertreter) à trahir la défense de leur Etat d'origine, d'être des "traîtres permanents" (Ständigen Verräter), Jean-Luc Sauron rétorque que cette critique est due à un manque de compréhension du mode de décision au niveau européen qui implique que "les délégations ne gagnent pas contre les autres délégations mais avec"<sup>498</sup>.

### La coordination interne au Conseil

**921.** Une autre critique classique porte sur les problèmes de coordination du travail au sein du Conseil. Au niveau ministériel, le problème se pose entre les formations du Conseil car les ministres même s'ils appartiennent au même gouvernement n'ont pas forcément des positions identiques sur un problème<sup>499</sup>. Depuis le milieu des années 90, une perte de cohérence s'est ainsi faite sentir sur ce plan, notamment en raison du recul important du Conseil dans sa formation affaires générales qui exerce depuis 1974 un rôle de coordination<sup>500</sup>. Pour diminuer les difficultés de coordination il a été procédé à une réduction du nombre de formations qui était allé jusqu'à 20 en 1999, le règlement intérieur en prévoyant 9 à partir de 2002. Toutefois, une autre cause de la diminution de son efficacité coordinatrice n'était pas résolue par ce biais, à savoir la charge imposée au Conseil affaires générales par la gestion de la PESC qui lui avait été attribuée suite à l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht<sup>501</sup>. Certes le règlement intérieur du Conseil avait procédé en 2002 à la distinction entre deux sessions, l'une pour les "questions horizontales" et l'autre pour les relations extérieures, mais cela ne suffisait pas. Par ailleurs, un rapport de 1999 notait que les ministres des affaires étrangères qui participaient à ce Conseil affaires générales n'étaient pas "habilités à procéder à des arbitrages entre les différents ministres", et ajoutait qu'il était pour eux difficile de traiter en une seule journée des questions qui ne relevaient pas de leur domaine de compétence dans leurs Etats respectifs<sup>502</sup>. D'où la proposition de créer un Conseil "affaires institutionnelles et horizontales" composé de ministres qui auraient eu un rôle de représentation général des gouvernements et un pouvoir de les engager<sup>503</sup>. Cela serait revenu à donner un vrai rôle de représentation et de coordination aux ministres des affaires européennes qui existent au sein de plusieurs Etats membres. La proposition de transformation du Conseil affaires générales en plénière et des autres formations du Conseil en sorte de commissions sectorielles, à l'instar de ce qui existe au Bundesrat, impliquerait également une telle évolution<sup>504</sup>. Comme le note Charles Reich, cela conduirait à transformer ces ministres en numéro deux du gouvernement après le Premier ministre, modification profonde des structures gouvernementales à laquelle les Etats membres ne sont pas

<sup>496</sup> BLUMANN (C.), Comité...(*op.cit.* note 357), pt.13 et pts.41-42.

<sup>497</sup> ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 99), p.78. Voir aussi Jean-Luc SAURON qui souligne l'importance dans le rôle d'intégration de ces contacts entre les administrations nationales des Etats au sein du COREPER (Le COREPER...(*op.cit.* note 356), p.18-20).

<sup>498</sup> SAURON (J.-L.), Le COREPER...(*op.cit.* note 356), pp.16-17.

<sup>499</sup> BLUMANN (C.), L'article I-24, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 74), p.320. cf. aussi ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 99), p.75.

<sup>500</sup> Communiqué final de la Conférence de Paris des 9 et 10 décembre 1974, *Bull. CE*, n°12, 1974, p.7.

<sup>501</sup> MAURER (A.), *Der Rat...*(*op.cit.* note 319), p.372.

<sup>502</sup> Souligné par : REICH (C.), *Le Conseil...*(*op.cit.* note 317), p.363. L'auteur renvoie à : Le fonctionnement du Conseil dans la perspective d'une Union élargie. Rapport du groupe de travail institué par le secrétaire général du Conseil, 10 mars 1999, SN 2139/99, p.23.

<sup>503</sup> REICH (C.), *Ibid.* (renvoi à Rapport..., *Ibid.*, p.26).

<sup>504</sup> Citée par : REICH (C.), *Ibid.*, p.364.



prêts<sup>505</sup>. La Convention sur l'avenir de l'Europe avait prévu une solution proche des deux propositions susmentionnées. Elle envisageait la création d'un Conseil législatif compétent pour adopter l'ensemble des textes législatifs européens ; celui-ci aurait été distinct du Conseil des affaires générales qui aurait conservé sa fonction de coordination des formations du Conseil et son rôle de préparation des réunions du Conseil européen<sup>506</sup>. Outre le souci de cohérence, un argument apporté au soutien d'une telle solution était qu'il assurerait que, dans les cas de gouvernements de coalition, ce n'est pas uniquement l'avis du ministre présent qui est représenté, mais bien la position des partenaires de coalition<sup>507</sup>. Finalement, la solution choisie par la CIG, et reprise par le Traité de Lisbonne, a été celle d'une séparation entre des sessions exécutives et législatives au sein de chaque formation du Conseil. Elle ne reprend ainsi pas le principe d'un Conseil législatif traitant comme une assemblée plénière de l'ensemble des questions pour en assurer la cohérence, et celui de la transformation des différentes formations transformées en commissions.

Au niveau de la préparation des réunions des ministres, le COREPER se voit conféré par l'art.19§1 RICUE le rôle de "*veill[er] en tout état de cause à la cohérence des politiques et actions de l'Union*". Il joue notamment ce rôle vis-à-vis des groupes de travail qu'il a établi pour le soutenir sur la base de l'art.19§3 RICUE, mais Jean-Paul Jacqué souligne que ce rôle est régulièrement contesté par certains comités puissants, en matière économique, ou de PESC<sup>508</sup>. En outre, le Comité spécial agriculture est par exception à la répartition entre COREPER I et II chargé des questions relevant de la compétence agricole, contribuant également à compliquer la coordination. Le secrétariat général du Conseil joue enfin également un rôle important dans la cohérence, mais le secrétaire général étant devenu également Haut représentant pour la PESC avec le Traité d'Amsterdam, cette fonction de coordination en avait pâti.

Le Traité de Lisbonne cherche à corriger plusieurs de ces problèmes de cohérence. Après avoir rappelé que le "*Conseil affaires générales assure la cohérence des travaux des différentes formations du Conseil*" l'art.16§6 TUE prévoit un Conseil affaires étrangères séparé, ce qui permet une meilleure concentration du Conseil affaires générales sur l'objectif de coordination. Le nombre de formations précisées à l'annexe I RICUE a été en conséquence augmenté à dix. Par ailleurs le chef du secrétariat général prévu à l'art.240§2 TFUE peut se concentrer sur la recherche d'un bon fonctionnement du système décisionnel au sein du Conseil et des relations avec les autres institutions puisqu'il n'a plus la fonction de Haut représentant.

#### La contribution de la présidence<sup>509</sup>

**922.** Enfin, il est à noter que la présidence du Conseil a un rôle important en matière de dégageant de compromis<sup>510</sup>. Elle a notamment à cette fin des contacts bilatéraux avec les délégations afin de bien connaître les positions des différents Etats et peut, dans les cas où une minorité de blocage risque de bloquer l'adoption d'un texte, interrompre les séances plénières du

---

<sup>505</sup> REICH (C.), *Ibid.*

<sup>506</sup> art.17 bis du projet initial, cité par : *Ibid.*, p.635.

<sup>507</sup> cité par : *Ibid.*

<sup>508</sup> JACQUE (J.-P.), Discussions, in : CONSTANTINESCO (V.) et SIMON (D.) (dir.), *Le Coreper...*(*op.cit.* note 356), p.33.

<sup>509</sup> On notera pour information que dans le cas américain, le président du Sénat est, selon l'art.I sect.3 Cl.3 de la Constitution, le Vice-président des EU, mais que ce dernier n'a pas de droit de vote, ce qui est logique puisqu'il n'est pas issu des membres de la chambre. En pratique il ne l'exerce pas toujours, l'art.I sect.3 Cl.4 prévoit alors une présidence *pro tempore*. Dans le cas suisse le président du Conseil des Etats est élu par ses membres pour un an non renouvelable, conformément à l'art.152 CS (71 aCS 1848 ; 82 aCS 1874). Dans ces deux cas, le rôle est celui d'une présidence de chambre classique. On ne retrouve donc ni le rôle de faiseur de compromis, ni une traduction de l'égalité entre les Etats sous forme de rotation à la présidence.

<sup>510</sup> NOVAK (S.), Usages...(*op.cit.* note 360), p.21.

Conseil afin de mener des discussions avec certaines des délégations réticentes<sup>511</sup>.

La présidence du Conseil est depuis l'origine des traités tournante entre les Etats membres et s'étend sur six mois (art.146§2 CEE (203§2 CE)). Ce principe a été maintenu par l'art.16§9 TUE, la durée de six mois étant désormais uniquement visée à l'art.1§4 al.2 RICUE, et la rotation fixée par une décision à la majorité qualifiée du Conseil européen (art.236 b) TFUE). Selon l'art.19§4 RICUE, les ministres du pays ayant la présidence du Conseil prennent la direction des formations du Conseil selon leur domaine de compétence, mis à part pour le Conseil affaires étrangères ; de même, les représentants de cet Etat président les deux formations du COREPER ainsi que ses différents groupes de travail.

Le maintien de ce système de rotation à la présidence est une expression symbolique de l'égalité entre les Etats membres et traduit la diversité des préoccupations des Etats membres, aspect important notamment défendu par les plus petits Etats<sup>512</sup>. La décision du Conseil n°2007/5 de 2007 qui a fixé l'ordre de rotation jusqu'en 2020 énonce avoir tenu compte des critères de taille et de la localisation géographique des Etats membres. Ces éléments ont été repris par l'art.1 RICUE comme critères pour les rotations ultérieures.

Il est par ailleurs à noter que les présidences tournantes sont un facteur de mouvement, celles-ci voulant obtenir "*à leur actif des résultats et imposent de ce faire au conseil un rythme de travail soutenu*"<sup>513</sup>. Elles illustrent également un respect de la diversité en donnant à chaque Etat la possibilité de mettre l'accent sur certaines priorités qu'il considère particulièrement importante. Par contre, le "*capital d'expérience*" qui pouvait exister quand les Etats connaissaient des présidences fréquentes a, comme le rappelle Jean-Paul Jacqué, disparu<sup>514</sup> dès lors que le nombre d'Etats membres a conduit à un espacement trop important entre deux présidences. Andreas Maurer prend une position plus pessimiste considérant qu'à 27 chaque Etat ne pouvant avoir la présidence que tous les 13 ans et demi, celle-ci perd de son pouvoir d'identification et d'attractivité pour les gouvernements des Etats<sup>515</sup>.

Pour faire face à ce problème, la CIG de 1996 avait réfléchi à des présidences différentes selon les formations du Conseil, ce qui aurait permis d'éviter aux Etats d'attendre longtemps la présidence<sup>516</sup>. Un projet de décision du Conseil européen relative à l'exercice de la présidence du Conseil dans la déclaration n°9 annexée au Traité de Lisbonne ouvre la possibilité d'une évolution sur ce point<sup>517</sup>.

Toutefois, la différenciation des présidences poserait un risque d'incohérence qui avait été déjà avancé dans le cadre de la CIG 1996<sup>518</sup>. Faire relever la présidence de l'ensemble des formations Conseil, du COREPER et des groupes de travail à un même Etat permet en effet d'assurer une forme de cohérence, même si la courte durée du mandat restreint son impact ; les représentants permanents relèvent en effet de l'administration des ministères, et les ministres sont eux-mêmes sous l'autorité du chef de gouvernement. Afin de pallier ce problème de durée, tout en assurant une cohérence au Conseil, et au-delà avec la Commission européenne, il a été proposé une réforme plus radicale consistant en une présidence des formations du Conseil par

---

<sup>511</sup> *Ibid.*, p.23.

<sup>512</sup> BLUMANN (C.), L'article I-24 (*op.cit.* note 499), p.329.

<sup>513</sup> JACQUE (J.-P.), Les réformes institutionnelles introduites par le Traité de Lisbonne, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir.), *Le traité de Lisbonne : reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2009, p.67.

<sup>514</sup> *Ibid.*, p.67.

<sup>515</sup> En ce sens : MAURER (A.), *Der Rat...*(*op.cit.* note 319),, p.377.

<sup>516</sup> BLUMANN (C.), Déclaration sur l'article I-24, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 74), p.320. cf. aussi ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit...*(*op.cit.* note 99), p.982. Remarque faite au sujet de la déclaration sur l'art.I-24§7 du traité constitutionnel dont le reconnu était identique.

<sup>517</sup> Souligné par : *Ibid.*, p.982.

<sup>518</sup> *Ibid.*

les commissaires ayant les portefeuilles correspondant auxdites formations<sup>519</sup>. Toutefois, une telle évolution modifierait l'équilibre institutionnel dans un sens que ne souhaitent pas la plupart des Etats membres.

Il est à noter que le règlement intérieur du Conseil prévoit depuis 2001 une équipe de trois présidences avec programme commun ainsi qu'une programmation pluriannuelle du Conseil affaires générales, dans le but d'améliorer la cohérence dans le temps entre les actions des présidences, et par là même l'impact du rôle de cohérence notamment horizontale<sup>520</sup>.

Enfin, il est à noter que le poids de la présidence a quelque peu reculé avec la fin de la présidence concomitante du Conseil européen.

**923.** Dans le cas allemand, la présidence du Bundesrat sous la Confédération du Nord et le Second Empire revenait au Chancelier impérial<sup>521</sup> selon l'art.15 RV (15 CCN). Ses comités avaient ensuite des présidences réparties entre les principaux Etats membres. Le Chancelier jouait un rôle de premier plan pour le dégagement de compromis au sein du Bundesrat. Il évitait que le poids de la Prusse ne conduise à des positions privilégiant les intérêts prussiens au détriment de ceux de l'Empire. Les différents détenteurs de ce poste étaient en effet conscients que cette puissance et les liens étroits qui unissaient la chancellerie ainsi que la couronne impériale à la Prusse impliquait des devoirs pour ne pas heurter les autres Etats membres de l'Empire.

Sous la Loi fondamentale, l'art.52§1 prévoit que le Bundesrat élit son président pour un an et suivant l'accord conclu entre les Länder le 30 août 1950 à Königstein, cette présidence est tournante entre les Ministres-présidents des Länder dans l'ordre dégressif de leur poids démographique<sup>522</sup>. Si cette rotation la rapproche de la présidence du Conseil de l'UE, et si on trouve les réflexions sur l'allongement de son mandat<sup>523</sup>, il n'y a par contre qu'un seul président dirigeant les débats en séance plénière, et non plusieurs en fonction des différences de thématiques abordées. La présidence suivante et la présidence précédente sont vice-présidents et forment avec le président en exercice le présidium<sup>524</sup>, selon une perspective se rapprochant là aussi du Conseil de l'UE. Mais ce présidium a pour l'essentiel compétence pour régler les questions internes au Bundesrat (§8 RIBR), on ne retrouve donc pas le pouvoir de fixation de priorités de la présidence dans un cadre commun formé par la troïka, l'agenda se détermine au regard de considérations partisans.

Par ailleurs, les présidences des commissions ne reviennent pas ici aux ministres compétents du Land ayant la présidence de la plénière, elles sont élues par leurs membres (§12 RIBR) et sont en pratique réparties entre les gouvernements des Länder de manière à représenter équitablement les partis formant les coalitions gouvernementales<sup>525</sup>. Le président du Bundesrat a un rôle classique de direction des débats, mais n'a pas comme la présidence du Conseil pour mission de faciliter des compromis, les discussions ont lieu entre partis et ce seront entre ces derniers moins qu'entre les intérêts des Länder qu'une position intermédiaire devra le cas échéant être trouvée.

---

<sup>519</sup> Voir par exemple : MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), Grands...(*op.cit.* note 49), p.48.

<sup>520</sup> MAURER (A.), Der Rat...(*op.cit.* note 319), p.378.

<sup>521</sup> Son nom était Chancelier fédéral sous la Confédération du Nord, mais pour faciliter la lecture, nous emploierons seulement Chancelier impérial.

<sup>522</sup> Cf. : AUTEXIER (C.), *Introduction...*(*op.cit.* note 320), p.42.

<sup>523</sup> FILBINGER (H.), *Die Welt*, 16 mai 1969 (cité par LAUFER (H.), Reform...(*op.cit.* note 401), p.416).

<sup>524</sup> ESCHENBURG (T.), Bundesrat...(*op.cit.* note 323), p.53.

<sup>525</sup> Albert PFITZER l'indiquait en 1974 (*Die Organisation...*(*op.cit.* note 327), p.188) et le principe a été maintenu depuis : cf. le site du Bundesrat :

[http://www.bundesrat.de/cln\\_090/nn\\_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html](http://www.bundesrat.de/cln_090/nn_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html) : Le Bundesrat a 16 commissions, chaque Land dispose d'une présidence.

### **§3. La légitimité démocratique directe du Parlement européen**

**924.** Les problématiques se posant dans le cadre du Parlement européen sont largement distinctes de celles du Conseil. On retrouve néanmoins le même phénomène de compromis partisan dans son fonctionnement, et qui le différencie par rapport à de nombreux parlements d'Etats membres (B). Mais avant d'étudier cette caractéristique, il convient de nous pencher sur les règles qui s'imposent à une institution comme le Parlement européen dont l'objet est de conférer une légitimation démocratique directe à l'Union européenne (A), légitimité dont nous avons indiqué qu'elle était une condition nécessaire au développement d'un sentiment d'appartenance européen.

#### **A. La structure du Parlement européen face aux exigences démocratiques**

**925.** L'étude des caractéristiques des élections européennes est un élément de base pour comprendre dans quelle mesure le Parlement européen peut apporter une légitimation démocratique à l'Union européenne (1). Dans la réalisation de ce but, il doit faire face à différents défis relatifs à son organisation (2).

##### ***1) Les caractéristiques des élections européennes***

**926.** L'harmonisation partielle du processus électoral n'a eu lieu qu'au début des années 2000, mais la comparaison avec les autres systèmes fédéraux montre que cela n'est pas une particularité européenne (a). Ce qui est par contre problématique est que la baisse continue depuis 1979 de la participation aux élections européennes n'a pu être remise en cause jusqu'à présent, y compris par l'harmonisation partielle du processus électoral (b).

##### **a) Le processus électoral : une harmonisation partielle récente**

**927.** Dans le Traité de Rome de 1957, il était déjà prévu à l'art.138§3 CEE que l'Assemblée européenne élaborerait un projet afin de permettre son élection au suffrage universel direct. L'Assemblée européenne décide dès sa première session en mars 1958 de se saisir de cette question. Elle rédige un projet qui est adopté en 1960<sup>526</sup> et le transmet au Conseil. En effet, l'art.138§2 CEE prévoyait que le Conseil était compétent pour adopter l'acte qui devait ensuite être soumis à la ratification des Etats membres selon leurs procédures constitutionnelles respectives. Or, le Conseil n'a pas donné suite au projet malgré les menaces de l'Assemblée d'initier un recours en carence à son encontre<sup>527</sup>. Un autre projet adopté par l'Assemblée en 1975<sup>528</sup> a au contraire abouti. Le Conseil Européen de Bruxelles des 12 et 13 juillet 1976 ayant donné son accord politique, Conseil a adopté une décision n°76/787 connue sous le nom d'Acte de 1976. Il posait le principe d'un mandat représentatif (art.4§1), de 5 ans (art.3§1), pouvant se combiner à un mandat de parlementaire national (art.5). Il laisse quatre jours pour procéder aux élections (art.9), ce qui pouvait poser des problèmes d'influence des votes des populations des Etats se prononçant par la suite en cas de fuite, alors que le projet de 1960 exigeait que le scrutin se déroule le même jour dans l'ensemble des Etats membres et interdisait qu'un scrutin

<sup>526</sup> JO n° 37 du 2.6.1960, p.834. TOURET (C.), L'élection du parlement européen au suffrage universel direct. Le point de l'évolution et les orientations probables, *Revue juridique du centre ouest*, avril 1992, n° spécial, pp.123-124. Voir pour plus détails : LASSALLE (C.), Le projet de convention relative à l'élection de l'Assemblée parlementaire européenne au suffrage universel direct, *Annuaire français de droit international*, 1960, vol.6, pp. 801-816.

<sup>527</sup> KUNDOCH (H.), Le recours en carence comme moyen juridique de promouvoir l'élection directe de Parlement européen, *CDE*, 1975, pp. 425-452.

<sup>528</sup> BURBAN (J.-L.), Le nouveau projet d'élection du Parlement européen au suffrage universel. Du projet Dehousse au projet Patijn, *CDE*, 1975, pp. 453-463.

national ait lieu en parallèle. Par ailleurs, le projet de 1960 donnait la possibilité pour les ressortissants d'un Etat membre qui résidaient sur le territoire d'un autre Etat membre de choisir de voter dans son Etat d'origine (art.11§2) ou dans son Etat de résidence (art.11§3), élément non repris pas l'Acte de 1976.

L'art.138§3 CEE posait ensuite le principe d'une procédure électorale uniforme, mais l'Acte de 1976 se contente dans son art.7 de rappeler ce but dans son §1 et pose dans son §2 le principe de l'application des règles nationales dans l'attente du vote d'un tel acte d'uniformisation. Le mode de scrutin doit être choisi en fonction du but recherché. Avec un Parlement dans lequel on veut mettre en avant la défense d'intérêts étatiques, le scrutin uninominal à un tour semble approprié, les députés n'étant pas éparpillés au sein de nombreux groupes, mais le Conseil étant déjà chargé de la défense des intérêts des Etats, une telle assemblée aurait fait doublon. Un tel mode de soutien est également intéressant si l'on cherche une majorité stable dans la perspective d'une Commission partisane. Si par contre le but est celui d'une bonne représentation des différents courants d'opinion dans les populations des Etats, le scrutin proportionnel apparaît adapté. Enfin, le système de "proportionnel personnalisé" appliqué pour l'élection du Bundestag en Allemagne depuis 1949 est une forme tentant d'assurer l'avantage des deux, même s'il ne s'agit pas d'un véritable système mixte<sup>529</sup>. Selon ce système, chaque électeur dispose de deux voix. La première lui permet d'élire un candidat se présentant à un mandat direct selon le système majoritaire dans une circonscription et la seconde correspond au vote pour un parti. Une répartition proportionnelle des voix entre partis a lieu à la proportionnelle sur la base de ce second vote, la répartition des sièges entre les partis ayant lieu au sein de chaque Land<sup>530</sup>. Sont automatiquement élus les députés sur la base d'un mandat direct, ce qui signifie que si un parti a plus d'élus que de sièges selon la proportionnelle au sein d'un Land, le nombre de membres du Bundestag sera augmenté par rapport au nombre officiel, sinon, le parti dispose sur la base de la seconde voix d'un nombre de sièges complémentaires par rapport à ceux sur la base de la première.

Une autre question se superposerait au choix du mode de scrutin, celle de la taille de la circonscription. Plus celle-ci est grande, plus le scrutin proportionnel donne une représentation fidèle de la diversité des opinions politiques des populations et donc plus conforme au principe démocratique, le dilemme se posant, en dehors la question d'une majorité stable, par rapport à la distance entre l'élu et l'électeur.

Les Etats membres ont choisi des variantes de la proportionnelle, sauf le Royaume-Uni qui a repris le système de scrutin uninominal à un tour qu'il connaît pour les élections nationales<sup>531</sup>. Pour tenter de trouver une solution de compromis permettant d'obtenir l'approbation du RU, un projet d'uniformisation proposait comme alternative au système proportionnel le système allemand de "proportionnelle personnalisée" ; le Parlement a préféré le système proportionnel dans son projet de 1982, mais ce projet le Conseil ne lui a pas donné suite<sup>532</sup>. L'échec de compromis finit par conduire le Traité d'Amsterdam qui introduit une alternative à la procédure (art.190§4 CE (223§1 TFUE)), à savoir la mise en place d'une procédure "*conformément à des principes communs à tous les Etats membres*". Finalement une évolution vers la généralisation du scrutin proportionnel est permise par l'arrivée au pouvoir des

---

<sup>529</sup> En ce sens et pour des détails sur ce mode d'élection : DEGENHART (C.), *Staatsrecht I* (op.cit. note 320), p.15. Un véritable système mixte existerait si la moitié des mandats était réservée à des élus directs, et l'autre moitié à des élus sur la base de listes avec l'absence d'influence entre les deux.

<sup>530</sup> Ce système est en réalité plus complexe puisque si un parti a selon la part proportionnelle moins.

<sup>531</sup> Voir pour des précisions : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.17).

<sup>532</sup> JOCE, n° C 87 du 5 avril 1982 p.61. Pour une présentation de ce projet, cf. TOURET (C.), L'élection du parlement européen au suffrage universel direct. Le point de l'évolution et les orientations probables, *Revue juridique du centre ouest*, avril 1992, n° spécial, pp.125-126.



travailleurs en 1997. Elle est posée par la décision du Conseil n°2002/772 du 25 juin 2002 et du 23 septembre 2002 modifiant l'Acte de 1976. Par ailleurs, l'interdiction d'un double mandat de parlementaire national et député européen, que connaissait de toute façon en pratique peu d'Etats, a été décidée à partir de 2004, le travail important désormais demandé aux députés européens ne pouvant se concilier avec un mandat national<sup>533</sup>. La décision n°2002/772 donne en outre la possibilité de mettre en place un système préférentiel, qui permet aux électeurs de modifier l'ordre des candidats sur une liste. La généralisation de ce système permettrait de donner un moins grand pouvoir aux partis dans la détermination des personnes qui doivent être élues, et ainsi de sanctionner des candidats qui auraient été fortement absents lors de la précédente mandature et plus généralement d'opérer un choix en fonction des personnes et non des seuls partis, ce qui constituerait un renforcement démocratique. Mais il s'agit, comme d'autres points de la décision n°2002/772, seulement d'une option laissée au choix des Etats. Ils peuvent ainsi se déterminer en faveur d'une circonscription nationale ou de circonscriptions régionales alors que le projet initial du Parlement rendait ce dernier type obligatoire pour les Etats membres de plus de 20 millions d'habitants dans le but de rapprocher les députés de leurs électeurs. Toutefois, certains Etats comme l'Espagne ont eu peur qu'un système de circonscription régionale renforce les partis régionaux et qu'il y ait des demandes de plus grande autonomie, et les petits partis n'étaient pas favorables aux circonscriptions régionales<sup>534</sup>. Enfin, le choix d'un seuil pour les listes est laissé à l'appréciation des Etats alors qu'un seuil obligatoire de 5%, qui existe dans de nombreux Etats, était prévu par la proposition<sup>535</sup>. Au-delà, les Etats conservent compétence pour les règles concernant le remplacement des députés dont les postes sont vacants, celles concernant l'âge d'éligibilité ou les incompatibilités supplémentaires à celles posées par le droit communautaire.

**928.** Si dans le cas américain le principe d'une élection des représentants au suffrage universel direct est prévu à l'art.I sect.2 Cl.1 de la Constitution, une évolution procédurale comparable a eu lieu. Celle-ci était au départ déterminée par les Etats conformément à l'art. I sect.4 Cl.1, mais la clause poursuivait que "*le Congrès p[ouvai]t toutefois, à tout moment, déterminer ou modifier par une loi les règles des élections, à l'exception de celles relatives au lieu des élections des sénateurs*". Une loi fédérale a été sur cette base adoptée en 1842, qui a notamment mis fin à la pratique du scrutin de liste par certains Etats et uniformisant le système avec le scrutin uninominal à un tour.

En Suisse, une loi du 21 décembre 1850 a posé les conditions de son élection en laissant une large marge de manœuvre aux Etats<sup>536</sup>. Elle prévoyait le principe du scrutin majoritaire. Selon la procédure mise en place, il pouvait y avoir jusqu'à trois tours, et en cas d'égalité, on procédait à un tirage au sort. En 1918 une initiative populaire aboutit à la modification de l'art.73 aCS 1874 précisant que le Conseil national est élu au scrutin proportionnel (art.149§2 CS).

Dans le cas allemand, l'uniformité de l'élection du Reichstag est posée dès la

---

<sup>533</sup> Le RU et l'Irlande ont toutefois bénéficié concernant l'incompatibilité de ces mandats d'une dérogation jusqu'aux élections de 2009.

<sup>534</sup> Cf. CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.19. Les Communautés autonomes sont en général très favorable à l'UE dont ils se servent contre l'Etat espagnol, et militent pour une Europe des régions

<sup>535</sup> Il est à noter que la Cour constitutionnelle allemande a jugé dans une décision du 9 novembre 2011 une telle clause, qui existe pourtant en droit allemand comme contraire au principe de démocratie, en arguant qu'en l'absence d'un gouvernement nécessitant une majorité stable au niveau européen une telle limitation de l'égalité des chances des votes des citoyens n'était pas justifiée (BVerfGE 129, 300) (2<sup>e</sup> sénat *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG*).

<sup>536</sup> *Feuille fédérale*, 28 décembre 1850, p.784. Voir sur son histoire, les évolutions importantes, le site du Conseil national : <http://www.histoireduparlement.ch/#>.



Confédération du Nord (art.20 CCN (20 RV)<sup>537</sup>, sur la base de la loi électorale de 1849 qui avait été pensée dans la perspective de l'application du projet de Constitution de 1849, projet qui n'est jamais entré en vigueur, puis sur la base d'une loi de 1869<sup>538</sup>.

## b) Des élections marquées par de forts taux d'abstention

**929.** La décision n°2002/772 du Conseil n'a pas permis de lutter contre la baisse des taux de participation aux élections européennes. Ce taux est passé de 62% en 1979 à 43% en 2009<sup>539</sup>, ce qui peut inquiéter dans la perspective du sentiment d'appartenance européen. Si le faible taux de participation s'explique en partie par un phénomène constaté dans l'ensemble des démocraties d'augmentation de l'abstention, et si Richard Corbett, Francis Jacobs et Michael Shackleton relèvent qu'il est équivalent à celui des élections de mi-mandat du Congrès aux EU<sup>540</sup>, il affaiblit la légitimité du Parlement européen, et par ricochet la légitimation démocratique de l'UE.

**930.** Un certain nombre d'Etats ont fait le choix de circonscriptions régionales avec l'idée que le rapprochement des élus de leurs électeurs permettrait de lutter contre l'abstentionnisme. Mais, si l'on considère le cas français leur taille est beaucoup trop importante pour le favoriser. Les députés européens représentent chacun une population incomparablement plus importante que les députés nationaux, rendant difficile la recherche de proximité. En outre, Olivier Costa ajoute qu'en raison du rythme de travail au Parlement européen, les tentatives de plus grande présence dans leur circonscription ne pourrait se faire qu'au détriment de leur action parlementaire<sup>541</sup>.

**931.** Mais une des causes principales de cette forte abstention est l'absence de réelle sphère publique européenne. Malgré l'introduction par le Traité de Maastricht à l'art.138 A du traité CE (191§1 CE ; 10 TUE) de la mention de l'objectif de "*contribu[ti]on à la formation d'une conscience européenne et à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union*" donné aux "*partis politiques au niveau européen*", les partis européens restent peu structurés. Les élections européennes sont ainsi dominées par les partis nationaux, les partis européens n'ont pas d'influence sur le recrutement des candidats au Parlement européen<sup>542</sup>. La Commission rejoint ce constat dans un livre blanc sur la communication européenne de 2006. Elle souligne que la "*« sphère publique » dans laquelle se déroule la vie politique en Europe est essentiellement nationale*", que "*les médias restent principalement nationaux*", l'expliquant "*notamment en raison des barrières linguistiques*", et ajoutait qu' "*il existe peu d'espaces de rencontre où des Européens de différents États membres peuvent apprendre à se connaître et aborder des questions d'intérêt commun*"<sup>543</sup>. Ce qui se passe en Europe n'est quasiment

---

<sup>537</sup> La Prusse s'était faite dans les années 1860 le chantre de ce droit pour l'emporter face à l'Autriche pour sa solution d'unification. Le Reichstag est élu sur la base de la loi du 12 avril 1849 (Reichsgesetzblatt, 1849, p.79) qui avait été adoptée pour l'élection de la chambre populaire qui était prévue dans le projet de Constitution de 1849 qui ne fut jamais appliqué. (HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 309), *Bd. III*, p.645 et p.861).

<sup>538</sup> *Bundesgesetzblatt*, 1869, p.145.

<sup>539</sup> <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/000cdcd9d4/%C2%A0Taux-de-participation-%281979-2009%29.html>. Les taux sont particulièrement faibles dans les Etats d'Europe centrale et orientale, avec à peine 20% en Slovaquie, 25% en Pologne, et pour les anciens membres notamment le RU avec 35%.

<sup>540</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 22), p.29.

<sup>541</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 23), p.294.

<sup>542</sup> BEAUD (O.), STRUDEL (S.), *Démocratie, fédéralisme et constitution*, in : BEAUD (O.), LECHEVALIER (A.), PERNICE (I.), STRUDEL (S.) (dir.), *L'Europe...*(*op.cit.* note 319), p.16.

<sup>543</sup> COM (2006) 35 final, pp;4-5. Voir aussi en ce sens : WEILER (J.), *The State 'über alles'*. Demos, Telos, and the German Maastricht decision, *Festschrift für Everling*, Nomos, 1995, p.1666.



accessible que par le corridor national<sup>544</sup>, et les élections européennes sont encore une juxtaposition d'élections nationales, avec des enjeux nationaux comme tester la popularité du gouvernement<sup>545</sup>.

La faible participation aux élections européennes et la structuration lâche des organisations partisanes au niveau européen ne doivent pas comme le souligne Didier Blanc conduire à remettre en cause la légitimité démocratique du Parlement et sa vocation à augmenter ses pouvoirs en matière législative car "*admettre le contraire reviendrait à repousser la démocratisation de la fonction législative communautaire dans l'attente de l'émergence d'un débat politique européen comparable à celui existant dans les Etats*"<sup>546</sup>. A cet égard, la création d'une circonscription européenne dans laquelle serait élue à la proportionnelle un pourcentage de députés européens dans le but de développer une conscience politique européenne et soutenir le développement de partis européens a été notamment proposée par une résolution du Parlement européen de 1998<sup>547</sup>. Aucune expérience de ce type n'a existé toutefois au sein des systèmes fédéraux allemand, suisse ou américain pour permettre de juger la portée d'une telle mesure. En Suisse, l'art.62 aCS 1848 et l'art.73 aCS 1874 avant 1918 précisent même *a contrario* que pour le Conseil national les circonscriptions ne peuvent regrouper plusieurs cantons, et l'art.173 aCS 1874 après 1918 et désormais l'art.149§3 CS précisent que chaque canton forme une circonscription. De même, sous la Confédération du Nord et l'Empire, le Reichstag ne pouvait compter de circonscription à cheval sur plusieurs Etats membres comme il découle du §5 de la loi électorale de 1849, et le §3 al.1 de la loi concernant l'élection du Bundestag sous la Loi fondamentale énonce que les frontières entre les Länder sont à respecter pour la constitution de circonscriptions. Dans le cas des Etats-Unis, on déduit de l'art.I sect.2 Cl.3 une impossibilité de circonscription dépassant les frontières d'un Etat.

Andrew Moravcsik considère quant à lui que le faible intérêt des citoyens pour l'UE, leur faible participation aux élections européennes ne tient pas "*au manque de possibilité d'influence démocratique*" mais au fait que les questions les intéressant, les objets de véritables enjeux partisanes, relèvent pour l'essentiel des compétences nationales qui sont tout au plus coordonnées au plan européen<sup>548</sup> : la politique économique, la politique de l'emploi, les impôts directs, le système de répartition, la sécurité sociale, la sécurité intérieure et extérieure, la culture, l'éducation. Olivier Beaud et Sylvie Strudel soulignent dans le même sens que "*les citoyens s'intéressent à l'Europe dès qu'elle devient intéressante, c'est-à-dire invitante à des « choix de société » lisibles, offrant des options politiques clairement formulées et organisant la légitimité d'un destin commun*"<sup>549</sup>. Les exemples de thèmes ayant suscité des mobilisations dans différents Etats membres sont en effet bien éloignés des domaines où l'UE a une réelle compétence d'action. Ainsi en est-il des revendications sociales telles que celles autour de Renault Vilvoorde qui ont pu être vues comme une traduction de l'émergence d'une opinion publique européenne, même si Olivier Beaud et Sylvie Strudel soulignent qu'elle était plus plurinationale que transnationale. De même pour ce qui concerne la convergence des européens contre la guerre en Irak qui contraste avec l'absence de politique étrangère de l'UE<sup>550</sup>. Jürgen Habermas reprend lui aussi l'exemple des importantes manifestations du 15 février 2003 contre la guerre

<sup>544</sup> En ce sens : KOPP (A.), *als Kategorie des Europarechts*, Tübingen, Köhler, 2002, p.76.

<sup>545</sup> En ce sens : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.29

<sup>546</sup> BLANC (D.), *Les parlements européen et français face à la fonction législative communautaire : aspects du déficit démocratique*, l'Harmattan, 2004, p.25.

<sup>547</sup> Résolution du Parlement européen sur l'élaboration d'un projet de procédure électorale comprenant des principes communs (15 juillet 1998), *JOCE*, n°C 292 du 21 septembre 1998, p.66, pt.4.

<sup>548</sup> MORAVCSIK (A.), In *Defence of the "Democratic Deficit". Reassessing Legitimacy in the European Union*, *JCMS*, 2002, vol.40 n°4, p.605, p.607, pp.615 et s. Dans le même sens : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.7.

<sup>549</sup> BEAUD (O.), STRUDEL (S.), *Démocratie... (op.cit. note 542)*, pp.18-19.

<sup>550</sup> *Ibid.*



en Irak à Londres, Rome, Paris, Madrid, Berlin... comme indice de la naissance d'un espace public européen<sup>551</sup>.

**932.** Un autre facteur contribue à renforcer le taux d'abstention, le faible intérêt suscité par le mandat de député européen parmi le personnel politique national. Richard Corbett, Francis Jacobs et Michael Shackleton notaient certes que dans les députés élus un pourcentage important bénéficie d'une expérience au sein de son parlement (28% en 1999 37% en 2004) ou de son gouvernement national (respectivement 10,2% et 16%), ce qui était particulièrement vrai parmi ceux des nouveaux Etats membres de l'UE. En outre ils ajoutaient que de nombreux anciens Premiers ministres ont fait partie du Parlement européen, relevant qu'en moyenne six ont été élus par mandature<sup>552</sup>. Mais ces chiffres sont trompeurs, comme on le voit avec l'absentéisme ou l'abandon du mandat de député européen pour briguer un mandat national. Si des hommes politiques connus s'intéressaient à ce mandat, il bénéficierait de leur médiatisation. Les députés européens les plus assidus n'étant pas médiatisés, le travail du Parlement européen ne fait que rarement l'objet de publicité. Ce que pouvait écrire Marc Abélès en 1992 au sujet des députés européens reste globalement valable, il n'y a pas de "*carrière politique européenne*", leur candidature, et leur élection, est due à un concours de circonstances bien plus qu'à un choix mûrement réfléchi<sup>553</sup>. La démission des élus au Parlement européen au profit de postes nationaux est fréquente<sup>554</sup>. Le choix des personnes sur les listes est fonction d'intérêts nationaux, du reclassement de membres des partis ayant perdu des élections au plan national et non de la qualité des candidats. Nombreux des "reclassés" ne s'intéressent pas à leur mandat de député européen et préparent plutôt leur réélection au plan national ou local, ce qui pose un réel problème démocratique<sup>555</sup>. Olivier Costa cite le cas de Robert Hersant mis à une place éligible et élu sur les listes présentées par le RPR à plusieurs reprises alors qu'il était l'un des députés européens les plus absents, et fait référence aux nombreux battus du PS aux législatives de 1993 élus députés européens en 1994 et ayant abandonné ce mandat lors des élections législatives de 1997. Le mandat européen apparaît donc comme un choix par défaut, voire une "disgrâce" si l'on prend des cas plus récents comme Roselyne Bachelot en 2004, ou Rachida Dati en 2009. L'introduction du vote préférentiel, prévu comme option dans la décision n°2002/772, permettrait de contribuer à en diminuer l'importance, à la condition toutefois qu'une proportion importante des citoyens s'informe sur la présence au Parlement européen, afin de modifier le choix des partis quant au placement sur les listes.

A la fois signe du manque d'intérêt des élus, non désireux de poursuivre leur mandat une fois un poste national libéré, et des partis politiques nationaux remplaçant des députés consciencieux par certains de leurs membres ayant perdu un de ces postes nationaux, les députés européens restent globalement peu de temps en poste. Ainsi, en 1994, 42,5% des élus (241 sur 567) étaient déjà députés européens à la législature précédente et en 2004, 54% des députés européens des 15 Etats déjà membres élus étaient déjà au Parlement européen. Seuls 4,5% des élus en 2004 avaient plus de 15 ans de participation au Parlement européen<sup>556</sup>. Des différences

<sup>551</sup> HABERMAS (J.), Le 15 février ou ce qui unit les européens, in : ID., *Une époque de transitions : écrits politiques (1998-2003)*, Fayard, 2005, p.152.

<sup>552</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, pp.50-52.

<sup>553</sup> ABELES (M.), *La vie quotidienne au Parlement européen*, Paris, Hachette, 1992, p.69.

<sup>554</sup> Souligné notamment par : BEAUD (O.), STRUDEL (S.), *Démocratie... (op.cit. note 542)*, p.16.

<sup>555</sup> Même s'il souligne que les motivations sont souvent critiquables, Olivier COSTA estime par ailleurs que la composition du Parlement permet l'absence de sclérose de l'institution (*Le parlement... (op.cit. note 23)*, p.282).

<sup>556</sup> Chiffres donnés par : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, pp.48-49. Il précise qu'il n'y a que six députés européens présents de 1979 à 2009 (I. Friedrich, K. Hänsch, H-G. Pöttering, K. Von Wogau, J-P. Bonde, F. Wurtz parmi lesquels 4 allemands), et désormais seul H-G.Pöttering auquel on peut adjoindre E. Brok (allemand) élu depuis 1980 ; 8 de 1984 à 2009 (dont six anglais), 3 de 1987 à 2009 ; 15 de 1989 à 2009.



importantes existent selon les Etats puisque l'Allemagne (en 2004 68 des 99 membres) et le RU (62 des 78 membres) ont des taux de maintien plus importants que la moyenne, la France (36 des 78) des taux plus faibles<sup>557</sup>. L'influence des allemands au sein du Parlement européen pourrait ainsi s'expliquer en partie par ce taux proportionnellement élevé d'anciens députés en dehors de l'importance de son contingent<sup>558</sup>.

Un autre facteur joue dans l'importance de l'abstention, les électeurs n'ont pas l'impression d'influencer la prise de décision au niveau européen en raison de l'absence de gouvernement majoritaire au niveau européen<sup>559</sup>. Pour redonner de l'enjeu aux élections, il a été proposé que les élections aient un impact sur la désignation de la présidence de la Commission<sup>560</sup>. Nombreux étaient ceux qui espéraient alors même que le Traité de Lisbonne n'était pas en vigueur que les partis européens seraient conduits à proposer des candidats au poste de Président de la Commission, donnant comme enjeu aux élections européennes le choix de ce Président<sup>561</sup>, l'art. 17 VII TUE prévoyant que le Conseil européen propose un candidat "*en tenant compte des élections au Parlement européen*". Jean-Luc Sauron considérait notamment que cette disposition pouvait être comprise comme obligeant le Conseil européen à désigner un membre du parti arrivé en tête et que si chaque parti désignait un candidat, celui du parti vainqueur ne pourrait être que difficilement refusé par le Conseil européen<sup>562</sup>. Il envisageait une "présidentialisation de la campagne", remettant en cause le caractère national des thèmes des débats électoraux, et pensait que ce serait ainsi le Parlement européen qui dominerait la procédure de nomination globale de la Commission, modifiant l'équilibre institutionnel à son profit<sup>563</sup>. Les attentes à l'égard des partis politiques avant les élections européennes ont été grandes, et les résultats décevants.

## 2) Les impératifs démocratiques dans l'organisation du Parlement européen

**933.** Le fonctionnement du Parlement européen exige un respect scrupuleux du principe démocratique dont il doit exprimer la légitimité. Ce principe requiert tout d'abord une transparence de ses travaux. A cet égard, l'art.103 du règlement intérieur du Parlement européen<sup>564</sup> (RIPE) précise que les débats des séances plénières et "*les réunions des commissions du Parlement sont normalement publiques*", et l'art.104 RIPE énonce que les rapports sont librement accessibles. La transparence peut être jugée en trompe l'œil, beaucoup d'éléments se décidant notamment lors des réunions entre coordinateurs des groupes au sein d'une commission<sup>565</sup> qui ne sont pas publiques, mais une part de négociations plus discrètes est nécessaire à l'atteinte d'un compromis et n'est pas spécifique au système européen qui se

<sup>557</sup> Chiffres donnés par : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.49.

<sup>558</sup> En ce sens *Ibid.*

<sup>559</sup> En ce sens : WEILER (J.), *The State 'über alles'. Demos, Telos, and the German Maastricht decision*, *Festschrift für Everling*, Nomos, 1995, p.1666 ; BEAUD (O.), STRUDEL (S.), *Démocratie...* (op.cit. note 542), p.20.

<sup>560</sup> Voir pour des précisions : *infra* sect.II §3 B 1).

<sup>561</sup> En ce sens notamment : SAURON (J.-L.), *Les institutions : La victoire de la complexité ?*, *Europe*, Juillet 2008, n° 7, pt.3 ; BEAUD (O.), STRUDEL (S.), *Démocratie...* (op.cit. note 542), p.20. Les auteurs visent dans ce dernier cas la polarisation et personnalisation qu'ouvrirait la disposition identique dans le projet de traité-constitutionnel.

<sup>562</sup> SAURON (J.-L.), *Ibid.*, pt.3.

<sup>563</sup> *Ibid.*, pts.4-5.

<sup>564</sup> Règlement intérieur du Parlement européen en vigueur en 2012 :

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20120110+TOC+DOC+XML+V0//FR&language=FR>.

<sup>565</sup> Sur ces coordinateurs et plus globalement le fonctionnement au sein d'une commission, cf. *infra* : B 3 b).

caractérise au contraire par une publicité très large. Ainsi, en Suisse, l'art.20 du règlement intérieur du Conseil national<sup>566</sup> (RICN) est plus restrictif. Son §1 prévoit uniquement un compte rendu oral ou écrit aux médias des principaux résultats des délibérations au sein des commissions. Aux Etats-Unis, la plénière de la chambre des représentants est publique tout comme les séances en commission sont publiques selon l'art. XI 2 (g) du règlement intérieur de la Chambre des représentants<sup>567</sup> (RCR) sauf décision contraire en raison notamment de la sensibilité de la question traitée. En pratique, si les auditions menées par les commissions sont publiques, les discussions pour la préparation du texte de loi sont par contre souvent à huis-clos. Sous la Confédération du Nord et le Second Empire, l'art.22 RV (22 CCN), et, sous l'empire de la Loi fondamentale, l'art.42 posent le principe de publicité des débats.

Malgré la forte transparence de principe au Parlement européen, le rôle des lobbies (d) et le compromis entre groupes politiques, et en leur sein entre délégations nationales rend toutefois plus difficile en pratique le respect de cette transparence dans la prise de décision et donc la lecture finale pour le citoyen européen.

Mais cette question est loin d'être la seule à être soulevée par le principe démocratique. Il implique aussi une représentativité alors que la taille des Etats membres est très variable (a). Il pose ensuite la question du statut des députés (b). Il renvoie par ailleurs à la problématique de la traduction au regard de l'égalité concrète en matière d'éligibilité, l'exigence de connaissances linguistiques apparaissant en contradiction avec ce principe (c).

#### a) L'impératif de représentativité

**934.** La représentativité renvoie à la question du principe "one man one vote" et donc à la répartition des sièges par Etat. Aux Etats-Unis, l'art.I sect.2 Cl.3 de la Constitution précise que les membres de la Chambre des représentants sont répartis entre les différents Etats membres proportionnellement à la population, et impose d'adapter les circonscriptions afin d'avoir un équilibre entre elles au niveau de la population représentée suite au recensement qui a lieu tous les dix ans. En Suisse, l'art.61 aCS 1848 (72 aCS 1874) énonçait qu'un membre devait représenter 20.000 habitants.

Dans le cas allemand, la loi électorale pour le Reichstag 1869<sup>568</sup>, à laquelle renvoyait l'art.20 de la Constitution de 1871, précisait dans ses §5 et §6 un mécanisme de répartition des circonscriptions censé garantir une représentation proportionnée de la population. Elle n'a pas été modifiée jusqu'en 1918 malgré les mouvements importants de population notamment dus à l'industrialisation et le départ des campagnes pour les villes, si bien que le nombre d'habitants représentés variait très fortement en complète opposition avec le principe démocratique<sup>569</sup>. Sous la Loi fondamentale, la loi électorale fédérale qui concerne l'élection du Bundestag précise dans son §3 n°1 et n°2 que le nombre de circonscriptions au sein d'un Land doit correspondre dans la mesure du possible à sa part dans la population totale allemande.

Dans le cadre de l'UE, l'art.138§2 CEE (190§2 CE) précisait que le nombre de députés élus dans chaque Etat s'il était modifié devait l'être de façon à "*assurer une représentation appropriée des peuples des Etats réunis dans la Communauté*". Le Traité de Lisbonne vise désormais le principe de "*représentation dégressivement proportionnelle*" à l'art.14§2 al.1 TUE et il est précisé à l'art.14§2 al.2 TUE que cette répartition sera fixée, non plus par le traité, mais par une décision unanime du Conseil européen, sur proposition du Parlement européen et avec

<sup>566</sup> Recueil officiel, 2003, p.3623. Règlement intérieur du Conseil national en l'état en 2012 : [http://www.admin.ch/ch/f/rs/c171\\_13.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/c171_13.html).

<sup>567</sup> Règlement intérieur de la Chambre des représentants de 2011, toujours en vigueur en 2012 : RCR : <http://clerk.house.gov/legislative/house-rules.pdf>.

<sup>568</sup> *Bundesgesetzblatt*, 1869, p.145.

<sup>569</sup> En ce sens : BOLDT (H.), *Deutsche...* (*op.cit.* note 392), p.175. Voir aussi pour une présentation ramassée du Bundestag des élections sous le Second Empire : [http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/infoblatt/wahlen\\_kaiserreich.pdf](http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/infoblatt/wahlen_kaiserreich.pdf).



l'approbation de celui-ci. L'inégalité entre les citoyens est pourtant reprochée en premier lieu par Karlsruhe<sup>570</sup>. On relève en effet par exemple en 2009 qu'un député européen luxembourgeois représente, selon la répartition des 736 sièges prévue entre les 27 Etats membres, 72000 habitants alors qu'un collègue allemand en représente 829 000, ou encore que la Slovénie a uniquement un député européen de plus que le Luxembourg alors qu'un député européen slovène représente quatre fois plus de personnes<sup>571</sup>. Mais, comme le note Christine Mellein, il existe dans de nombreux Etats un mode de votation, résultat d'un compromis entre systèmes proportionnel et majoritaire, qui ne garantit pas non plus une égalité parfaite des chances des voix des électeurs. Il existe en outre souvent des seuils pour participer à la répartition des sièges ou des mécanismes de protection des minorités<sup>572</sup>. Mais surtout, dans le cas du Parlement européen, le système électoral européen peut se justifier par la structure fédérale de l'UE, de la nécessité de représentation minimale des plus petits Etats. En ce sens Olivier Beaud souligne que, tout comme dans le cas de l'égalité entre Etats, l'égalité entre les citoyens est une "*égalité relative, et non pas arithmétique*", ce qui est "*typique d'un raisonnement fédéral*"<sup>573</sup>. On considère en effet dans l'UE que les citoyens de chacun des Etats doivent être représentés, même dans une mesure même minimale, dans leur diversité, ce qui n'est possible qu'à partir d'un nombre minimum de membres. C'est une raison qui peut expliquer le passage de 4 à six députés avec le Traité de Lisbonne comme nombre minimal de représentants pour les plus petits Etats (art.14 TUE). Cet aspect ne se retrouve pas dans les exemples fédéraux étudiés. Ainsi, aux EU, l'art.I sect.2 Cl.3 de la Constitution pose uniquement comme nombre minimum un représentant par Etat. De même en Suisse, l'art.61 aCS 1848 (72 aCS 1874 ; 149§4 CS) pose ce même nombre d' "un" représentant minimum.

**935.** Une solution pour améliorer la représentativité peut certes être d'augmenter le nombre global de membres. Ainsi en Suisse, le Conseil national a vu son nombre de membres augmenter de ses 111 membres de départ en 1848 à la fixation par une décision de 1962 de leur nombre à 200, repris depuis à l'art.149§1 CS. De même aux EU, le nombre de membres de la Chambre des représentants a augmenté jusqu'à ce qu'en 1911 le nombre de 435 soit fixé<sup>574</sup>.

Le nombre de députés européens a été également augmenté à plusieurs reprises. Il est tout d'abord passé de 198 à 410 avec l'élection au suffrage universel direct<sup>575</sup>. Puis il a été augmenté depuis de façon continue, essentiellement pour tenir compte des élargissements successifs. Le Traité d'Amsterdam a inauguré la fixation d'une limite maximale de députés européens, 700, alors que le nombre réel à l'époque était de 626. Mais contrairement aux exemples suisse et américain où le chiffre n'a plus varié depuis sa fixation, il a été modifié à chaque révision des traités. Fixé à 732 députés par l'art.189 CE issu du Traité de Nice, le traité d'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie l'a élevé à 736<sup>576</sup>, et le Traité de Lisbonne porte le nombre de sièges

<sup>570</sup> BVerfGE 123, 267 (pt.281). Voir *supra* partie I chap.III sect.II §2 B 2).

<sup>571</sup> Chiffres donnés par : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.26.

<sup>572</sup> MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente : eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p.72. Aussi dans ce sens : SUSKI (B.), *Das Europäische Parlament. Volksvertretung ohne Volk und Macht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp.76 et s.

<sup>573</sup> BEAUD (O.), Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel, *Annuaire de droit européen*, 2003 (publié en 2005), vol.1, p.101.

<sup>574</sup> 37 Stat.13.

<sup>575</sup> Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe, L'évolution du nombre et de la répartition des sièges, [http://www.cvce.eu/content/publication/2009/1/5/db0a51da-99ac-4b35-a3c8-78b542b22861/publishable\\_fr.pdf](http://www.cvce.eu/content/publication/2009/1/5/db0a51da-99ac-4b35-a3c8-78b542b22861/publishable_fr.pdf).

<sup>576</sup> Art.9 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, *JOUE*, n°L 157 du 21.6.2005, p.206.



à 750 plus le Président au lieu de 736. On notera que le nombre maximal de membres a été jusqu'à présente atteint avec 785 membres pendant une période transitoire, entre 2007 et 2009, suite à l'entrée de la Bulgarie et de la Roumanie dans l'UE. Enfin, il est à noter qu'une modification des traités a dû avoir lieu, à peine le Traité de Lisbonne entré en vigueur, afin de permettre une dérogation transitoire au nombre de 750 membres plus le Président. Les élections de juin 2009 s'étaient en effet déroulées sur la base du Traité de Nice prévoyant 736 députés alors que les dirigeants européens souhaitaient que les députés européens complémentaires prévus par le Traité de Lisbonne n'attendent les élections de 2014 pour rejoindre le Parlement européen. Or, cela conduisait à ce que le nombre de membres soit augmenté à 754 étant donné que l'on ne pouvait pas revenir sur le mandat donné aux trois députés que perdait l'Allemagne avec le Traité de Lisbonne. Comme cela n'était pas prévu par le Traité de Lisbonne, le Conseil Européen a dû décider, le 17 juin 2010, la réunion d'une CIG qui s'est déroulée quelques jours après, le 23 juin. Finalement le processus de ratification s'est achevé fin novembre 2011, et les nouveaux députés européens ont été accueillis lors de la session de décembre 2011.

La recherche d'une représentation minimale des petits Etats combinée à un respect de la proportionnalité et à une dose d'équilibre politique atteint ses limites. Continuer l'extension des membres conduirait à une assemblée par trop pléthorique rendant le Parlement européen incapable de travailler<sup>577</sup>.

**936.** La considération du poids politique des Etats rentre également en ligne de compte dans la répartition des sièges entre Etats, même si ce facteur a reculé. A l'origine, le système est caractérisé par une volonté d'égalité de poids entre les grands Etats. L'Acte de 1976 reprend ce principe. Les quatre grands Etats ont le même nombre de députés, 81, alors même que la RFA a une population plus importante. Il faut attendre le Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992, qui donne l'aval à une modification de la composition du Parlement pour tenir compte de la réunification allemande, complété par une décision du Conseil de 1993, pour que l'Allemagne se voit attribuer plus de sièges que les autres grands Etats. Mais cela ne signifie pas l'abandon des considérations d'équilibre politique entre les Etats. Ainsi, d'autres sièges ont été créés pour limiter l'augmentation de son poids. Aux 18 sièges supplémentaires pour l'Allemagne se sont ajoutés six sièges pour chacun des trois autres grands Etats et quelques sièges supplémentaires pour cinq autres Etats. Lors des derniers élargissements, la situation a été peu à peu corrigée pour mieux adapter le nombre d'élus à la population. C'est dans cette perspective d'évolution que s'inscrit l'inclusion du passage mentionné de l'art.190§2 CE concernant la "*représentation appropriée des peuples des Etats*" par le Traité d'Amsterdam. Mais l'équilibre politique joue encore un rôle comme l'illustre l'ajout, avec le Traité de Lisbonne, de 18 députés répartis entre 12 Etats membres, et le retrait de 3 députés à l'Allemagne. On notera le cas de l'Italie pour qui la référence au nombre total de membres a été modifiée ; il a été précisé que le Président n'était pas, contrairement à ce qui était le cas dans le passé, compris dans ce nombre, et la déclaration n°4 annexée au Traité de Lisbonne a indiqué que l'attribution de ce siège supplémentaire allait à l'Italie.

**937.** Pour terminer, il peut être noté afin de relativiser la critique concernant la répartition désavantageuse pour les grands Etats que les députés des grands pays ont en pratique une influence déterminante au-delà du simple rapport de proportionnalité. Les députés allemands sont ainsi très présents au sein des commissions et dans les postes clés du Parlement européen<sup>578</sup>. Les deux principaux groupes parti populaire européen (PPE) et parti socialiste

---

<sup>577</sup> En ce sens : PERNICE (I.), Plädoyer für Lissabon. Nachbemerungen zur Mündlichen Verhandlung vom 10./11. Febr. 2009 im Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht, *whi-paper*, Mai 2009, pp.24-25 : <http://www.whi-berlin.de.eu/documents/whi-paper050904.pdf> (consulté en octobre 2009).

<sup>578</sup> *Ibid.*, p.25.



européen (PSE)<sup>579</sup>, auxquels s'ajoutent "les Verts" étaient respectivement dirigés et co-dirigés par des allemands de 2004 à 2009. Depuis 2009, les Verts sont présidés et la GUE est présidée par des allemands, et jusqu'en 2012 le PSE était présidé par un allemand. Depuis la création de la CEE, six allemands ont été présidents du Parlement européen. C'est d'ailleurs actuellement le cas avec Martin Schulz.

## **b) La prise en compte des contraintes linguistiques dans l'exercice du mandat de député européen**

**938.** Une autre question sensible au regard de la démocratie, qui renvoie également à la diversité, est la question de la contrainte linguistique pour exercer le mandat de député européen. Outre le respect de la diversité, la possibilité de s'exprimer dans sa langue maternelle et d'obtenir une traduction dans cette même langue des textes discutés et des interventions de ses collègues députés est une exigence démocratique car elle conditionne l'égalité entre les citoyens européens à se porter candidat. Le Parlement européen indique ainsi sur son site qu'il "*se distingue des autres institutions de l'UE par l'obligation qui lui incombe d'assurer le multilinguisme le plus large possible*"<sup>580</sup>. Comme le soulignent Richard Corbett, Francis Jacobs, et Michael Shackleton, l'utilisation d'autant de langues alors que l'ONU n'en utilise que six se justifie par la considération que les députés européens ne sont pas des diplomates et ne sont donc pas censés maîtriser d'autres langues ; ils doivent pouvoir débattre à égalité sans gêne linguistique<sup>581</sup>. Le principe démocratique exige que les électeurs puissent être libres d'élire qui ils veulent et pour n'importe quel citoyen européen de pouvoir se présenter aux élections. Ainsi, un rapport du Parlement européen de 1999 soulignait que "*rien ne serait plus préjudiciable à cette légitimité qu'une décision qui ferait de la possession d'aptitudes linguistiques une condition pour accéder au statut de député au Parlement européen, suivre les délibérations de l'assemblée, ainsi que lire et comprendre ses décisions*"<sup>582</sup>. Au-delà même de l'implication sur le droit d'éligibilité et la liberté de vote, le rapport du bureau de 2001 sur les implications de l'élargissement<sup>583</sup> indique que "*si le Parlement ne reconnaît pas leur langue, il est moins probable que les citoyens le reconnaissent comme leur Parlement*". Dans une résolution de 2007, le Parlement européen "*considère que le multilinguisme est un élément clé de l'Union européenne qui met en lumière la diversité culturelle et linguistique et assure l'égalité de traitement des citoyens de l'Union*"<sup>584</sup>. On rappellera à cet égard que l'art.24§4 TFUE (21§3 CE) dispose que tout citoyen de l'Union peut écrire à toute institution ou organe dans l'une des langues officielles de l'UE et recevoir une réponse rédigée dans la même langue.

Le multilinguisme est visé à l'art.146 RIPE. Il concerne non seulement tous les documents du Parlement (I), mais encore le droit pour les députés "*au Parlement, de s'exprimer dans la langue officielle de leur choix*" qui est ensuite interprétée "*simultanément dans chacune des*

---

<sup>579</sup> Le PSE s'appelle "alliance progressiste des socialistes et démocrates" mais l'abréviation PSE étant plus parlante, nous continuerons à l'employer pour le groupe.

<sup>580</sup> <http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?language=FR&id=155>.

<sup>581</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.38.

<sup>582</sup> Parlement européen, *Rapport final du Groupe de travail sur le multilinguisme dans la perspective de l'élargissement*, 1999, p. 3. Cité par : Parlement européen, document de travail n°9 : préparation du parlement européen à l'Union Européenne élargie - comité de pilotage, PE 305.382/BUR, Bruxelles, le 29 août 2001, p.2 : <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/budg/20010912/DT9fr.pdf>.

<sup>583</sup> Rapport du bureau du 3 septembre 2001 intitulé "Préparation du Parlement Européen à l'Union Européenne élargie" (PE 305.269/BUR/DEF).

<sup>584</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 10 juillet 2007 sur le rapport spécial n° 9/2006 de la Cour des comptes européenne relatif aux dépenses de traduction de la Commission, du Parlement européen et du Conseil (2007/2077(INI)), pt.1.



*autres langues officielles*" (II). Il y a actuellement 23 langues officielles<sup>585</sup> dans l'UE, qu'il faut traduire dans les 22 autres langues. En Suisse, l'art.37§2 RICN précise que "*les délibérations font l'objet d'une traduction simultanée dans les trois langues officielles*", mais que la gestion en est beaucoup plus simple que dans le cadre européen en raison du moins grand nombre de langues officielles. Outre les difficultés liées au nombre de combinaisons de traduction existant au niveau européen, il est difficile de trouver des traducteurs pour les langues des nouveaux Etats les moins peuplés. Pour cette raison, l'art.147 RIPE pose le principe d'une transition permettant de déroger au principe susmentionné jusqu'à la fin de 2014 pour limiter les combinaisons de traduction. On recourt alors à deux méthodes : soit l'interprète traduit vers et à partir de sa langue, soit une langue dite pivot est utilisée pour traduire la langue source vers la langue finale<sup>586</sup>. Mais l'usage d'une langue pivot retarde la traduction dans la langue finale et accentue encore les possibilités de problème de compréhension puisque le texte final est le résultat non pas d'une, mais de deux traductions, et la traduction dans les deux sens ne permet qu'un gain limité en termes de traducteurs.

L'équilibre entre l'égalité démocratique et les impératifs d'efficacité est toujours plus dur à réaliser au fur et à mesure des élargissements. La traduction coûte cher et ralentit le travail parlementaire considérablement, les textes devant être transmis longtemps à l'avance, et les traductions contraignent en outre à une limitation du temps des séances plénières et de comités pour limiter les coûts. Un tiers du personnel du Parlement se trouve ainsi dans les services linguistiques<sup>587</sup>. Mais rapporté à son importance démocratique, le Parlement européen "*souligne que le coût total des services linguistiques des institutions européennes, traduction et interprétation réunies, ne représente que 1 % du budget total de l'Union*"<sup>588</sup>. Des réflexions ont été menées visant à réfléchir à des alternatives au multilinguisme au sein du Parlement européen<sup>589</sup>, mais le choix a été fait de son maintien au nom du principe démocratique, tout en poursuivant une rationalisation de l'utilisation des moyens de traduction<sup>590</sup>. En outre, pour réduire les temps de traduction, une longueur maximale est donnée pour les textes. Des problèmes d'organisation demeurent toutefois, ce que le Parlement européen reconnaît. Il relevait ainsi dans une résolution de 2006 qu'en 2003, environ 16 % des dépenses totales d'interprétation avaient "*été consacrées à des services qui ont été mis à disposition, mais non utilisés*"<sup>591</sup>. Il critiquait sur un autre plan dans la résolution de 2007 susmentionnée le fait que des traductions de textes ne soient pas "*pas disponibles dans toutes les langues pour les débats au sein des commissions*", critique qui semble à première vue conduire plutôt à devoir augmenter les dépenses, mais il poursuit que cette indisponibilité des traductions conduit à augmenter le nombre de réunions nécessaires et donc les coûts, outre le temps perdu par les députés européens ; l'argument vise toutefois également, comme il le souligne par ailleurs, à "*garantir l'égalité de traitement à tous les députés*"<sup>592</sup>.

<sup>585</sup> Allemand, anglais, bulgare, danois, espagnol, estonien, finnois, français, grec, irlandais, hongrois, italien, letton, lithuanien, maltais, néerlandais, polonais, portugais, roumain, slovaque, slovène, suédois, tchèque

<sup>586</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.44. Les auteurs relevaient ainsi en 2003 que cette langue était pour 47% l'anglais, 22% le français, 11% allemand.

<sup>587</sup> *Ibid.*, p.39.

<sup>588</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 10 juillet 2007 sur le rapport spécial n° 9/2006 de la Cour des comptes européenne relatif aux dépenses de traduction de la Commission, du Parlement européen et du Conseil (2007/2077(INI)) pt.4.

<sup>589</sup> Voir notamment document de travail n°9 : préparation du parlement européen à l'Union Européenne élargie - comité de pilotage, PE 305.382/BUR, Bruxelles, le 29 août 2001.

<sup>590</sup> Le Parlement européen a adopté dans ce but un "Code de conduite du multilinguisme" en 2006 : PE 338.978/BUR/REV1, adopté le 4 septembre 2006, notamment art.I§2 :

[http://www.europarl.europa.eu/pdf/multilinguisme/code\\_conduct\\_multilingualism\\_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdf/multilinguisme/code_conduct_multilingualism_fr.pdf).

<sup>591</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 5 septembre 2006 sur le rapport spécial n° 5/2005 de la Cour des comptes européenne relatif aux dépenses d'interprétation du Parlement, de la Commission et du Conseil (2006/2001(INI)), pt.9.

<sup>592</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 7 juin 2007 sur l'état prévisionnel des recettes et des dépenses

En plénière, les amendements doivent avoir été traduits dans toutes les langues officielles pour pouvoir être mis au vote, une décision contraire du Parlement est toutefois possible, à laquelle peuvent encore s'opposer 40 membres (art.156§6 RIPE). Certains députés européens abusent de ce droit d'obtenir une traduction pour retarder le travail parlementaire en commission ou en plénière.

Dans le cadre des commissions, le travail étant plus informel qu'en plénière, les amendements sont souvent mis au vote sans avoir été traduits si aucun membre ne s'y oppose<sup>593</sup>, ce que le Parlement "regrette" d'ailleurs dans la même résolution<sup>594</sup>. La limitation des langues aux seuls membres de la commission, et des seuls présents lors des réunions "en dehors des lieux habituels de travail" en vertu de respectivement des §3 et §4 de l'art.146 RIPE fait l'objet de débats car cela empêche en théorie un ressortissant d'un des Etats n'ayant pas de traduction de venir y assister. Il peut toutefois être considéré que cet aspect est négligeable en tant que l'essentiel, l'égalité entre les membres de la commission, étant assurée.

Enfin, pour les autres réunions comme celles de groupes de travail, entre coordinateurs d'une commission, entre rapporteurs, il n'est pas toujours possible d'avoir des traducteurs, et pour les réunions au sein des groupes politiques connaissent une pratique plus souple, utilisant plus ou moins de langues selon les cas<sup>595</sup>.

Olivier Costa relativise toutefois les problèmes au niveau du sens après une traduction, notant que l'important reste l'attitude du député<sup>596</sup>. Il souligne ainsi que s'il est ouvert à la négociation, il apprendra à connaître les différences culturelles entre les députés des différentes nationalités, il essaiera de comprendre son interlocuteur.

En dehors du fond, la traduction pose des problèmes de compréhension potentiels relatifs à la forme. Quand il est fait référence aux textes lors des discussions, chaque version doit en effet avoir la même numérotation des pages, de paragraphes,... afin qu'il n'y ait pas de problème de compréhension. Mais malgré les précautions, il arrive que des différences de sens entre les versions apparaissent après le vote. Dans ce cas, l'art.146 RIPE précise dans son dernier paragraphe que le Président décide s'il valide le vote et détermine quelle est la version officielle considérée adoptée.

**939.** Une limite à l'égalité linguistique et au principe démocratique demeure. Si les députés européens ne sont pas censés avoir de compétences linguistiques en étant élu par souci démocratique, il semble difficile qu'ils se voient conférés des fonctions particulières au sein du Parlement européen (rapporteur, président de commission,...)<sup>597</sup>. Les postes amènent en effet à être dans des enceintes plus informelles que la plénière ou les commissions dans lesquelles les discussions ont lieu dans un nombre restreint de langues.

### c) Le statut des députés

**940.** Concernant le statut pour les députés européens, les Traités d'origine ne comportaient pas de base juridique expresse pour en adopter un, ce à quoi le Traité d'Amsterdam a remédié avec l'art.190§5 CE (223§2 TFUE). Il prévoit que le Parlement le fixe après avis de la Commission et approbation du Conseil à l'unanimité. Après plusieurs années de discussion, le projet qui avait été proposé par le Parlement européen en 1998 a été approuvé par le Conseil, et définitivement

---

du Parlement européen pour l'exercice 2008 (2007/2018(BUD)), pt.16.

<sup>593</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.41.

<sup>594</sup> 2007/2018(BUD), pt 3.

<sup>595</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.41 et p.44.

<sup>596</sup> COSTA (O.), *Le parlement... (op.cit. note 23)*, p.254.

<sup>597</sup> En ce sens : COSTA (O.), *Le parlement... (op.cit. note 23)*, p.261.

voté par une décision du Parlement européen de 2005<sup>598</sup>. Il est venu compléter certains principes existants.

Le principe du mandat représentatif est posé par l'art.2 RIPE et l'art.2 du statut des députés affirme également l'indépendance et la liberté des députés. Des pratiques telles que les remplacements de l'ensemble des députés d'un groupe en cours de mandat pour laisser la place à d'autres sur la liste ont été discutées au regard du respect du choix des électeurs et de l'exercice du mandat en toute indépendance car l'engagement de démissionner pris avant les élections semblait en contradiction avec eux<sup>599</sup>. L'art. 2§2 du statut des députés énonce désormais que "*les accords relatifs à une démission du mandat avant l'expiration ou à la fin d'une législature sont nuls et non avenues*", rendant ces pratiques illégales. Individuellement par contre, la pratique demeure, comme l'illustre le retour controversé de Brice Hortefeux au Parlement européen une fois perdu son poste de ministre et comme palliatif à l'absence de mandat national<sup>600</sup>.

Dans le cas allemand, l'art.29 RV (29 CCN) posait sous la Confédération du Nord et du Second Empire, une interdiction d'instructions aux députés qui traduisait le caractère représentatif du mandat des membres du Reichstag par opposition aux membres du Bundesrat, la représentation de l'ensemble du peuple allemand, par opposition aux Etats membres. Sous la Loi fondamentale, l'art.38 LF pose de même le caractère représentatif du mandat des membres du Bundestag. En Suisse, il est également interdit aux membres du Conseil national de recevoir des instructions (art.79 aCS 1848 (91 aCS 1874 ; 161 CS)). Enfin, Aux Etats-Unis, l'art.I sect.2 Cl.1 de la Constitution précise simplement la Chambre des représentants est composée de membres élus par le peuple des différents Etats pour deux ans. Ce mandat très court a pour conséquence que les membres de la Chambre des représentants sont très dépendants des électeurs, et notamment des groupes de pressions locaux<sup>601</sup>.

**941.** La question s'est par ailleurs posée dans le cas européen de savoir qui était représenté par les députés européens.

Dans la formule originelle du Traité de Rome conservée jusqu'au Traité de Lisbonne, les députés européens étaient désignés comme des "*représentants des peuples des États réunis dans la Communauté*" (art.137 CEE (art. 189§1 CE)). On ne pouvait dire si le député européen avait à défendre les intérêts du peuple qui l'avait élu ou au contraire à représenter l'intérêt de l'ensemble des peuples européens<sup>602</sup>. La question s'est notamment posée au début des années 1990 à la suite d'une proposition du président du groupe libéral de l'époque de modifier le règlement intérieur du Parlement européen afin d'exclure les députés du Royaume-Uni et du Danemark des votes sur les questions concernant les domaines dans lesquels ces Etats bénéficiaient d'une dérogation d'application, à l'instar de la pratique au sein du Conseil. Contrairement à cette lecture en faveur d'une représentation du seul peuple de l'Etat dans lequel le député européen a été élu, le rapport de la commission du règlement du Parlement européen a

---

<sup>598</sup> Décision n°2005/684 portant adoption du statut des députés au parlement européen. Sur les détails de ce processus voir CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), pp.66-67.

<sup>599</sup> Comme exemples de ces pratiques, on peut citer les députés élus lors des élections de 1979 sur la liste "Défense des Intérêt de la France en Europe" présentée par le RPR qui s'étaient engagés à laisser leur place au bout d'un an au suivant sur la liste ou les députés membres du groupe les Verts qui s'engageaient fréquemment dans les années 80 à laisser leur place à la moitié de leur mandat. (COSTA (O.), *Le parlement...*(op.cit. note 23), p.266).

<sup>600</sup> Brice Hortefeux, l'eurodéputé indésiré, *La libre Belgique*, 24 mars 2011 :

<http://www.lalibre.be/actu/international/article/650655/brice-hortefeux-l-eurodepute-indesire.html>.

<sup>601</sup> TOINET (M.-F.), *Le système politique des Etats-Unis*, PUF, 2<sup>e</sup> ed, 1990, p.142 ; Jean GICQUEL et Jean-Eric GICQUEL estiment même que ces membres sont quasiment condamnés "à se livrer à la démagogie" (*Droit...*(op.cit. note 405), p.271).

<sup>602</sup> Voir aussi sur cette question : *supra* partie I chap.I sect.II §3 B 1) b).



notamment indiqué pour rejeter la proposition que "*l'élection a[vait] lieu dans un Etat, mais [qu']elle n'[était] pas le fait d'un Etat*", que "*le député représent[ait] le corps électoral, entité bien distincte de la nation, de l'Etat ou du gouvernement*"<sup>603</sup>. Le Parlement a suivi cette position en plénière dans une résolution du 19 janvier 1994<sup>604</sup>. La question se pose de nouveau avec la proposition de Wolfgang Schäuble de donner aux députés européens de la zone euro le pouvoir de décider avec les ministres de la zone euro au sein du Conseil des positions en matière d'UEM dans un souci de démocratisation<sup>605</sup>. Il est à noter qu'on retrouve cette question dans le cas allemand. En effet l'art.28§2 RV prévoyait la possibilité de réunions du Reichstag avec les députés des seuls Etats concernés par une décision, Ernst Rudolf Huber soulignant que cette disposition pouvait sembler incompatible avec le rôle de représentation du peuple allemand qu'il avait<sup>606</sup>. Une loi constitutionnelle de 1873 a mis fin à cet article.

Un autre indice au soutien d'une représentation des citoyens européens peut être vu dans le choix des parlementaires, dès 1953, de siéger non selon la nationalité, mais selon l'appartenance partisane. Certes, des arguments vont dans le sens d'une représentation des intérêts nationaux, comme l'existence de délégations nationales au sein des groupes, ou le caractère national des campagnes des élections européennes, l'absence de mise en avant des partis européens au profit des partis nationaux. Par ailleurs, Olivier Costa voit dans la proposition non suivie de la résolution du Parlement de 1998 de réserver 20% des sièges à une circonscription européenne un autre élément, *a contrario*, en faveur d'une représentation des intérêts du seul peuple d'origine du député avec les circonscriptions actuelles. Il ajoute que l'art.190§2 al.3 CE, qui précise que dans l'hypothèse d'une modification du nombre de représentants élus dans chaque Etat, celui-ci "*doit assurer une représentation appropriée des peuples des Etats réunis dans la Communauté*", suggère "*un lien précis entre le cadre électoral que constitue chaque Etat et la représentation de son peuple au Parlement européen*"<sup>607</sup>. Mais ce paragraphe vise à traduire l'impératif démocratique de diminution des différences de proportion entre le nombre d'habitants représentés dans les différentes circonscriptions. En outre, il est à souligner que chaque député au plan national a le double statut de défense des intérêts de l'ensemble de la population et de prise en compte des intérêts des électeurs de sa circonscription sans que son statut de représentant du peuple soit remis en cause. L'ambiguïté n'avait été levée ni par la décision du Conseil n°2002/772, ni par le statut des députés de 2005 qui se contentait de citer dans ses considérants l'art.190 CE, mais elle l'est par le biais de l'art. 14§2 TUE issue de la version consolidée du Traité de Lisbonne qui parle de "*représentants des citoyens de l'UE*". Ingolf Pernice conclut à cet égard que la formulation de l'art.189 CE n'était qu'une "*relique du traité instituant la CEE de 1957 qui prévoyait seulement une assemblée sur le modèle des statuts du Conseil de l'Europe*"<sup>608</sup>.

**942.** Enfin, une identité de statut des députés européens peut se justifier par l'appartenance à une même assemblée et par leur qualité de représentant de l'ensemble des citoyens européens. Un tel statut unique a été adopté en 2005, mais il n'écarte pas toute différence entre les députés européens en fonction de l'Etat dans lequel ils ont été élus.

Concernant les salaires, un problème se posait à l'harmonisation car il fallait baisser le salaire des députés européens dans certains Etats et les augmenter fortement dans d'autres

<sup>603</sup> Rapport Vecchi sur l'application de l'art. 4 du règlement du Parlement européen, relatif à la participation aux séances et aux votes, 3 décembre 1993, doc. A3-0415/93, exposé des motifs, point IV.4.a.

<sup>604</sup> Résolution sur l'application de l'art. 4 du règlement du Parlement européen, relatif à la participation aux séances et aux votes, procès-verbal de la séance du 19 janvier 1994, n°53 II. Voir aussi en ce sens COT (J.-P.), Art. I-20, Le Parlement européen, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...* (op.cit. note 74), p.293.

<sup>605</sup> Zukunft... (op.cit. note 362), 21 octobre 2012.

<sup>606</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 309), Bd. III, p.880 note 20.

<sup>607</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.269.

<sup>608</sup> PERNICE (I.), *Plädoyer...* (op.cit. note 577), p.27.



conduisant à des problèmes d'égalité avec les députés nationaux. L'art.10 du statut, en vigueur depuis le 14 juillet 2009, prévoit finalement un même salaire pour les députés européen payé sur la base du budget européen. Toutefois, l'art.29 laisse aux Etats membres l'option de continuer pendant deux mandatures à payer eux-mêmes leurs eurodéputés au même niveau que leurs parlementaires nationaux. Les indemnités pour la présence au Parlement européen ont par contre toujours été les mêmes pour tous les députés européens ; avec le nouveau statut, elles sont simplement dues en fonction des coûts réels sauf en complément<sup>609</sup>.

Des différences entre députés existent toujours concernant le régime de l'immunité. Le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes de 1965 prévoit en effet au-delà de certaines règles communes posées dans ses articles 9 et 10 que les eurodéputés ont la même immunité que les parlementaires de leur parlement national. Si les différences de salaires pouvaient se justifier au regard des différences de niveau de vie entre les Etats, la différence de régime de l'immunité apparaît plus difficilement acceptable. Ainsi dans les autres systèmes fédéraux étudiés, s'il a pu être renvoyé pour les règles électorales ou sur certains autres points aux lois des Etats membres comme dans le cas américain avec l'art.I sect.4 Cl.1, l'immunité est prévue, souvent même par le pacte fédératif ; ainsi en est-il de l'art.30 CN (30 RV) pour le Reichstag, et de l'art.I sect.6 Cl.2 pour la Chambre des représentants.

#### **d) Les lobbies : atteinte à la démocratie ou complément de légitimité démocratique?**

**943.** Une dernière question est à soulever relativement au principe démocratique, celui de l'influence des lobbies sur le travail des députés européens. Olivier Costa souligne que les conceptions de l'intérêt général sont diverses selon les nationalités<sup>610</sup>. Un certain nombre de députés ne voient pas l'intérêt général comme la somme des intérêts particuliers de groupes, mais d'autres à l'instar de ceux issus du RU estiment qu'ils représentent non seulement des citoyens mais encore des "acteurs économiques et sociaux" et vont donc être plus sensibles aux lobbies. Enfin d'autres encore issus de systèmes plus consociatifs<sup>611</sup> comme la Belgique, les Pays-Bas et l'Autriche défendent l'intérêt général global mais aussi celui de la communauté (linguistique, religieuse,...) à laquelle ils appartiennent. Mais Olivier Costa poursuit que dans le cadre du Parlement européen, ces différentes positions se nivellent. Ainsi, la prise en compte des groupes d'intérêt a été intégrée par les députés quelle que soit leur tradition, même si les attitudes à leur égard continue à varier selon les habitudes nationales. Si le député européen est toujours face au dilemme entre la liberté qui s'impose par son mandat et la nécessité de ne pas trahir les citoyens qui l'ont élu, il doit défendre l'intérêt général en partant des différents intérêts à prendre en compte et non d'idées abstraites, ce qui les pousse à tenir compte des lobbies, même si la prise en compte varie selon les thématiques<sup>612</sup>. Ainsi, lors des débats techniques l'influence des groupes d'intérêt est importante, notamment parce qu'ils fournissent les informations que n'ont généralement pas les députés ; au contraire, lors des débats plus politiques elle est plus limitée<sup>613</sup>.

L'action de certains lobbies qui n'ont pas le soutien de l'opinion publique est plus forte lorsqu'il y a peu de publicité ; les groupes d'intérêt public recherchent au contraire la publicité et utilisent très largement le droit de pétition pour appuyer leurs revendications<sup>614</sup>. Des lobbies peuvent ainsi compenser un manque de moyens en obtenant le soutien de l'opinion publique,

---

<sup>609</sup> Chapitre IV de la décision du Bureau du Parlement européen des 19 mai et 9 juillet 2008 portant mesures d'application du statut des députés au Parlement européen et sect.III dudit chapitre.

<sup>610</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 23), pp.292-293.

<sup>611</sup> On prendra dans les développements démocratie consociative et démocratie de consensus comme expressions équivalentes, et comme la doctrine suisse l'utilise : on ne suivra pas le sens strict qui différencie consociationnalisme et consensus.

<sup>612</sup> COSTA (O.), *Ibid.*, pp.298-300.

<sup>613</sup> *Ibid.*, p.293.

<sup>614</sup> *Ibid.*, p.222 et pp.378-379.



comme dans le cas de la proposition de directive sur l'étiquetage de produits du tabac en 1991 où un amendement a été voté grâce à la forte publicité dont il bénéficie, malgré les moyens importants utilisés par l'industrie du tabac<sup>615</sup>.

Les lobbyistes vont parfois jusqu'à proposer des amendements entièrement rédigés à des députés choisis toujours pour leur influence dans le processus d'étude de la proposition<sup>616</sup>. Ils peuvent aussi tenter de passer par les délégations nationales et dans ce cas la représentation permanente au Conseil aura elle aussi fait l'objet d'approches, voire appuieront la démarche auprès des députés de leur nationalité.

Les cas où les députés se prononcent en faveur d'intérêts privés au détriment d'un intérêt public sont mis en avant pour critiquer l'influence négative des lobbies. Ainsi, suite à une action massive des producteurs d'emballages au plan européen avec relais de leur revendication auprès des délégations nationales, le Parlement européen a voté une proposition de directive sur les déchets d'emballage très en retrait par rapport à ce qui avait été décidé en première lecture à la suite de la mobilisation d'associations écologistes<sup>617</sup>.

Un risque de dérives peut par ailleurs exister avec les "cadeaux" offerts par les lobbyistes, et les aides au travail apportées aux députés, même si tout doit être déclaré<sup>618</sup>. La réglementation de l'activité des lobbies est en effet complexe en raison de la diversité des traditions nationales : ce qui est considéré comme un soutien normal par certains, est jugée comme un lien coupable par d'autres<sup>619</sup>.

Mais des lobbies représentant de nombreux intérêts divers sont présents à Bruxelles, Luxembourg et Strasbourg, si bien que pour une proposition, des groupes d'intérêts défendant des positions différentes vont chercher à influencer les députés, relativisant la vision de l'influence massive néfaste d'un seul groupe au détriment de l'intérêt général<sup>620</sup>. En outre, si la transparence qui caractérise le Parlement européen permet aux lobbies de savoir qui contacter, le système de réunion de majorité au Parlement est plus compliqué que dans un système parlementaire classique, si bien que la mobilisation des lobbies doit être plus importante et toucher proportionnellement plus de députés. Enfin, les différences de légitimité entre les trois institutions rendent les résultats incertains car il ne suffit pas de convaincre un parti ou même une majorité de députés. Ainsi, Olivier Costa donne l'exemple d'une proposition sur la publicité pour le tabac qui a vu s'opposer les associations de nombreux lobbies et pour laquelle le parlement avait fait prévaloir la santé, mais qui a finalement abouti à un résultat beaucoup plus en faveur des intérêts économiques suite à une position dans ce sens de la Commission et du Conseil<sup>621</sup>.

Enfin, il est à noter que les lobbies ne sont pas seulement les défenseurs d'un intérêt, ils fournissent aussi des informations techniques utiles aux députés pour s'affranchir des données de la Commission<sup>622</sup>. Cela leur permet d'avoir des perspectives différentes, une vision plus critique par rapport à la proposition de la Commission. Ceci n'est justifiable que s'il ne s'agit bien que de complément, que si les députés conservent un libre arbitre et décident en conscience à la lecture des différents points de vue. A cet égard, si les moyens du Parlement européen sont moins élevés que ceux du Congrès américain<sup>623</sup>, il reste qu'ils permettent aux députés européens d'obtenir une certaine base d'informations par eux-mêmes et d'avoir du recul par rapport aux

---

<sup>615</sup> *Ibid.*, p.372.

<sup>616</sup> *Ibid.*, p.368.

<sup>617</sup> *Ibid.*, pp.376-377.

<sup>618</sup> *Ibid.*, p.370.

<sup>619</sup> Voir : *Ibid.*, pp.387 à 389 sur le cheminement de ce processus et les obstacles. Voir aussi les développements sur les lobbies dans les rapports avec la Commission : *supra* §1 B 1) a).

<sup>620</sup> Souligné notamment par : *Ibid.*, p.379.

<sup>621</sup> *Ibid.*, p.372.

<sup>622</sup> *Ibid.*, p.381.

<sup>623</sup> Voir pour des précisions : TOINET (M.-F.), *Le système...* (*op.cit.* note 601), p.126.

données apportées par les lobbies. Les députés sont aidés par des fonctionnaires au sein du Secrétariat général du Parlement européen, même s'ils ne sont pas aussi nombreux qu'à la Commission ou au Conseil et ne peuvent donc avoir des connaissances aussi approfondies des questions traitées<sup>624</sup>. Ils disposent en outre d'assistants, d'employés de leur groupe politique. Les auditions en commissions permettent enfin également au Parlement européen d'obtenir des informations complémentaires<sup>625</sup>.

**944.** En Suisse, le poids des lobbies sur les députés est potentiellement plus important que dans les parlements classiques<sup>626</sup>. Il existe en effet tout d'abord des liens étroits des députés des partis dits "bourgeois" avec le monde de l'économie en raison du caractère non professionnel des membres du Parlement. La rémunération des membres du Parlement est faible, ce qui ne permet pas à tout le monde de commencer une carrière politique. En outre, les députés exercent parfois leur autre activité au détriment du temps consacré au travail parlementaire. La plupart des députés interrogés trouvent ainsi leur activité parlementaire moins importante que leur autre activité. Ceci s'explique par la faiblesse du Parlement, les députés ayant l'impression que les décisions se prennent ailleurs, faiblesse qui a pour conséquence le peu de soutien à une professionnalisation du Parlement<sup>627</sup>. Tous ces éléments sont des entorses au principe démocratique.

L'impact de ces facteurs sur le rôle des lobbies doit toutefois être replacé dans son contexte. Hanspeter Kriesi note que les acteurs non étatiques ne doivent pas leur place importante à leur seul rôle en matière d'exécution ou de préparation des décisions, ni à un poids économique, ils la doivent également aux instruments de démocratie directe<sup>628</sup>. On les associe pour éviter qu'un d'entre eux qui serait mécontent puisse faire échouer une procédure législative en recourant à une demande de référendum. La menace d'organisation d'un référendum par des organisations d'intérêt public en cas de trop grande prise en compte d'intérêts privés joue un rôle préventif qui n'existe pas au niveau européen, sauf dans des cas particuliers où une campagne publique est organisée.

## **B. Un fonctionnement marqué par le compromis**

**945.** Olivier Beaud qualifie le Parlement européen de "*Parlement de travail*" par opposition à un "*Parlement de discussion*", et le rapproche du Congrès où là aussi l'essentiel se fait au sein des commissions<sup>629</sup>. Tout comme aux Etats-Unis, la structure partisane est assez peu homogène (1), mais si la faible discipline partisane conduit dans les deux cas à des discussions pour obtenir des majorités, le compromis qui caractérise la répartition des postes de direction (2) ainsi que le processus décisionnel (3) rapproche plutôt le Parlement européen de l'Assemblée fédérale suisse.

### ***1) Une structure partisane peu homogène***

**946.** Dans le cas allemand, Bismarck a cherché sous la Confédération du Nord et l'Empire à lutter contre la professionnalisation des députés en interdisant les indemnités (art.32 RV (art.32 CCN), mais cela n'a pas fonctionné car rapidement les partis créés ont mis en place des caisses pour soutenir leurs membres<sup>630</sup>. Les partis ont toutefois été vus avec méfiance jusqu'au début du

<sup>624</sup> En ce sens COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.198.

<sup>625</sup> Voir pour des détails sur ces auditions préparant la CIG : *Ibid.*, pp.355-356.

<sup>626</sup> Sur ces éléments cf. : PAPAPOULOS (Y.), *Les processus...* (op.cit. note 212), pp.108-110.

<sup>627</sup> Sur ces éléments voir : *Ibid.*, pp.111-112.

<sup>628</sup> KRIESI (H.), *Grundlagen der politischen Willensbildung*, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht...* (op.cit. note 67), p.421.

<sup>629</sup> BEAUD (O.), *Le projet...* (op.cit. note 573), p.98.

<sup>630</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 309), *Bd. III*, p.889.



XX<sup>e</sup> siècle dans la doctrine allemande qui les considérait comme des intermédiaires détruisant l'unité du peuple allemand et éloignant l'Etat des citoyens<sup>631</sup>. Il n'y avait pas non plus de soutien à une majorité gouvernementale ce qui pourrait plaider pour en faire un modèle de comparaison avec l'Union européenne, mais les partis européens, même s'ils sont encore à l'état d'embryon sont vus positivement, comme moyen de développer un espace public, ce qui, ajouté au décalage historique du contexte politique et médiatique, nous conduit à ne pas approfondir l'étude du contexte partisan allemand de cette période.

Avec la République fédérale au contraire les partis ont un statut constitutionnel en vertu de l'art.21 LF, renforcé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, notamment sous l'influence d'un de ses membres Gerhard Leibholz. Selon lui, l'élection se fait sur un programme et plus sur les seules qualités d'un représentant, le gouvernement est lié par la mission donnée par le vote, l'opposition décisive n'est plus entre gouvernement et parlement, mais entre le parti de gouvernement et le parti d'opposition<sup>632</sup>. Le système allemand moderne est caractérisé par des partis fédéraux homogènes, et une distinction classique des régimes parlementaires entre majorité soutenant le gouvernement et opposition, caractères que l'on ne retrouve pas dans le cadre de l'Union européenne.

**947.** Aux Etats-Unis, les partis sont primordiaux, pour pouvoir être un candidat susceptible d'avoir des chances d'être élu et c'est sur une base partisane que s'organisent les postes au congrès, mais une fois élus, les membres du Congrès manifestent une grande liberté de vote. En outre, les partis sont fortement organisés au niveau local, alors qu'au niveau fédéral il n'existe qu'une agrégation de partis étatiques aux positions très différentes, disposant d'une structure très lâche<sup>633</sup>. Chacun des deux grands partis se caractérise par une aile libérale et une aile conservatrice. Le Président américain n'est donc pas assuré d'un soutien s'il a une majorité dans les deux chambres du Congrès, il doit convaincre des députés individuels et non des partis<sup>634</sup>. Il n'y a en général pas de discipline partisane sauf à de rares périodes comme dans le cas des républicains sous la présidence Clinton<sup>635</sup>. L'opposition partisane joue dans moins de la moitié des votes, une grande partie des républicains et des démocrates votant sinon de la même façon<sup>636</sup>. Olivier Costa note la place de la prise en compte des différents intérêts des individus et des groupes par l'intermédiaire des lobbies que "*le fonctionnement démocratique repose sur la conciliation des intérêts, et non sur la confrontation des idéologies et des opinions politiques*" comme dans la plupart des parlements des Etats européens<sup>637</sup>. Il y a un accord sur les institutions et sur le "modèle sociétal", et une faible opposition entre groupes politiques<sup>638</sup>. Cela permet au Président de pouvoir gouverner alors qu'un parti différent de celui qui l'a soutenu est majoritaire au Congrès. Mais en même temps le système d'équilibre des pouvoirs est tel aux EU, que si les partis fonctionnaient selon une logique très disciplinée, le processus de décision serait bloqué<sup>639</sup>. On en a vu une illustration en 2011 avec la pression des membres du Tea Party au sein du Parti Républicain pour refuser toute négociation avec la présidence concernant la limite fixée pour l'endettement de l'Etat américain<sup>640</sup>.

<sup>631</sup> HEGER (M.), *Deutscher...* (op.cit. note 6), pp.187-189.

<sup>632</sup> *Ibid.*, pp.191-192 et p.194.

<sup>633</sup> GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit...* (op.cit. note 405), p.266 et note 50 ; sur les grandes différences cf. : SNEIDER (N. O.) (ed.), *House of Representatives of the United States*, Nova Publishers, 2001, pp.18-20.

<sup>634</sup> Voir : PACTET (P.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Droit constitutionnel*, 24<sup>e</sup> éd., A. Colin, 2005, p.224 ; CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel, Droit constitutionnel*, 20<sup>e</sup> éd., A. Colin, 2003, p.115.

<sup>635</sup> GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit...* (op.cit. note 405), p.266.

<sup>636</sup> TOINET (M.-F.), *Le système...* (op.cit. note 601), p.135. Voir aussi sur les partis américains : LASSALE (J.-P.), *Les partis politiques aux EU*, PUF, Paris, 1987, 108 p.

<sup>637</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.92.

<sup>638</sup> *Ibid.*, p.95.

<sup>639</sup> GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit...* (op.cit. note 405), p.266.

<sup>640</sup> USA : Streit um die Schuldengrenze Demokraten werfen "Tea-Party-Extremisten" Blockade vor,



**948.** L'Union européenne se caractérise par une faiblesse des structures fédérales partisanes tout comme aux Etats-Unis (a). Mais une étude plus approfondie met en évidence que le système politique suisse est plus proche du système politique européen et est donc plus approprié notamment en raison du caractère multipartisan et de la configuration des institutions européennes d'un point de vue politique ; cela explique les développements plus fournis qui lui sont consacrés (b).

#### **a) Le cas de l'Union européenne**

**949.** Tout comme cela a été largement le cas en Suisse, la création de groupes politiques a dans le cadre européen devancé celles de partis politiques. Très tôt, les parlementaires européens ont utilisé leur liberté d'organisation pour siéger en fonction de leur appartenance partisane et non plus de leur nationalité, dès une résolution de l'Assemblée du 16 juin 1953, et dès le 23 juin trois groupes ont été formés (socialistes, chrétiens-démocrates, libéraux). On notera qu'ils restent, dans leur forme actuelle, les trois principaux groupes du Parlement européen.

Tout comme c'est le cas aux EU où les démocrates du sud sont généralement considérés plus proches des républicains, ou entre les partis cantonaux composant les partis fédéraux suisses, au sein des groupes au Parlement européen, les partis nationaux ont des positions très différentes sur l'échelle gauche/droite selon les perspectives des populations<sup>641</sup>. Ces différences expliquent pourquoi de nombreux partis ont choisi de changer de groupes. Certes une homogénéisation idéologique a pu avoir lieu dans certains cas. Ainsi les Verts ne sont plus avec les eurosceptiques danois, ces derniers ayant rejoint la "gauche unitaire européenne" créée en 1994. Mais dans d'autres au contraire, on constate le phénomène inverse. Ainsi, le groupe PPE, groupe démocrate chrétien jusqu'en 1978<sup>642</sup>, qui avait un fondement dans les chrétiens démocrates fédéralistes européen (CDU/ CSU et chrétiens démocrates italiens en leur cœur) a perdu en homogénéité en incorporant les gaullistes et Forza Italia<sup>643</sup>, même si l'art. 3§3 de son règlement affirme toujours que ses "*membres [...] sont tenus de mener une politique poursuivant [...] le processus d'unification et d'intégration fédérale en Europe*". On remarque en outre que selon le règlement du PPE<sup>644</sup>, il y a en son sein des partis membres du parti PPE (art.3§1), il y a ceux qui souscrivent à son programme (art.3§2) et il y a des membres apparentés au groupe qui sont d'accord sur les éléments principaux mais ont le droit de promouvoir une vision différente des relations avec l'UE (art.4) et donc n'ont pas à respecter l'art.3§3 visant le projet d'Europe fédérale. Les démocrates européens (DE) dont faisaient partis les conservateurs britanniques se sont alliés au PPE de 1992 à 2009 sur la base de ce dernier article, contribuant là encore à affaiblir la cohérence idéologique du groupe<sup>645</sup>. Depuis 2009 existe un groupe à part des conservateurs et réformistes européens (CRE). D'une façon générale, on peut souligner l'importance du mouvement dans la composition des trois principaux groupes : en 1965, le groupe union démocratique européenne est créé par les gaullistes qui partent du groupe libéral, ils rejoignent le PPE en 1999 ; les élus de l'UDF ont quitté le PPE pour rejoindre l'ADLE en 2004 ; les élus du parti italien de la Marguerite ont rejoint le groupe ADLE en 2004, puis ils l'ont quitté au profit du groupe PSE en 2009 car la Marguerite avait entre-temps

---

*Süddeutsche Zeitung*, 22 juillet 2011 : <http://www.sueddeutsche.de/politik/usa-streit-um-die-schuldengrenze-demokraten-werfen-tea-party-extremisten-blockade-vor-1.1123238>.

<sup>641</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 23), p.328.

<sup>642</sup> Voir notamment le site du PPE : <http://www.eppgroup.eu/group/fr/ourhistory.asp>.

<sup>643</sup> En ce sens : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 22), p.78.

<sup>644</sup> [http://www.eppgroup.eu/group/docs/rules/rules-procedure2009\\_fr.pdf](http://www.eppgroup.eu/group/docs/rules/rules-procedure2009_fr.pdf).

<sup>645</sup> WESTLAKE (M.), *The European Commission and the European Parliament*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (*op.cit.* note73), p.270.

fusionné avec d'autres partis de gauche en Italie<sup>646</sup>.

En dehors des différences de positionnement idéologiques des partis nationaux censés appartenir au même courant politique européen, les Etats européens connaissent une diversité de fonctionnement du système partisan qui trouve une traduction au Parlement européen, même si elle est atténuée par la prise de décision de compromis qui y domine. Ainsi, il y a par exemple un bipartisme strict au Royaume-Uni, avec parfois comme c'est le cas actuellement le rôle du parti libéral comme tiers parti, et il y a une opposition forte tout comme dans le cas français sous la V<sup>e</sup> République entre le parti socialiste et l'UMP, alors qu'à l'inverse différents Etats comme les Pays-Bas ou l'Autriche ont fréquemment connu des grandes coalitions entre les deux principaux partis politiques, et même si en Allemagne ce n'est pas la règle au niveau fédéral, il y a eu deux cas de tels gouvernements sous la Loi fondamentale, et ces coalitions sont très fréquentes au niveau des Länder.

L'art.30 RIPE pose les conditions pour former un groupe à savoir avoir des "*affinités politiques*"(I), et être au minimum 25 provenant d'au moins un quart des Etats (II), afin de garantir la nature européenne du groupe. Il y a eu plusieurs "groupes techniques" lors de différentes mandatures<sup>647</sup>. En juillet 1999, un tel groupe, le "Groupe Technique des Députés Indépendants - Groupe Mixte", a été pour la première fois contesté par le Parlement au regard de la notion d' "*affinités politiques*". Le groupe était particulièrement diversifié puisqu'il comprenait des radicaux italiens pro-européens dont l'ancienne commissaire Emma Bonino, et des membres du Front National français, et de la ligue du nord italienne qui sont des opposants à l'intégration européenne. La décision de refus de ce groupe a fait l'objet d'un recours en annulation devant le TPI<sup>648</sup>. Le TPI indique certes dans son arrêt de 2001 que "*l'exigence d'affinités politiques entre les députés d'un groupe n'exclut pas [...] que ceux-ci expriment, dans leur comportement quotidien, des opinions politiques différentes sur tel ou tel thème précis, conformément au principe d'indépendance du mandat*" des députés européens<sup>649</sup>. Mais il poursuit qu'un "*tel rôle ne pourrait être assumé par un groupe technique ou mixte composé de députés niant toute affinité politique entre eux*"<sup>650</sup>. Le TPI a conclu au rejet du recours et le groupe a été dissous. Dans un rapport de 2000, la Cour des comptes critiquait aussi de façon détournée la création de groupes dans le seul but d'avoir plus de financement<sup>651</sup>. A la suite de

---

<sup>646</sup> Ce dernier changement explique pourquoi le PSE a changé de nom en 2009, pour devenir le groupe de "*l'alliance progressiste des socialistes et démocrates*" ; nous continuerons néanmoins à utiliser l'abréviation PSE pour désigner le groupe dans la suite des développements.

<sup>647</sup> En 1979 est créé le "groupe technique de coordination et de défense des groupes et membres indépendants" regroupant des italiens radicaux et d'autres petits partis de gauche, des régionalistes belges, anti-européens danois, un indépendant irlandais). Un nouveau groupe technique appelé "groupe arc-en-ciel" est mis en place en 1984 avec une composition modifiée (Verts, régionalistes, anti-européens danois, partis de gauche alternative) (Voir pour des précisions sur les différents groupes techniques : <http://www.europe-politique.eu/groupe-arc-en-ciel.htm>).

<sup>648</sup> TPI, ordonnance du 25 novembre 1999, *Martinez et de Gaulle c/ Parlement*, aff.T-222/99 R, Rec. p. II-3397.

<sup>649</sup> TPI, 2 octobre 2001, *J-C Martinez et C. de Gaulle c/ Parlement européen, Front national c/ Parlement européen, Emma Bonino e.a. c/ Parlement européen*, Aff. jointes T-222/99, T 327/99 et T-329/99, Rec. p.II-2823, pt.91.

<sup>650</sup> Aff. jointes T-222/99, T 327/99 et T-329/99, pt.148.

<sup>651</sup> "*Les clés de répartition des crédits relatifs aux dépenses administratives et aux activités d'information [...] impliquent que l'appartenance à un groupe ouvre droit par député à un volume de crédits substantiellement plus élevé que celui attribué aux membres non inscrits. Cela est de nature à expliquer la composition et le fonctionnement de certains groupes au sein desquels les délégations nationales, qui se résument parfois à un nombre très réduit de députés - voire à un député unique -, disposent d'une autonomie telle dans la conduite de leurs activités et dans l'utilisation de leur part des crédits que la question de la notion même de groupe [...] mérite d'être posée*" Cour des comptes européenne. Rapport spécial n° 13/2000 relatif aux dépenses des

l'arrêt du TPI, il a été ajouté à l'art.30§1 RIPE que le Parlement ne vérifie pas le respect des affinités politiques sauf si les membres indiquent ne pas en partager.

La question des critères de formation d'un groupe est fondamentale car le fait d'être un groupe permet de jouer un rôle déterminant dans la répartition des différents postes au Parlement européen, dans la répartition du temps de parole, dans la mise en place de l'agenda parlementaire, et dans le niveau de fonds et de personnel attribués<sup>652</sup>.

**950.** Les membres d'un groupe ayant la même nationalité forment une délégation nationale servant de lien avec le parti national correspondant; la plupart des délégations au sein des groupes les plus grands organisent des rencontres régulières afin de tenter d'avoir une position commune lors des discussions du groupe<sup>653</sup>, et le groupe tente de négocier des compromis entre les délégations. Toutefois, l'existence de ces délégations au sein des groupes est vue d'une part comme un moyen de communication entre les partis des différents Etats membres et entre le monde politique européen et étatique<sup>654</sup>, et d'autre part comme de nature à favoriser la création d'un espace public européen.

Le rôle autonome des délégations nationales dépend de la structuration plus ou moins intégrée du groupe, ainsi dans le groupe GUE/NGL ou dans les différents groupes souverainistes de droite ayant pu exister, il est beaucoup plus net que dans les groupes PSE, PPE, ELDR, Verts/ALE qui se trouvent soutenir un approfondissement de la construction européenne. Mais même au sein de ces derniers groupes, Olivier Costa note qu' "*au-delà des conflits d'intérêts nationaux, la cohabitation est souvent difficile sur le plan des conceptions politiques, par exemple entre les centristes français et les conservateurs britanniques au PPE, ou entre les ex-communistes italiens et les sociaux-démocrates allemands au PSE*"<sup>655</sup>.

Sur le plan des partis, il n'y a eu longtemps que des structures lâches regroupant des partis des Etats membres<sup>656</sup>. Les socialistes forment une confédération en 1974 très peu intégrée, les libéraux fondent en 1976 une "fédération libérale démocratique européenne" qui l'est un peu plus, mais ce sont les chrétiens démocrates qui en fondant le PPE en 1976 vont le plus loin, même si Francisco Roa Bastos note que le nom relève plus de l'affichage. Le PSE prend seulement en 1992 la place de la confédération de partis socialistes existant jusqu'alors. Le parti européen des libéraux, démocrates et réformateurs (ELDR) est quant à lui créé en 1993. Par la suite et surtout postérieurement à 2003 de nombreux partis européens ont été créés. L'alliance libre européenne (ALE) composé de partis régionalistes et nationalistes est créée en 1995. Le parti démocrate européen (PDE) est créé en 2004. Le parti vert européen est créé en 2004. Le parti de la gauche européenne est créé en 2004 par les communistes. Enfin plusieurs partis européens souverainistes ont été créés : en 2002 l'alliance pour l'Europe des nations, en 2005 l'alliance des démocrates indépendants en Europe qui a disparu en 2008, en 2006 l'alliance pour une Europe des démocraties.

---

groupes politiques du Parlement, *JOCE*, n° C 181 du 28.06.2000, p.1, pt.18.

<sup>652</sup> Pour des précisions voir : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.99.

<sup>653</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, pp.105-106.

<sup>654</sup> En ce sens : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.104.

<sup>655</sup> COSTA (O.), Le Parlement entre efficacité fonctionnelle et déficit politique, in : DUPRAT (G.) (dir.), *L'union européenne, droit, politique, démocratie. Droit, politique, démocratie*, PUF, 1996, p.157 note 3.

<sup>656</sup> ROA BASTOS (F.), Des "partis politiques au niveau européen" ? Etat des lieux à la veille des élections européennes de juin 2009, *Etudes et recherches n°71, Notre Europe*, mai 2009, pp.5-6.

[http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/Etud71-FRoaBastos-Partiseuropens-fr.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Etud71-FRoaBastos-Partiseuropens-fr.pdf). Voir aussi sur les développements des structures partisans européennes : DELWIT (P.), KÜLAHCI (E.), VAN DE WELLE (C.) (éd.), *Les fédérations européennes de partis : Organisation et influence*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2001, 252 p.

Il est à noter que groupes et partis européens divergent souvent. Ainsi, le Parti Vert est allié au parti ALE avec lesquels ils forment un groupe au Parlement européen. Le PDE a rejoint depuis 2004 l'ELDR au sein du groupe alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe (ALDE). Le PPE, PSE et ELDR jusqu'en 2004 par contre correspondent aux groupes PPE, PSE et ALDE.

La multiplication de la fondation de partis à partir de 2004 n'est pas un hasard. Les partis européens ne disposaient pas de statut et de cadre de financement jusqu'en 2003 et dépendaient à cet égard d'une mise à disposition de moyens par les groupes au Parlement européen. C'est dans ce contexte que la Cour des comptes européenne a, dans un rapport de 2000, indiqué que *"les aides au financement des partis politiques européens, de même qu'à d'autres formations apparentées, ne pouvaient pas être financées à partir de crédits prévus pour les activités des groupes"*<sup>657</sup>. C'est la même année que l'art.191§2 CE (224 TFUE) est introduit par le Traité de Nice qui donne une base juridique claire permettant l'adoption d'un *"statut des partis politiques au niveau européen"*. Un statut est finalement adopté en 2003<sup>658</sup> et un règlement de 2007 a ouvert la possibilité aux partis de créer des fondations pour leur financement<sup>659</sup>. Pour être reconnu parti au niveau européen il faut selon l'art.3 du statut notamment faire l'objet dans au moins un quart des États membres d'une représentation au sein d'assemblées (nationales, régionales ou au Parlement européen) ou d'un score de 3% des votes exprimés dans chacun d'entre eux aux élections européennes. En outre, il faut respecter (c) *"les principes sur lesquels l'Union européenne est fondée"* (liberté, démocratie, respect des droits de l'homme, et de l'État de droit) et (d) avoir participé aux élections au Parlement européen ou en avoir exprimé l'intention. Les partis européens respectant les conditions de cette disposition peuvent recevoir des fonds à partir du budget européen en en faisant la demande au Parlement européen chaque année selon l'art.4 du statut. Il est à noter que le Parlement européen peut décider d'exclure un parti pour violation des valeurs énoncées à l'art.3 (c) du statut selon l'art. 210 RIPE.

La structuration de ces partis reste faible, Francisco Roa Bastos les classant dans le stade coopération, intermédiaire entre les stades de simple "contact" et celui d' "intégration". Il correspond à l'existence d'une forme d'organisation au niveau européen, là où le stade de l'intégration suppose un transfert de compétences au niveau des prises de décision des partis nationaux au niveau européen, comme par exemple le choix des candidats<sup>660</sup>. Cette classification mise en place par Oskar Niedermayer présente neuf critères permettant de déterminer la place au sein d'un stade : communication hors des frontières entre membres des partis nationaux, existence d'une organisation européenne durable, réglementation des adhésions individuelles, existence et lien structurel entre sous-unités européennes organisées, principe de représentation des partis membres dans l'organisation, type de régulation des conflits internes, domaines de compétence des différents organes internes, utilisation de symboles communs, formulation de politiques communes<sup>661</sup>. Concernant plus particulièrement ce dernier critère, Francisco Roa Bastos note que les euromanifestes des partis sont très vagues et que les partis nationaux n'en tiennent en général que peu compte pour la campagne électorale, même s'il voit dans le "manifesto" du PSE en 2009, qui était plus précis, une possibilité de

<sup>657</sup> COUR DES COMPTES EUROPEENNE, Rapport spécial n° 13/2000 relatif aux dépenses des groupes politiques du Parlement, *JOCE*, n° C 181 du 28.06.2000, pp.1 et s., pt.47.

<sup>658</sup> Règlement n°2004/2003 du 4 novembre 2003 relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen.

<sup>659</sup> Règlement n°1524/2007 du 18 décembre 2007 relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen donne la possibilité pour les "partis politiques au niveau européen" de créer des fondations politiques européennes et de financer des campagnes politiques au niveau européen pour les élections au parlement européen.

<sup>660</sup> ROA BASTOS (F.), *Des partis...*(*op.cit.* note 656), p.16.

<sup>661</sup> NIEDERMAYER (Oskar), *Europäische Parteien ? Zur grenzüberschreitenden Integration politischer Parteien im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Francfort sur le Main, Campus, 1983, 275 p. (cité par : ROA BASTOS (F.), *Ibid.*, pp.16-17, qui les présente plus précisément dans la suite de son étude.

début d'évolution sur ce point<sup>662</sup>.

## b) Le cas de la Suisse

**951.** L'étude de l'expérience suisse permet de relativiser des éléments qui pourraient apparaître comme des particularités européennes de la faible structuration fédérale de la vie politique.

Les quatre principaux partis suisses sont le parti radical démocratique (PRD) créé en 1894, devenu le parti libéral radical (PLR) en 2009 suite à sa fusion avec le parti libéral avec lequel ils formaient déjà un groupe parlementaire au Conseil national et au Conseil des Etats depuis 2003, le parti des paysans, artisans, et bourgeois (PAB) créé en 1917 devenu union démocratique du centre (UDC) en 1971 par la fusion avec de petits partis, le parti socialiste suisse (PSS) fondé en 1888, et le parti démocrate chrétien créé en 1912. On constate que la part des quatre grands partis (PDC, PRD, PSS, et de l'UDC) aux élections nationales est resté jusqu'en 1963 autour de 90 %, et si leur part a pu dans l'intervalle baisser jusqu'à 70%, ils sont revenus à partir de 1995 aux alentours de 80%<sup>663</sup>. La structuration de ces partis au niveau fédéral a souvent pris du temps ; ils existaient antérieurement au niveau cantonal et ont généralement eu un groupe parlementaire avant d'être créés en tant que parti<sup>664</sup>, tout comme cela a été le cas dans l'Union européenne.

Pour former un groupe, les conditions sont plus souples qu'au niveau européen, il suffit d'avoir cinq membres à l'Assemblée fédérale<sup>665</sup>, ce qui a par exemple permis au parti bourgeois démocratique (PBD) créé en 2008 d'avoir un groupe à partir de cette date alors qu'il ne disposait alors que de six membres élus (5 au Conseil national, 1 au Conseil des Etats).

Les partis ont en Suisse une base essentiellement locale<sup>666</sup>. Daniel-Louis Seiler énumérait en 1987 les manifestations de la très faible organisation des partis au niveau fédéral : "*un seul groupe pour les deux chambres, insuffisance de l'infrastructure administrative qui leur est dévolue, peu de pouvoirs attribués aux chefs de groupes et, ce qui rend le contrôle exercé par le parti sur les députés très difficile, ces derniers ne siègent pas par groupes parlementaires dans l'hémicycle*"<sup>667</sup>. Au contraire, il soulignait que les partis étaient bien organisés au niveau cantonal, qu'ils entretenaient avec leur groupe au parlement cantonal une relation équivalente à celle entre les partis et les groupes au sein des chambres des Etats européens, et, élément de rapprochement avec les rapports des délégations nationales au Parlement européen, il relevait que les "*partis cantonaux exer[çaient] d'ailleurs un certain contrôle sur leurs élus fédéraux*"<sup>668</sup>. Ce double constat demeure valable, Hanspeter Kriesi note ainsi que "*les partis fédéraux ne sont au mieux que des fédérations décentralisées [...], au pire, des coalitions de partis cantonaux*" et que "*la campagne électorale est fortement décentralisée et les élections se jouent canton par canton*"<sup>669</sup>. Il relève une grande diversité des positions des partis selon les cantons<sup>670</sup>.

Il n'y a pas de parti fondé sur la langue comme en Belgique, à l'exception des cantons de

---

<sup>662</sup> ROA BASTOS (F.), *Ibid.*, p.27.

<sup>663</sup> KRIESI (H.), *Grundlagen ... (op.cit. note 628)*, p.416.

<sup>664</sup> HEGER (M.), *Deutscher... (op.cit. note 6)*, p.198. Voir sur les partis suisses : MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), SCHORDERET (P.-A.), *Les partis politiques suisses : traditions et renouvellements*, Michel Houdiard, 2009, 458 p.

<sup>665</sup> Voir le site de l'Assemblée fédérale sur les groupes parlementaires, les conditions, leur répartition depuis 1912 : <http://www.parlament.ch/f/organe-mitglieder/bundesversammlung/fraktionen/Pages/default.aspx>.

<sup>666</sup> MACHERET (A.), buts et spécificités du droit constitutionnel suisse, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht... (op.cit. note 67)*, p.139.

<sup>667</sup> SEILER (D.-L.), *Enjeux... (op.cit. note 112)*, p.116.

<sup>668</sup> *Ibid.*, p.119.

<sup>669</sup> KRIESI (H.), *Le système... (op.cit. note 78)*, pp.36-37, et p.42. Voir aussi ID., *Grundlagen... (op.cit. note 628)*, p.417.

<sup>670</sup> *Ibid.*, p.37.



Berne et du Tessin, ce qui était expliqué par Arend Lijpart en 1979 par la concentration territoriale linguistique, par opposition aux groupes religieux qui sont éparpillés, et qui marquaient selon lui plus le clivage politique, même si certaines régions étaient restées essentiellement catholiques<sup>671</sup>. On trouve aussi classiquement un autre clivage ville-campagne, l'ancêtre de l'UDC, le PAB, a ainsi été créé pour défendre les intérêts ruraux face aux radicaux plutôt urbains, et trouve son origine dans les cantons protestants de Suisse alémanique<sup>672</sup>.

En 1987, Daniel-Louis Seiler indiquait qu'il existait une aussi grande diversité entre la structure partisane des cantons suisses qu'entre les pays européens<sup>673</sup>. Ainsi par exemple le PDC était absent de Neuchâtel et faible dans le parlement vaudois et bernois, mais il dominait au contraire un multipartisme dans les cantons de Valais et de Zoug, rappelant la configuration politique italienne de 1947 aux années 1990. Le parti libéral petit parti au niveau fédéral était fort à Vaud, Genève, et Neuchâtel, moyennement important à Bâle-Ville et n'existait pas alors ailleurs. Schaffhouse connaissait un bipartisme gauche-droite (PSS, PRD). Les partis de gauche dominaient à Neuchâtel. Cette diversité demeure, même si la structure partisane a évolué<sup>674</sup>. A partir des années 90, le clivage religieux a reculé au profit du clivage linguistique entre les cantons francophones et germanophones, comme on le voit notamment sur les questions européennes<sup>675</sup>, ainsi que d'un nouveau clivage qui provient des "gagnants" et "perdants" de l'évolution mondiale dès le début des années 1990 : l'UDC a choisi ce créneau en se radicalisant<sup>676</sup> et est devenue la principale force fédérale<sup>677</sup>.

## 2) *Le compromis dans la répartition des postes de direction*

**952.** On constate en Suisse comme dans l'Union européenne, que la répartition des postes est marquée par le compromis. Certes, une part des postes est également répartie entre les partis représentés dans de nombreux parlements, notamment en Allemagne, mais le phénomène est bien plus poussé dans en Suisse et dans l'UE.

Le compromis commence avec la présidence temporaire avant l'élection du président officiel du Président de la chambre. En Suisse, l'art.3 (1) c RICN prévoit pour l'élection du Président du Conseil National que c'est le conseiller national membre depuis le plus longtemps sans interruption. Au Parlement européen, la présidence revenait à l'aîné des députés européens qui, selon la pratique, faisait un court discours avant que l'on procède au scrutin. Le risque de l'aléa lié au critère de l'âge a conduit, en 1989, le membre du Front National Claude Autant-Lara à en être chargé et son discours provocateur, qui fit sortir les députés qui ne l'avaient pas déjà boycotté, conduisit à abandonner tout d'abord la pratique du discours<sup>678</sup>. Finalement, le règlement intérieur a été modifié au printemps 2009 pour éviter la présidence par l'ancien président du Front National Jean-Marie Le Pen. L'art.12 RIPE prévoit désormais que c'est le Président précédemment en exercice qui préside ou à défaut un de ses vice-présidents, gardant de tout fruit du hasard. Dans le cas allemand de la Loi fondamentale, le §1 al.2 RIBT prévoit que le membre le plus âgé préside jusqu'à ce que le Président soit élu.

De même, que les vice-présidents soient répartis entre les différentes fractions en fonction de leur poids et que les candidats officiels des partis soient élus<sup>679</sup> n'est pas une singularité

---

<sup>671</sup> Cité par : *Ibid.*, pp.27-28.

<sup>672</sup> *Ibid.*, p.29.

<sup>673</sup> SEILER (D.-L.), *Enjeux...*(*op.cit.* note 112), pp.119-120.

<sup>674</sup> Voir les différents sites des parlements cantonaux.

<sup>675</sup> KRIESI (H.), *Le système...*(*op.cit.* note 78), pp.29-30.

<sup>676</sup> *Ibid.*, p.30.

<sup>677</sup> Voir pour des précisions sur l'évolution du paysage partisan : *Ibid.*, pp.23-24 ; ID., *Grundlagen...*(*op.cit.* note 628), p.415.

<sup>678</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 22), p.118.

<sup>679</sup> En juillet 2009, 5 PSE, 5 PPE, 2 ADLE, 1 Vert, 1 CRE ont été élus. Voir sur les tentatives de candidatures



européenne<sup>680</sup>. Les vice-présidents sont élus à la majorité absolue des suffrages exprimés selon l'art.15 RIPE, pour une durée de deux ans et demi, soit la moitié de la législature (art.17 RIPE). Ils remplacent le Président dans ses tâches, si nécessaire (Art.21 RIPE), notamment concernant la présidence des séances, et sont chargés chacun d'un secteur particulier (conciliation, relations avec les parlements nationaux,...). Leur rôle en pratique dépend très largement de l'importance du groupe politique auquel ils appartiennent ou de la volonté de représentativité de la nationalité qu'ils ont<sup>681</sup>. En Suisse, il n'existe que deux postes de vice-présidents ce qui ne permet pas une représentation de l'ensemble des fractions, mais l'art. 6 RICN prévoit que tout comme le Président, ils sont élus par les membres du Conseil national chaque année en tenant "*compte équitablement de la force numérique des groupes et des langues officielles*". Actuellement les deux vice-présidences sont occupées par une élue écologiste, ce qui permet de compenser l'absence de participation au Conseil fédéral, et par un élu du PDC, ce qui peut être vu comme compensant l'absence de second conseiller fédéral alors que le nombre de représentants au sein de l'Assemblée fédérale n'est pas très éloigné de celui du PLR qui en dispose de deux. Dans le cas allemand de la Loi fondamentale, on trouve également une représentation des différentes fractions parmi les vice-présidents du Bundestag. Le §2§1 RIBT précise que chaque fraction a au moins un vice-président.

L'organisation du fonctionnement du Parlement européen et du Conseil national est aussi marquée par le compromis. Dans le cas du Parlement européen, l'organe essentiel est la Conférence des présidents. Selon l'art.24 RIPE, elle est composée du Président du Parlement et des présidents des groupes politiques et décide par consensus ou, à défaut, vote selon un système de pondération qui est fonction du poids de chacun des groupes, les non inscrits disposant d'un représentant sans droit de vote. Parmi ses fonctions qui sont énumérées à l'art.25 RIPE, les principales sont : la discussion de l'agenda du Parlement ; les propositions à la plénière concernant la détermination des commissions permanentes qui sont constituées selon l'art.183 RIPE, et concernant leur composition (en combinaison avec l'art.186§1 RIPE qui pose un cadre à ce choix) ; le règlement des conflits de compétence entre les commissions (en combinaison avec l'art.188§2 RIPE)<sup>682</sup>. La clef de répartition proportionnelle permet au PPE et au PSE d'avoir un poids déterminant au sein des différentes instances, depuis qu'en 1993 la Conférence des présidents a remplacé le bureau élargi pour prendre les décisions fondamentales d'organisation<sup>683</sup>.

En Suisse, le bureau du Conseil national dispose d'un rôle comparable à la Conférence des présidents du Parlement européen. Il est composé selon l'art.8 RICN du Président, des vice-présidents, des présidents des groupes politiques et de quatre "scrutateurs" dont la nomination des titulaires et suppléants est répartie entre les groupes selon le §3. L'art.9 RICN précise ses compétences parmi lesquelles : la préparation de l'agenda du Conseil national, la fixation des compétences des commissions, la répartition des propositions de lois entre les commissions, l'arbitrage des conflits de compétences entre les commissions.

On retrouve ce type d'instance dans le cas allemand avec le Conseil des Anciens (Ältestenrat) (§6 RIBT). Composé du Président du Bundestag, de ses vice-présidents et de 23 membres des fractions en proportion de leur poids respectifs selon le §12 RIBT. Le §20 al.1 prévoit notamment qu'il détermine l'ordre du jour du Bundestag.

---

dissidentes CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.122.

<sup>680</sup> Nous précisons à titre indicatif qu'il n'existe pas aux Etats-Unis de vice-présidence et selon l'art.I§8 RCR prévoit qu'un "speaker pro tempore" est nommé par le Speaker pour quelques jours pour le remplacer pour la présidence des séances.

<sup>681</sup> En ce sens : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *Ibid.*, p.116.

<sup>682</sup> Pour des précisions : *Ibid.*, pp.123-124.

<sup>683</sup> COSTA (O.), *Le parlement...(op.cit. note 23)*, p.452. En effet, les voix n'étaient pas pondérées dans le bureau élargi et comprenait contrairement les vice-présidents du Parlement, ce qui permettait aux petits groupes de contrebalancer les grands

Les Etats-Unis constituent un cas bien distinct, il n'y a pas de fixation de l'ordre du jour globale par un organe transpartisan, et les positions des auteurs sur le rôle individuel des membres du Congrès, ou des partis et notamment du parti majoritaire varient<sup>684</sup>. Le règlement intérieur ne pose pas de cadre particulier, chaque commission décide de son ordre du jour, son président y jouant un rôle important en pratique selon Stanley Bach<sup>685</sup>. Les projets de lois doivent être acceptés par les commissions pour pouvoir être inscrits à l'ordre du jour des plénières.

**953.** Les commissions parlementaires sont un autre exemple de l'importance de la répartition proportionnelle. L'élection des membres des commissions a lieu sur proposition de la Conférence des présidents par l'ensemble des députés (art. 186 RIPE), pour deux ans et demi (art. 183 RIPE). Les présidents des commissions sont officiellement élus par leurs membres (art.191 RIPE), mais les postes sont en pratique répartis entre les groupes par un accord entre eux en fonction de leur poids respectifs, les groupes décident ensuite de leurs candidats en fonction du poids des délégations nationales. On le voit car quand un candidat officiel n'est pas élu, l'élection d'autres présidences de commissions peuvent être bloquées. Ainsi en 2004, la commission pour les femmes n'ayant pas au départ soutenu l'élection du candidat officiel du PPE, l'élection de la candidate PSE pour la commission économique a été bloquée jusqu'à ce que le premier ait été élu<sup>686</sup>. Les présidences sont généralement courtes compte tenu des contraintes à la fois d'équilibre partisan et, en leur sein, entre les membres des partis nationaux<sup>687</sup>.

D'une façon analogue au schéma européen, l'art.15§1 RICN prévoit non seulement que les membres des commissions du Conseil national suisse sont répartis entre les groupes d'une façon proportionnelle, mais encore que les présidences des commissions le sont selon le même système. L'art. 17 RICN prévoit un mandat de deux ans pour ces dernières, non immédiatement renouvelable (II), et de quatre ans pour les membres (I), sachant qu'il n'est pas prévu de modification en cas de changement de groupes par des membres sauf en cas de constitution d'un nouveau groupe ou de surreprésentation ou sous-représentation importante d'un groupe (V). Toutefois, l'organe de nomination diffère par rapport au contexte européen puisque l'art. 9§1 g RICN précise que c'est le bureau qui "*nomme, sur proposition des groupes, les présidents, les vice-présidents et les membres des commissions*".

En Allemagne, le §12 RIBT précise que la composition des commissions du Bundestag ainsi que la répartition de leur présidence se fait en fonction du poids des différentes fractions.

Aux Etats-Unis, la nomination des membres des commissions permanentes de la Chambre des représentants se fait officiellement par la plénière, leur composition est proportionnelle au rapport partisan de la plénière<sup>688</sup>, les candidats ayant été désignés par les partis au sein d'un caucus ou d'une conférence. Au sein de chaque parti, des répartitions ont lieu pour tenir compte des différents courants idéologiques, des origines géographiques (art. X 5 (a) (1) RCR). Mais au contraire de la Suisse et de l'UE, les présidents des commissions sont élus par la chambre parmi les membres du parti majoritaire (art. X 5 (c) (1) RCR).

**954.** Le compromis au niveau de la direction du Parlement européen est par contre une

---

<sup>684</sup> Voir pour deux positions différentes : BACH (S.), *The legislative process in the House floor*, in : SNEIDER (N. O.) (ed.), *House of Representatives of the United States*, Nova Science Publishers, Huntington, 2001, pp.21 et s. ; COX (G.), MCCUBBINS (M.), *Setting the Agenda : Responsible Party Government in the US House of Representatives*, April 2004, Cambridge University Press, 2005, pp.2 et 3.

<sup>685</sup> BACH (S.), *Ibid.*

<sup>686</sup> Exemple cité par : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.130.

<sup>687</sup> Voir le tableau des présidences de commissions de 1979 à 2007 : *Ibid.*, pp.151-155.

<sup>688</sup> Sauf pour la commission du budget (rule X 5 (a) (2) RCR); et la commission sur l'éthique (rule X 5 (a) (3) RCR.



particularité européenne. Il est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés pour deux ans et demi (art.14 RIPE). En pratique, en 1989, 1994, 2004, et 2009 un accord entre PSE et PPE a été conclu, chaque formation ayant son candidat à la présidence pendant deux ans et demi. Cet accord pour la présidence est régulièrement critiqué par les petits groupes, mais aussi au sein même des deux grands. Ainsi, Catherine Lalumière, membre du PSE, s'est portée candidate pour dénoncer un accord qu'elle considérait avoir été nécessaire au début de la construction européenne mais devenu dangereux en termes de légitimité démocratique<sup>689</sup>. En 1999, on s'est demandé si l'accord PPE-DE et ADLE pour la présidence constituait un signe de préfiguration d'un clivage partisan<sup>690</sup>. Mais il s'est plutôt agit d'une parenthèse puisqu'en 2004 l'accord PPE / PSE est redevenu d'actualité avec Josep Borrell (PSE) Président jusqu'en 2007 et Hans-Gert Pottering (PPE) de 2007 à 2009, même si le premier a eu à faire face à un challenger populaire, Bronislaw Geremek (ADLE) qui a obtenu 208 voix contre 388 voix pour Josep Borell. En 2009, cet accord a été confirmé avec la présidence de Jerzy Buzek (PPE) jusqu'en décembre 2011, et celle à partir de janvier 2012 de Martin Schulz (PSE).

En Suisse, l'art.6 RICN prévoit que le Président est élu par les membres du Conseil national chaque année par la fraction la plus importante, ainsi à l'heure actuelle le président est issu de l'UDC.

En Allemagne, le §2 RIBT précise que le Président du Bundestag est élu par les membres du Bundestag pour la durée de la législature. C'est en pratique la fraction la plus importante qui a la présidence.

Aux Etats-Unis, la présidence de la chambre des représentants revient au "Speaker" qui, contrairement à la pratique dans la plupart des parlements de neutralité de la présidence, est en même temps le leader du parti ayant obtenu la majorité à la chambre<sup>691</sup>.

### **3) L'expression du compromis dans le processus de décision**

**955.** L'expression du compromis se retrouve au niveau décisionnel. Dans l'Union européenne, les petits partis critiquent régulièrement les arrangements entre les PPE et PSE<sup>692</sup>, et les premiers dénoncent au-delà du "caractère oligarchique" de telles prises de décision par consensus entre les dirigeants de groupes au sein d'organes non publics comme la Conférence des Présidents, les réunions entre coordinateurs,... Il en est de même des députés "du rang", c'est-à-dire ceux qui n'ont aucun poste au Parlement européen (ni dans la structure partisane, ni dans la structure parlementaire elle-même), qui n'acceptent pas forcément de suivre les compromis qui ont été réalisés par les dirigeants au cours de négociations auxquelles ils n'ont pas participé<sup>693</sup>.

Nous nous intéresserons à la place du compromis dans le processus pour trouver une majorité sur un texte (a), dans le fonctionnement des commissions (b), et enfin au stade de l'assemblée plénière (c).

#### **a) L'expression du compromis dans la construction des majorités**

**956.** La construction de majorités au niveau du Parlement européen est plus ou moins difficile selon les formes requises<sup>694</sup>.

---

<sup>689</sup> Elle obtint 177 voix contre 338 pour J. M. Gil-Robles. En outre, les PPE N. Fontaine et G. Anastassopoulos voulurent se présenter en challenger mais la retirèrent sous la pression de leur groupe (Voir pour des précisions : COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.455).

<sup>690</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.459.

<sup>691</sup> TOINET (M.-F.), *Le système...* (op.cit. note 601), p.128.

<sup>692</sup> En ce sens *Ibid.*, p.338.

<sup>693</sup> *Ibid.*, p.309.

<sup>694</sup> On distingue ainsi la majorité des suffrages exprimés (majorité de principe sauf disposition contraire selon

Un consensus large peu tout d'abord être nécessaire quand le Parlement veut s'affirmer face aux autres institutions, soit en tant qu'institution dans la perspective de l'équilibre institutionnel, soit eu égard à une position ou une proposition défendue dans une résolution ou par rapport à un texte législatif. Cette affirmation en tant qu'institution est une particularité qu'on ne retrouve pas dans les autres systèmes fédéraux étudiés car il y a eu dans ce cas le passage d'un système institutionnel simple restreint à une Diète à un système institutionnel plus complexe en une fois, alors que dans l'UE l'équilibre institutionnel est encore en mouvement<sup>695</sup>. Le vote d'une résolution adoptée de 1996 concernant la CIG qui allait aboutir au Traité d'Amsterdam est une illustration. Elle a été adoptée par 328 voix contre 34 (des députés non inscrits) avec 83 abstentions de députés à qui leurs groupes avaient demandé de manifester ainsi leur opposition "*afin de ne pas compromettre la défense des intérêts de l'institution*"<sup>696</sup>.

Dans d'autres cas, une majorité importante est requise par les textes. Or, il est difficile de réunir de larges majorités en dehors de l'accord entre les deux principaux groupes, PPE et PSE, qui ont alors tendance à dominer les négociations, voire à écarter les autres groupes<sup>697</sup>. Même lors de la législature de 1999 à 2004, l'accord entre PPE-DE et ALDE s'est restreint à la présidence du Parlement européen car ces deux groupes ne réunissaient pas la moitié des membres du Parlement. Il s'agit donc au départ d'un choix de raison, renforcé parfois par la recherche de la facilité lors des négociations. Il faut en effet autrement pour un grand parti s'associer à de nombreux petits groupes avec lesquels il ne sera pas forcément facile de négocier étant donné leur diversité, les seuls groupes proches du PPE et du PSE ne suffisant pas à former une majorité.

Par contre, quand un vote à la majorité des suffrages exprimés suffit, tous les types d'alliances sont possibles : les clivages peuvent être droite/gauche, entre pro-européens et eurosceptiques, entre les deux grands groupes d'un côté avec le ralliement d'un ou plusieurs autres groupes face aux autres partis, des coalitions de circonstances parfois en raison d'intérêts nationaux ou sectoriels, ...<sup>698</sup>. Il est toutefois à noter que les dossiers plus politiques sur de grands textes législatifs font l'objet de clivages gauche-droite. Les positions du PPE et du PSE sont très différentes sur des sujets tels que par exemple le traitement du chômage ou l'organisation des relations avec les pays du Sud.

La question est discutée de savoir si le Parlement européen se normalise ou s'il reste caractérisé par la recherche de consensus. Les observateurs sont partagés. Il semble ne pouvoir exister de possibilité de majorité cohérente stable partisane, la droite et la gauche connaissent des divisions entre fédéralistes et eurosceptiques. Pour Richard Corbett, Francis Jacobs, et Michael Shackleton l'opposition entre fédéralistes et souverainistes reste plus forte que le clivage gauche/droite<sup>699</sup>. Une évolution est toutefois annoncée par d'autres auteurs qui soulignent que l'UE a augmenté son champ d'action à des domaines qui font classiquement l'objet de plus d'oppositions partisans que les champs d'actions originels de la Communauté européenne<sup>700</sup>.

---

l'art.231 TFUE (198§1 CE), la majorité des membres (ex: amendements à la position commune du Conseil en cas de procédure de codécision (art. 294 VII c TFUE (251§2 c) CE) ou avant le Traité de Lisbonne de la procédure de coopération (art. 252 c) CE)) ; avis conforme à l'adhésion d'un Etat (ex: art. 49§1 TUE (49§1 UE)), la majorité des trois cinquième représentant la majorité des membres (ex: amendements ou rejet en seconde lecture de la procédure budgétaire (art. 272 VI CE)), la majorité des deux tiers représentant la majorité des membres (ex: rejet définitif du budget (art. 272 VIII CE disparue avec le Traité de Lisbonne qui prévoyait dans ce cas uniquement la majorité des membres)).

<sup>695</sup> En ce sens : COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.448.

<sup>696</sup> *Ibid.*, respectivement p.449 note 20 et p.450 : Résolution sur le Conseil européen de Dublin, doc B4-1195/96

<sup>697</sup> COSTA (O.), *Ibid.*, p.328.

<sup>698</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.328 et p.444.

<sup>699</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.108.

<sup>700</sup> En ce sens cf. : HIX (S.), Pourquoi l'UE a-t-elle besoin d'une politique (gauche-droite) ?, in : La



**957.** Concernant la discipline de vote, les groupes au Parlement européen donnent des instructions de vote à leurs membres pour les propositions de texte et les amendements, mais la discipline est moins forte que ce que l'on connaît au sein des parlements des Etats membres<sup>701</sup>. Cela s'explique par différentes considérations. Il n'y a tout d'abord pas de gouvernement reposant sur une majorité cohérente et stable, nécessitant un soutien constant<sup>702</sup>. Le groupe est composé de membres issus de partis nationaux connaissant des divergences, et cette caractéristique conduit la plupart de groupes à accepter que des membres individuels ou des délégations votent en contradiction avec la position officielle, s'abstiennent ou ne prennent pas part au vote quand ce comportement occasionnel. On peut à cet égard citer l'art. 6 du règlement du groupe PPE qui précise que ses membres doivent "en règle générale" suivre les consignes de vote mais "ont le droit de voter selon leur conscience et leurs conviction politiques". Par ailleurs, les groupes au Parlement européen ne disposent que de moyens de pression limités pour faire respecter la discipline partisane. Un membre du groupe contrôle certes la présence, et le vote des députés du groupe, il est notamment possible selon l'art. 167 RIPE de demander un vote par appel nominal. Les groupes peuvent aussi allouer des postes plus intéressants au sein des commissions, ... lors de leur renouvellement tous les deux ans et demi., mais seuls les partis nationaux peuvent décider de sanctionner par une absence de présence sur les listes lors d'une prochaine élection par exemple. Un risque existe cependant en cas de menace de sanction visant plusieurs députés issus d'une même délégation nationale que cette délégation change de groupe, d'où l'importance du rôle de la persuasion plutôt que de la contrainte, et la marge laissée<sup>703</sup>. *A contrario*, les délégations nationales peuvent sanctionner un membre, notamment en le suspendant du parti, et les membres d'une délégation nationale suivront la position du parti national face au groupe en cas de pression de sanction.

En dépit de ces faibles pouvoirs, la plupart des groupes ont dans la pratique le soutien d'environ 80% de leurs membres ; les instructions sont remplacées par la méthode de la discussion, les positions du groupe étant le résultat d'un échange entre le coordinateur du groupe provenant de la commission parlementaire concernée et les dirigeants des délégations nationales<sup>704</sup>. La faiblesse du rôle des clivages nationaux pour la prise de décision au Parlement européen s'expliquerait en outre par la part réduite des questions pouvant conduire à de tels clivages dans le domaine des compétences de l'UE<sup>705</sup>. Par ailleurs, en dehors des souverainistes, les élus s'opposent sur des bases partisans ou d'intérêts sectoriels, mais pas sur le fondement de leur nationalité, les intérêts nationaux étant défendus au sein des groupes ; dans les rares cas où des délégations nationales décident de défendre des intérêts plus particulièrement nationaux en plénière en s'écartant du vote du groupe, elles cherchent à utiliser des arguments plus objectifs<sup>706</sup>. Comme le résumait Richard Corbett, Francis Jacobs et Michael Shackleton les qualités requises pour un députés national ne sont pas les mêmes que pour un député européen, le premier doit être un bon orateur, capable de répondre aux attaques de ses opposants, alors que le second doit avoir des qualités de négociateur, pouvoir convaincre les députés de 27 pays différents<sup>707</sup>. Il le doit : au sein de son groupe politique, lors des rencontres entre groupes pour

---

politisation de l'UE : remède ou poison, *policy paper*, *Notre Europe*, n°19, p.17 :

[www.notre-europe.eu/media/Policypaper19-fr.pdf](http://www.notre-europe.eu/media/Policypaper19-fr.pdf).

<sup>701</sup> Voir : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 22), p.108.

<sup>702</sup> COT (J.-P.), *Le Parlement...* (*op.cit.* note 54), p.130 (cité par : PLIAKOS (A.), *L'Union...* (*op.cit.* note 54), p.169).

<sup>703</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 23), p.324.

<sup>704</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.482. CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 22), pp.107-108.

<sup>705</sup> HIX (S.), NOURY (A.), ROLAND (G.), *Democratic politics in the European Parliament*, 2007, Cambridge University Press, pp. 54 et s.

<sup>706</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 23), p.484.

<sup>707</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 22), pp. 9-10.

former une majorité, enfin avec le Conseil des ministres.

Au sein des groupes européens, la consigne de vote est beaucoup plus suivie qu'aux Etats-Unis<sup>708</sup>, mais les majorités s'y forment à chaque vote sur un texte tout comme dans ce dernier cas<sup>709</sup>. Le rôle des leaders des partis ont certes dans le cas américain le rôle d'assurer une certaine cohérence du parti lors des votes à la chambre, et sont assistés par les "whips" qui ont pour rôle de maintenir le lien avec les membres du parti, de recueillir leurs points de vue, de rassembler autour des positions du leader<sup>710</sup>. Mais en pratique, le positionnement des membres du parti sera variable selon les périodes et les sujets.

En Suisse, alors que la discipline partisane au sein des groupes politiques est traditionnellement faible, surtout dans le cas des partis dits "bourgeois", l'UDC vote toutefois de façon de plus en plus homogène au sein de l'Assemblée fédérale, Hanspeter Kriesi notant que "*cohésion parlementaire et radicalisation idéologique vont ici de pair*", l'UDC prenant des positions très offensives difficilement compatibles avec la concordance<sup>711</sup>.

**958.** Il est enfin à noter que les députés membres de groupes politiques différents partageant un intérêt pour une même question peuvent former des "intergroupes" (art.32 RIPE). Ces réseaux transpartisans peuvent servir à faciliter les compromis et donc la réunion d'une majorité au Parlement. Certains intergroupes sont parvenus, au-delà du Parlement européen, à avoir une influence auprès de la Commission, obtenant d'elle qu'elle fasse des propositions allant dans le sens de leurs revendications, puis sur le Conseil afin de faire adopter ces propositions<sup>712</sup>. Un problème peut exister quand les intergroupes sont proches de lobbies défendant non pas un intérêt public mais des intérêts privés car cela peut sembler incompatible avec le mandat des députés. Certains peuvent apparaître plus particulièrement problématiques car ils sont financés par des groupes d'intérêt, comme l'intergroupe Kangourou, dont le but est l'élimination de toutes les entraves aux libertés de circulation à l'intérieur de l'UE, et qui est subventionné par des grandes entreprises<sup>713</sup>. Un problème de transparence sur leur financement ayant été mis en avant dans un rapport, la Conférence des Présidents a demandé en 1999 aux présidences de ces intergroupes de déclarer tout soutien financier et tout intérêt financier chaque année, de préciser leurs objectifs ; ils ont par ailleurs posé comme exigence à leur reconnaissance d'être soutenus par au moins trois groupes politiques, sachant que chaque groupe ne peut soutenir qu'un nombre restreint d'intergroupes<sup>714</sup>. Ceux qui ne sont pas déclarés ne peuvent obtenir de soutien financier ou logistiques des groupes (art. 32§2 RIPE).

On retrouve ici les difficultés pour obtenir un compromis sur des règles d'encadrement évoquées au sujet des lobbies en raison de la diversité des cultures parlementaires. Ainsi, les parlementaires britanniques sont habitués à avoir des avantages de groupes d'intérêt au RU, la seule condition posée étant celle de leur déclaration<sup>715</sup>. L'art. 9 IRPE prévoit une règle de transparence concernant les intérêts financiers des eurodéputés, les dispositions précises s'imposant à eux étant fixées annexe I du RIPE.

<sup>708</sup> HIX (S.), Pourquoi... (op.cit. note 700), p.17 ; COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.327.

<sup>709</sup> HIX (S.), *Ibid.*, p.17.

<sup>710</sup> La formulation choisie par Marie-France TOINET pour présenter leurs rapports est à cet égard édifiante: les whips transmettent "*les souhaits du leadership et en tentant de les convaincre de s'y rallier*" (*Le système...* (op.cit. note 601).

<sup>711</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...* (op.cit. note 72), p.28. Voir le problème au sein du Conseil fédéral de Christophe Blocher, et les rapports Conseil fédéral et députés au sein du Parlement : *infra* sect.II §3 B 2).

<sup>712</sup> Cf. COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), pp.347-348.

<sup>713</sup> Voir pour un tableau qui répertorie les intergroupes enregistrés et non enregistrés en 2007 : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.186.

<sup>714</sup> Voir pour des précisions sur cette évolution : *Ibid.*, p.187.

<sup>715</sup> Cf. COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.350.

Le Conseil national suisse connaît aussi le système des intergroupes prévu par l'art.63 de la loi pour l'Assemblée fédérale qui précise que leur création et leur composition doit être indiquée aux services du Parlement<sup>716</sup>.

## b) L'expression du compromis dans le fonctionnement en commission

**959.** Le compromis se retrouve au niveau du travail au sein des commissions du Parlement européen.

Une commission se voit confier la responsabilité d'une proposition venant de la Commission (art.45 RIPE) ou d'une proposition de texte non législatif (résolution) (art.47 RIPE), et l'avis d'une ou plusieurs autres peut être requis (art.49 RIPE). La répartition des textes entre commissions est préparée par des fonctionnaires de la DG pour la Présidence en accord avec les secrétariats des commissions<sup>717</sup>.

Au sein de chaque commission, un coordinateur est nommé par chacun des groupes politiques (art.192§1 RIPE). Il s'assure notamment de la présence du maximum des membres de son groupe lors des votes importants. Les coordinateurs se réunissent pour se répartir les postes de rapporteurs en fonction du poids respectif des groupes<sup>718</sup>. L'art.19 RICN prévoit en Suisse un système analogue.

Les autres groupes que celui dont est issu le rapporteur peuvent nommer des rapporteurs "fictifs" (art.192§3 RIPE) qui mènent les discussions pour leur groupe au sein des commissions et de la plénière. Pour les rapports importants, des réunions ont lieu entre le rapporteur officiel et les rapporteurs fictifs des autres groupes<sup>719</sup>. La position des coordinateurs est à l'interface puisque de défenseurs des positions de leur groupe lors des réunions qui les rassemblent, ils deviennent défenseurs des positions des autres coordinateurs auprès de leur groupe<sup>720</sup>. Les coordinateurs et les rapporteurs fictifs ont plus ou moins de marge de manœuvre selon les domaines. Elle sera importante dans les dossiers techniques qui nécessitent des compétences d'expertise dont ne disposent que peu de députés, et par contre très encadrée par leur groupe concernant des rapports enjeux plus politiques. Quand il existe des divergences au sein des groupes, les différents courants peuvent être représentés afin de ne pas mettre en danger l'accord final<sup>721</sup>. Enfin, les coordinateurs peuvent être présents lors de rencontres avec la Commission ou la présidence du Conseil.

Dans le cas de résolutions ne faisant pas l'objet de rapport car devant réagir à une question d'actualité, à des déclarations du Conseil ou de la Commission,... la recherche d'un compromis est effectuée par des rencontres entre groupes<sup>722</sup>.

Le rapporteur prépare la discussion au sein de la commission, il doit rédiger une ébauche de texte et le modifier en fonction des discussions<sup>723</sup>. Le rapporteur n'agit pas en tant que représentant du groupe auquel il appartient, mais de la commission, si bien que le rapport doit

---

<sup>716</sup> RS 171.10, la loi actuellement en vigueur date du 13 décembre 2002. Voir pour la liste à jour au 1<sup>er</sup> février 2012 :

<http://www.parlament.ch/d/organe-mitglieder/bundesversammlung/adressen-websites-fotos/Documents/parlamentarische-gruppen.pdf>.

<sup>717</sup> Pour des précisions voir : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.135.

<sup>718</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.404.

<sup>719</sup> Voir : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 22), p.141.

<sup>720</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 23), p.394.

<sup>721</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.441.

<sup>722</sup> *Ibid.*

<sup>723</sup> Quand cela concerne une proposition législative, le rapport indique si le Parlement doit ou non approuver la proposition, avec ou sans modification, précise s'il doit accepter sa base juridique et contient des propositions d'amendements avec une courte justification.



traduire ce qui est accepté par cette dernière et non son opinion. Il peut tenter de s'appuyer sur une majorité restreinte de la commission, mais cela peut être défait en plénière ; aussi, en règle générale, on retrouve ici encore la recherche d'un large consensus.

En principe, les commissions donnant un avis ne votent pas sur la proposition, elles peuvent simplement proposer des amendements sur lesquels la commission responsable va voter (art. 49 RIPE). Toutefois, des pratiques conférant plus de pouvoirs aux commissions donnant un avis se sont développées ; ainsi, il arrive par exemple que la ou les commission(s) donnant un avis se voient confier la rédaction d'une partie du rapport<sup>724</sup>. Par ailleurs, des procédures de discussion associant plus ou plus ou moins étroitement plusieurs commissions sont prévues aux art.50 et art.51 RIPE.

**960.** La configuration politique au Parlement fait que les députés sont poussés à rechercher des consensus au sein des commissions, ce qui est facilité par le fait que la participation à la même commission conduit souvent au développement de liens dépassant les clivages partisans. Les divergences d'intérêt peuvent ainsi être plus grandes avec les membres de leur groupe appartenant aux autres commissions et il tend à se développer en leur sein un esprit de corps<sup>725</sup>.

**961.** Aux Etats-Unis, Woodrow Wilson écrivait en 1981 qu' "*on n'est pas loin de la vérité lorsque l'on dit que le Congrès en session est le Congrès en représentation publique, alors que le Congrès dans ses salles de commission est le Congrès au travail*"<sup>726</sup>. Cette remarque est transposable au Parlement européen<sup>727</sup>.

### **c) L'expression du compromis lors de la prise de décision en plénière**

**962.** Le rapporteur de la commission du Parlement européen qui était en charge de la proposition présente en plénière le rapport adopté par cette commission ainsi que les avis donnés par la commission sur les amendements qui ont été déposés en plénière. La répartition du temps de parole est ensuite effectuée entre les groupes et les non inscrits (art.149§4 RIPE), puis chacun indique quelle part du temps alloué il utilise pour quel débat (art.149 V RIPE). En général les débats sont très calmes, voir mornes, contrairement à ce qui est le cas dans de nombreux parlements nationaux en raison de la rigidité de la réglementation du temps de parole, de la technicité des questions souvent traitées, de la traduction des interventions, mais également du renvoi des explications de vote après le vote pour gagner du temps.

L'essentiel se passe dans les commissions et au sein des groupes politiques ou des intergroupes où les débats sont beaucoup plus animés, notamment car dans ces différents cas la procédure est beaucoup plus souple qu'en séance plénière. Mais il peut arriver que des perturbations aient lieu en plénière comme lors du discours de clôture de la présidence française de l'UE par Jacques Chirac en 1995 en raison de sa décision de reprendre les essais nucléaires<sup>728</sup>. Mais surtout, des débats politiques, plus vivants, ont lieu suite lors de la présentation du programme et du rapport annuel de la Commission, des discours de la présidence de l'UE et désormais présidence du Conseil depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, mais aussi de déclarations des membres du Conseil européen, du Conseil, ou de la Commission.<sup>729</sup> Par ailleurs, selon l'art.141 RIPE, le Parlement peut organiser à chacune de ses sessions plénières un débat extraordinaire sur ce qui était auparavant appelé "*les problèmes*

<sup>724</sup> Pour des précisions voir : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.136.

<sup>725</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.151 et p.129.

<sup>726</sup> WILSON (W.), *Congressional Government*, Baltimore, the Johns Hopkins University Press, 1981, p. 69.

<sup>727</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.9.

<sup>728</sup> Voir pour des précisions : COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit. note 23*), p.414.

<sup>729</sup> Voir l'art.110 RIPE pour la procédure précise.



*d'actualité, urgents et d'importance majeure*". Enfin, l'art.122 RIPE prévoit la possibilité de débats sur des cas de violation des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit.

**963.** En général, le vote n'a pas lieu après les débats, car la plupart des votes sont regroupés à un moment précis afin de ne pas interrompre sans cesse des réunions qui ont lieu en parallèle des sessions plénières<sup>730</sup>. Tout comme aux EU (art.III 2 (a) RCR) et en Suisse (art. 56§3 RICN), il ne peut y avoir de procuration (art. 164 RIPE). Une procédure soulève des questions au regard du respect du débat démocratique. L'art.138 RIPE prévoit que dans le cas où moins d'un dixième des membres de la commission ayant étudié le texte votent contre la proposition, qu'elle soit législative ou non, elle est votée sans amendement en plénière à moins que des députés ou des groupes politiques représentant un dixième des membres du Parlement ne le demande. En outre, cet article précise que la proposition ne fait pas dans ce cas l'objet de débat sauf si un groupe ou quarante députés au moins le demandent, ou si la Conférence des présidents le propose. Richard Corbett, Francis Jacobs, et Michael Shackleton soulignent qu'il faut toutefois relativiser une procédure qui concerne essentiellement des textes techniques<sup>731</sup>.

**964.** L'issue d'un vote en plénière, n'est pas toujours assurée. Richard Corbett, Francis Jacobs et Michael Shackleton notent que "*la Commission, le Conseil, les Etats membres, les groupes d'intérêt et les députés eux-mêmes ont le plus grand mal à évaluer ce qui va advenir de l'examen des dossiers en raison non seulement de leur complexité et du raffinement de la structuration partisane de l'assemblée, mais également du caractère très ouvert de la délibération au sein des commissions, des groupes et – dans une moindre mesure – de l'assemblée plénière*"<sup>732</sup>. Les députés ont diverses appartenances (groupe, délégation nationale, commission, intergroupe,...). Or, des tensions existent entre ces diverses appartenances d'un député quand elles défendent des points de vue différents. Olivier Costa donne l'exemple d'un député luxembourgeois auquel le PPE a permis de défendre sa position en plénière et de ne pas participer à un vote concernant la question du déplacement envisagé du secrétariat de Luxembourg à Bruxelles ; la cohérence des votes du groupe a été ainsi respectée et la sensibilité nationale du député a été ménagée<sup>733</sup>.

Dans le cadre de la codécision, désormais procédure législative ordinaire<sup>734</sup>, le débat est dominé en première lecture par les spécialistes et par l'influence de la commission s'étant penchée sur le texte ; la seconde lecture voit plus de députés présents ne serait-ce qu'en raison de la majorité renforcée alors requise, et des lobbies intervenir qui ne s'étaient pas encore forcément manifestés sachant la commission chargée du rapport et les députés présents à la première lecture moins favorables à leur position<sup>735</sup>. Olivier Costa donne un exemple datant de 1994. Des rapports avaient été adoptés par la commission institutionnelle qui étaient hostiles à l'acceptation de l'élargissement à l'Autriche, la Suède et la Finlande sans modification préalable du système institutionnel et les débats en plénière, qui avaient été dominés par cette commission, étaient allés dans ce sens ; mais finalement le principe de leur adhésion a été pourtant validé lors du vote<sup>736</sup>.

<sup>730</sup> Souligné par : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.175.

<sup>731</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.146.

<sup>732</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit. note 23*), p.484.

<sup>733</sup> *Ibid.*, p.393 note 130.

<sup>734</sup> Voir sur cette procédure législative ordinaire : *infra* sect.II §2 A 1) c).

<sup>735</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit. note 23*), p.425. Voir aussi : *Ibid.*, p.471 : selon la commission saisie, l'accent sera mis sur des éléments différents. Olivier Costa donnait ainsi l'exemple des positions en faveur d'une diminution des dépenses agricoles lors des discussions sur le budget, sous l'influence de la commission budgétaire, et beaucoup plus soucieuses de l'intérêt des agriculteurs lors des discussions sur les prix agricoles sous l'influence de la commission agricole.

<sup>736</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 22)*, p.424.

## **Section II : La réalisation de l'équilibre des intérêts**

965. La traduction de l'équilibre des intérêts pensé par les auteurs du pacte fédératif européen (§2) suppose tout d'abord un certain nombre de mécanismes de protection (§1). Mais cet équilibre ne peut lui-même assurer une stabilité à la Fédération que s'il se révèle adapté au contexte dans lequel il s'inscrit, or cette adaptation peut présenter certaines difficultés (§3).

### ***§1. Les garanties de l'équilibre des intérêts***

966. Commission, Conseil, et Parlement européen bénéficiant de légitimités distinctes, il est tout d'abord primordial de garantir dans les traités que chacune de ces institutions est en mesure d'assurer de façon indépendante la défense de l'intérêt qui lui a été confié, condition préalable à la possibilité d'un équilibre des intérêts (A). La Cour de justice contribue ensuite fortement au respect de l'équilibre des intérêts dans l'application des traités en assurant sur la base du principe d'équilibre institutionnel qu'aucune institution n'empiète sur les compétences des autres, et en corrigeant les dérives qui pourraient résulter d'une application trop stricte de ce principe au moyen du principe de coopération loyale (B).

### **A. La garantie de l'intégrité de l'intérêt défendu par chaque institution**

967. La théorie classique de la séparation des pouvoirs n'apparaît pas adaptée à la compréhension de la logique de fonctionnement de la Fédération ; l'équilibre entre les intérêts défendus par les institutions fédérales qui la caractérise poursuit en effet un objectif distinct de celui visé par cette théorie (1). Dans ce cadre, le cumul de fonctions par une institution n'est ainsi pas problématique (2). Au contraire, le rattachement d'un même poste à des institutions défendant des intérêts distincts l'est potentiellement (3), d'où l'importance d'avoir différents mécanismes garantissant qu'une institution défendra bien l'intérêt qui lui a été assigné (4).

#### ***1) La différenciation entre les objets de l'équilibre des intérêts et de la séparation des pouvoirs***

968. Les Pères fondateurs des Etats-Unis se sont largement référés à la pensée de Montesquieu qui affirme dans le chapitre sur la constitution d'Angleterre de son ouvrage *L'esprit des lois*, la nécessité d'une indépendance juridique entre les différentes institutions et d'une interdépendance pour l'exercice des fonctions exécutive et législative<sup>737</sup>. Ainsi, l'indépendance entre le Congrès et le Président est complété par des mécanismes de checks and balances. Le Président peut notamment opposer un veto aux lois, et, à l'inverse, le Sénat a le pouvoir de ratifier les traités internationaux et de valider le choix des personnes qu'a le pouvoir de nommer le Président. Thomas Jefferson expliquait le système de checks and balances par une image : c'est comme verser son thé sur la soucoupe de sa tasse et faire l'opération inverse pour le refroidir et non pour le rendre froid<sup>738</sup>. Pour résumer cette théorie il peut aussi être renvoyé à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande qui énonce que la répartition des pouvoirs

---

<sup>737</sup> "l'indépendance juridique du Parlement et du Gouvernement qui doit leur assurer mutuellement la possibilité de s'arrêter suppose qu'ils soient dans une entière dépendance de fait l'un de l'autre" (EISENMANN (C.), *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, in : Mélanges Carré de Malberg, Duchemin-Topos Verlag, 1933, p.29 (cité par : ROLAND (S.), *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, thèse, 2006, p.37).

<sup>738</sup> Cette anecdote est rapportée par : HEGER (M.), *Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat : Gedanken zu ihrer Entstehung, ihrem aktuellen Erscheinungsbild und ihrer Rechtfertigung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p.156



ne signifie pas "que les fonctions des pouvoirs étatiques doivent être strictement séparées, mais que les organes du législatif, de l'exécutif et du judiciaire se contrôlent et se limitent mutuellement, afin que le pouvoir étatique soit modéré et la liberté de chacun protégée"<sup>739</sup>.

Mais le contexte américain de l'indépendance du Royaume-Uni, la volonté d'assurer la République, la Démocratie et le respect des Droits de l'Homme, expliquent les références importantes à Montesquieu. Elles ne doivent cependant pas conduire à une lecture erronée des Fédérations à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs. Ainsi, Olivier Beaud cite *a contrario* le cas de la Suisse dont la Constitution n'évoquait ce principe ni en 1848 ni en 1874, et même si la doctrine contemporaine suisse l'évoque, il reste toujours absent du texte constitutionnel<sup>740</sup>. D'une façon générale, l'auteur appelle à s'écarter du modèle de la séparation des pouvoirs pour l'étude du concept de Fédération car il a pour référence l'Etat unitaire.

Il est certes possible de lire le système institutionnel européen en considérant qu'une forme d'équilibre des pouvoirs existe permettant de considérer que l'UE respecte la logique globale de la théorie posée par Montesquieu<sup>741</sup> comme l'a démontré Sébastien Roland dans sa thèse. Mais nous ne suivons pas ici cette voie, préférant mettre l'accent sur le point commun entre toutes les unions fédérales, à savoir les garanties par les pactes fédératifs d'un équilibre entre différentes légitimités au plan institutionnel destiné à assurer la stabilité de la Fédération. Il pourrait certes être avancé l'argument de la possibilité de comparaison avec l'équilibre des régimes également recherché par Montesquieu avec le Roi comme chef de l'exécutif pour la Monarchie, et deux chambres formant le Parlement disposant du pouvoir législatif dont l'une provient du corps des nobles pour l'Aristocratie et l'autre du peuple pour la Démocratie. Mais le but assigné n'est pas le même, il s'agit d'éviter la tyrannie, là où les auteurs du pacte fédératif veulent assurer la préservation de la Fédération, en garantissant notamment un équilibre entre défense des intérêts fédéraux et respect des intérêts étatiques dans le processus décisionnel fédéral.

A cet égard, Philippe Manin rappelle que "les « pères fondateurs » de la CEE n'ont pas eu pour préoccupation première d'instituer un système répondant aux impératifs de la théorie de la séparation des pouvoirs"<sup>742</sup>. Jean-Paul Jacqué souligne aussi l'approche "pragmatique" des auteurs des traités, et que la "répartition des pouvoirs entre les institutions est largement fonction de l'importance que les Etats membres attachent à l'exercice de certaines compétences attribuées à l'Union"<sup>743</sup>. Pour ce qui touchait les compétences étatiques plus sensibles, le Conseil devait décider à l'unanimité, sinon le Conseil pouvait décider à la majorité qualifiée, et pour des questions pour lesquelles les Etats n'auraient pas pu seuls dégager un intérêt commun, c'est la Commission qui devait être compétente, comme en matière de concurrence. Les révisions des traités n'ont pas non plus visé un schéma clair en matière institutionnelle, mais ont été le résultat de compromis entre les Etats membres, le but recherché étant de conserver le cadre institutionnel global tout en l'adaptant à l'évolution du niveau d'intégration<sup>744</sup>.

Certes, comme le souligne Claude Blumann, les réflexions au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe et la nouvelle réglementation sur les modalités de contrôle des compétences d'exécution de la Commission de 2011 ont été influencées par la théorie de la séparation des pouvoirs<sup>745</sup>, mais cela ne doit pas conduire à occulter ce qui demeure essentiel en raison de la

<sup>739</sup> BVerfGE 9, 268 (2<sup>e</sup> sénat 27 avril 1959) (pp.279-280)

<sup>740</sup> BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.352.

<sup>741</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...* (op.cit. note 737), p.59.

<sup>742</sup> MANIN (P.), La "méthode communautaire" : changement et permanence, in : BLANQUET (M.) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p.216). Voir aussi dans ce sens ROLAND (S.), *Le triangle...* (op.cit. note 737), p.302.

<sup>743</sup> JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, pp.221-225, notamment p.224.

<sup>744</sup> COSTA (O.), *Le parlement européen, assemblée délibérante*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2001, p.52.

<sup>745</sup> BLUMANN (C.), Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement n°182/2011 du 16 février 2011,



construction fédérale de l'UE, à savoir que l'équilibre des intérêts dans le processus décisionnel n'est pas bouleversé.

**969.** Un principe dégagé par la jurisprudence de la Cour de justice est inclus par la doctrine dans les principes "directeurs", "structurels" de l'Union européenne ayant valeur de principe général du droit<sup>746</sup> : le principe d'équilibre institutionnel. Sébastien Roland note quant au fondement de ce principe que "s'il est arrivé à la Cour de recourir à « la technique de la généralisation à partir d'un texte » précis, à l'instar des articles 3 (Méroni) ou 95 alinéa 3 du traité CECA ou bien encore de l'article 7 CE, elle a le plus souvent fait référence à l'esprit du traité<sup>747</sup> ou des traités fondant les trois Communautés<sup>748</sup><sup>749</sup>. L'art.13§2 TUE (7 CE ; 4 CEE) qui énonce que "chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités"<sup>750</sup>, est généralement considéré comme son fondement indirect le plus net ou au moins la disposition avec le rapport le plus étroit avec ce principe<sup>751</sup>. Aucune mention expresse du principe d'équilibre institutionnel n'existe par contre dans les traités. Une référence avait été introduite par le Traité d'Amsterdam dont le protocole n°7 précisait dans son §2 que l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité "respect[ait] les dispositions générales et les objectifs du traité, notamment en ce qui concern[ait] le maintien intégral de l'acquis communautaire et l'équilibre institutionnel"<sup>752</sup>. Mais cette phrase a disparu dans le protocole n°2 annexé au Traité de Lisbonne qui le remplace.

L'équilibre institutionnel n'est pas une référence abstraite, extérieure aux traités comme la séparation des pouvoirs, il renvoie à ce qui a été concrètement posé par les traités. Tandis que la séparation des pouvoirs repose sur un schéma prescriptif de distribution équilibrée des fonctions dont le respect est censé s'imposer au constituant, l'équilibre institutionnel se situe quant à lui en aval de la répartition organisée par le constituant<sup>753</sup>. Ce dernier n'est pas un "principe fondateur de l'ordre constitutionnel" comme la séparation des pouvoirs, mais un "principe simplement induit par l'ordre institutionnel communautaire"<sup>754</sup>. Sur le fondement de la répartition des compétences entre les institutions prévues par les traités, l'équilibre institutionnel vise à garantir qu'aucune institution ne soit pas empêchée d'exercer ses compétences et n'empiète pas sur les compétences des autres. Comme le résume Claude Blumann, le principe d'équilibre institutionnel "préserve les institutions non les fonctions"<sup>755</sup>, et

---

*Cahiers de droit européen*, 2011, n°1, p.35. Voir sur cette nouvelle réglementation : *infra* §2 B 3).

<sup>746</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2010, p.193 ; JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 743), p.226 ; ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p.152.

<sup>747</sup> CJCE, 22 octobre 1970, *National Carbonising Company*, Aff.109/75 R, *Rec.*1970 p.1193, pt.8 ; CJCE, 12 juillet 1973, *Massey Ferguson*, Aff. 8/73, *Rec.* 1973 p. 897, pt.4.

<sup>748</sup> CJCE, 10 juillet 1986, *Wybot*, Aff.149/85, *Rec.*1986 p.2391, pt.23 ; CJCE, 22 mai 1990, *Parlement c./ Conseil*, Aff.70/88, *Rec.*1990 p.I-2041, pt.21.

<sup>749</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p.152.

<sup>750</sup> L'art.13§2 TUE reprend la disposition antérieure, faisant simplement désormais référence "aux traités", alors qu'auparavant seul le traité CE était visé, symbole de la fin des piliers. Il ajoute ensuite une précision concernant l'action des institutions dans les limites d'attributions des traités qui doit se faire "conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci", ajout purement formel puisqu'il se déduisait déjà de la disposition antérieure.

<sup>751</sup> Voir en ce sens : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 746), p.193. ; JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 743), p.227 ; BLUMANN (C.), *Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire*, in : UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II), *Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Paris, Dalloz, 2000, p.1643.

<sup>752</sup> Relevé par : BLUMANN (C.), *Ibid.*, p.1643.

<sup>753</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p. 162.

<sup>754</sup> BLUMANN (C.), *Equilibre...*(*op.cit.* note 751), p.1659.

<sup>755</sup> *Ibid.*, p.1646. Voir aussi : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 746), p.192.



à travers elle le respect de l'équilibre entre les intérêts qui leur ont été assignés par les traités européens et dans la mesure prévue par ces traités.

Le principe d'équilibre institutionnel permet parfois de combler les lacunes organisationnelles des traités comme dans le cas de la comitologie<sup>756</sup>. Le traité énonçait simplement que le Conseil avait une compétence en matière exécutive et qu'il pouvait la déléguer à la Commission. La Cour a estimé que, comme le Conseil pouvait garder les compétences d'exécution, l'équilibre institutionnel n'était pas modifié par l'encadrement qu'il pouvait poser lors d'une délégation de compétences à la Commission.

**970.** Comme le rappelle Sébastien Roland, "*la faille essentielle de tout dispositif de collaboration fonctionnelle réside dans la faculté dont dispose chaque organe de bloquer la prise de décision en s'abstenant de statuer [...] faiblesse que Montesquieu [avait] parfaitement identifiée*" tout en soulignant qu'elle était limitée car " « *par le mouvement nécessaires des choses* », ces puissances « [étant] contraintes d'aller »"<sup>757</sup>. Mais comme le relève Sébastien Roland, "*l'opposition des logiques institutionnelles est beaucoup plus franche*" dans l'Union européenne que dans un Etat en raison de la différence entre les intérêts qu'elles représentent, ce qui justifie le dégagement du principe de coopération loyale entre les institutions pour assurer que le système ne se bloque pas<sup>758</sup>.

Dans un arrêt *Grèce c/ Conseil* de 1988, la Cour de justice a indiqué expressément que le respect du principe de coopération loyale s'appliquait aux relations entre les institutions<sup>759</sup>. Dans l'espèce, elle le précise relativement au dialogue interinstitutionnel. Laurence Burgorgue-Larsen parle à l'égard de cet arrêt de simple confirmation de l'application de la coopération loyale entre institutions<sup>760</sup>. De même Anne-Marie Tournepiche souligne qu' "*après avoir fondé l'organisation de cette coopération sur les pouvoirs d'auto-organisation des institutions*"<sup>761</sup>, le juge a privilégié une autre voie en dégagant un principe de coopération loyale susceptible de s'appliquer aux relations interinstitutionnelles"<sup>762</sup>. Avec le Traité de Lisbonne, l'obligation de coopération loyale entre les institutions est désormais expressément prévue à l'art.13§2 TUE dans les traités.

Les effets du principe de coopération loyale sont plus importants que celui d'équilibre institutionnel car il impose au minimum de ne pas bloquer le processus de production normative, et au-delà de favoriser un bon fonctionnement du mécanisme de prise de décision, même s'il ne peut conduire à une modification de l'équilibre institutionnel fondamental prévu par les traités<sup>763</sup>.

L'équilibre institutionnel et le principe de coopération loyale s'inscrivent dans un cadre existant, le premier garantissant le respect mutuel des compétences des institutions prévues par les traités, le second corrigeant les risques de blocages qui pourraient résulter d'une telle garantie. Mais au-delà, se pose la question de l'adaptation de l'équilibre résultant des traités,

<sup>756</sup> Souligné par : BLUMANN (C.), *Equilibre...* (op.cit. note 751), p.1655.

<sup>757</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...* (op.cit. note 737), p.200.

<sup>758</sup> *Ibid.*

<sup>759</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c/ Conseil*, aff.204/86, *Rec.*1988, p.5323, pt 16. Voir sur la critique de l'extension du principe de coopération loyale issu de l'art.5 CEE (10 CE), alors qu'il aurait été possible de consacrer un principe général du droit équivalent sur une autre base : *infra* partie I chap II. sect.I §3 C 1) b).

<sup>760</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), La coopération interinstitutionnelle. Approche comparative et tentative de systématisation, in : AUVRET-FINCK (J.) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, p.26.

<sup>761</sup> CJCE, 11 mai 1983, *Klöckner-Werke c/ Commission*, aff.244/81, *Rec.*1983, p.1451.

<sup>762</sup> En ce sens : TOURNEPICHE (A.-M.), La clarification du statut juridique des accords interinstitutionnels. Commentaire de la déclaration du projet de Traité de Nice relative à l'article 10 CE, *RTDE*, avr.-juin 2002, vol.38 n°2, p.214.

<sup>763</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...* (op.cit. note 737), p.206.



entre les intérêts représentés par les institutions européennes, au niveau d'intégration et au régime politique des Etats membres. Une déstabilisation de l'Union européenne peut en effet venir d'une insuffisance de l'influence des Etats, d'un défaut démocratique, ou encore d'un blocage de la capacité d'action commune dû à une surreprésentation des intérêts étatiques par rapport à l'intérêt fédéral. L'impératif d'équilibre des intérêts s'impose aux rédacteurs des traités afin d'assurer la préservation de la Fédération européenne, là où l'équilibre institutionnel et la coopération loyale visent un fonctionnement harmonieux sur la base des traités. Cet impératif nous conduira ainsi à devoir nous poser la question de la nécessité de certaines évolutions de l'équilibre institutionnel permettant une meilleure adaptation au niveau d'intégration actuel de l'UE<sup>764</sup>, au-delà de la contribution de la jurisprudence et des accords interinstitutionnels.

## 2) *L'absence de problème d'un cumul de compétences par une institution*

971. Un certain nombre d'auteurs regrettent le maintien de la possibilité pour le Conseil de prendre des actes exécutifs, car ce pouvoir serait selon eux contraire au principe de séparation des pouvoirs<sup>765</sup>. Mais transposer ainsi une vision de la séparation des pouvoirs, qui plus est surannée<sup>766</sup>, est critiquable au regard de son "statocentrisme"<sup>767</sup>. Une telle transposition est inadaptée à la logique fédérale de l'Union européenne. Cela ne signifie pas qu'une clarification dans la distinction des fonctions exécutive et législative n'est pas souhaitable, au nom d'un renforcement de l'Etat de droit, comme participation au renforcement de la légitimité démocratique de l'UE, mais simplement que selon la logique fédérale, c'est l'équilibre entre des intérêts défendus pas des institutions autonomes qui compte.

Dans les traités d'origine, le Conseil a une compétence décisionnelle de principe posé à l'art.145 CEE et la Commission peut se voir conférer par le Conseil une compétence pour exécuter les règles qu'il a établies dans la réglementation adoptée sur la base du traité (art.155 4<sup>e</sup> tiret CEE). On en déduit alors que le Conseil a non seulement une compétence législative, consistant dans l'adoption d'actes sur la base du droit primaire, mais encore dans la mesure où une mesure d'exécution de ces actes est nécessaire au niveau européen, une compétence d'exécution de principe au niveau européen. Avec l'Acte Unique, la compétence d'exécution au niveau européen du Conseil devient l'exception, l'art.145 CEE 3<sup>e</sup> tiret (202 CE) précisant que "*le Conseil confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit*" et qu'il peut simplement "*se réserver dans des cas spécifiques*" ces compétences. L'art.291§2 TFUE maintient cette compétence exécutive résiduelle du Conseil "*dans des cas spécifiques dûment justifiés*" et dans les cas prévus aux art.24 et 26 TUE qui relèvent de la PESC. Outre cette compétence résiduelle directe, il disposait également d'une compétence résiduelle indirecte car selon les procédures, dites "comitologie", d'encadrement des pouvoirs de la Commission, il pouvait dans certains cas se retrouver compétent<sup>768</sup>. Cette compétence indirecte a disparu avec l'entrée en vigueur du dernier règlement comitologie de 2011<sup>769</sup>.

<sup>764</sup> Voir pour la question du déficit démocratique et d'un meilleur respect de l'Etat de droit indispensables au développement du sentiment d'appartenance européen : infra §3 A.

<sup>765</sup> Voir par exemple : Jérôme ROUX soulignant que cela "*prouve que l'acculturation au sein de l'Union du dogme de la séparation des pouvoirs n'en est qu'à ses débuts*" (Les actes : un désordre ordonné ?, *Europe*, Juillet 2008, n° 7, pt.13) ; TRIANTAFYLLOU (D.), L'article I-36, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article, t.1*, Bruylant, p.477.

<sup>766</sup> Voir pour un résumé de la critique du principe une institution /une fonction : ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), pp.33 et s.

<sup>767</sup> En ce sens notamment : JACQUE (J.-P.), Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union européenne, in : AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Droit administratif européen*, éd. Bruylant, 2007, p.32.

<sup>768</sup> Cf. : infra §2 B 3).

<sup>769</sup> Règlement n°182/2011 du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités

Le Conseil dispose, outre ses fonctions législatives et exécutives, d'autres compétences. L'art.145 CEE (202 CE) énumérait déjà un certain nombre de pouvoirs du Conseil. Il commençait par la coordination des politiques économiques qui n'est pourtant pas sa compétence principale. L'art.16§1 TUE issu du Traité de Lisbonne commence plus logiquement par la compétence en matière législative, ajoutant un autre pouvoir important qui n'était pas inscrit dans l'énumération antérieure, en matière budgétaire, puis il poursuit sur les fonctions de coordination au-delà du seul cas de la coordination des politiques économiques. La fonction exécutive n'est plus mentionnée à cet endroit mais étant encore réduite par rapport au passé cela peut s'expliquer. Claude Blumann, s'il juge la présentation des compétences plus claire que par le passé, note par contre l'absence de référence aux fonctions importantes qu'il détient en matière internationale<sup>770</sup>.

**972.** Le Conseil suit dans ce cumul de fonctions, comme à d'autres égards déjà évoqué, le modèle du Bundesrat. Le Bundesrat sous la Confédération du Nord et l'Empire bismarckien vote les lois (art.5 RV (5 CCN)), le budget (art.69 RV (69 CCN)). Il participe par ailleurs à la conclusion des traités et aux déclarations de guerre (art.11§2 et §3 RV). A ces éléments, classiques pour une chambre parlementaire, s'ajoutent d'autres compétences en matière exécutive et juridictionnelle afin de ménager les Etats membres en conférant un rôle central dans le système institutionnel au Bundesrat dans lequel ils sont représentés.

Il adopte les mesures administratives pour l'exécution des lois fédérales en vertu de l'art.7§1 n°2 RV (37§1 n°2), même si le pouvoir réglementaire en tant que tel n'est pas conféré par la Constitution et qu'il faut une habilitation législative. Sous le Second Empire, tout comme c'est le cas encore sous la Loi fondamentale, il faut en effet une loi formelle autorisant l'organe de l'exécutif à prendre un règlement<sup>771</sup>. Dans la pratique, le Bundesrat a été habilité par de nombreuses lois impériales à prendre des règlements<sup>772</sup>. Par ailleurs, la Constitution impériale lui donne le pouvoir de prendre des "actes internes à l'administration" (Verwaltungsverordnung) et de mettre en place les établissements nécessaires pour l'exécution des lois fédérales<sup>773</sup>.

Dans le domaine juridictionnel, le Bundesrat bismarckien est compétent en matière de règlements des litiges entre Etats (art.76 §1 RV (76§1 CCN)), des litiges constitutionnels internes aux Etats si aucune institution n'existe dans l'Etat pour régler de tels différends en vertu de l'art.76§2 RV (76§2 CCN), ou en cas de déni de justice par un Etat (art.77 RV (77 CCN)). L'art.7§1 n°3 RV (37§1 n°3) lui confère en outre un rôle de constatation de manquement dans le cadre de la surveillance fédérale en matière exécutive. Ces compétences en matière juridictionnelle se justifient par leur nature politique<sup>774</sup>, sauf dans le cas du déni de justice, encore que même dans ce cas il s'agit indirectement d'une condamnation pour manquement d'un Etat membre. Nous avons vu qu'on retrouvait ce type de compétence dans le cas suisse avant 1874 où l'art.74 n°16 et 17 aCS 1848 donne le pouvoir de règlement des conflits entre cantons ou entre le niveau fédéral et les cantons à l'Assemblée fédérale.

Le Bundesrat est par ailleurs compétent pour mettre en œuvre l'exécution fédérale en cas de manquement par un Etat membre à ses obligations fédérales (art.19 RV (19 CCN)). Enfin, un autre pouvoir important doit être souligné, le pouvoir de donner son accord à la dissolution du

---

de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *JOUE*, n°L 55 du 28.02.2011, p.13.

<sup>770</sup> Remarque faite par rapport à l'art.I-23§1 du projet de traité constitutionnel qui était identique à l'art.16§1 TUE (BLUMANN (C.), L'article I-23, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 765), p.314).

<sup>771</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.III*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1988, p.927.

<sup>772</sup> FISCH (S.), Von der Föderation der Fürsten zum Bundesrat des Grundgesetzes, in : ARNIM (H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p.29.

<sup>773</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 771), *Bd.III*, p.930.

<sup>774</sup> Voir sur ce point : *infra* partie I chap.I sect.I §2 A 1).



Reichstag prévu à l'art.24 RV (24 CCN).

Le Bundesrat est présenté à l'époque comme "souverain" dans le cadre des constitutions de la Confédération du Nord et de l'Empire bismarckien<sup>775</sup>, ce qu'exprime Laband en énonçant que les "*Princes allemands et les sénats des villes libres dans leur ensemble*" sont détenteurs de la puissance publique<sup>776</sup>, ou encore plus nettement Bismarck quand il affirme que "*la souveraineté ne repose pas chez l'Empereur, elle repose dans l'ensemble des gouvernements unis*"<sup>777</sup>. Mais il est nécessaire de distinguer la théorie qui permet un rapprochement réel avec l'Union européenne de la pratique qui a conduit à une diminution de l'influence de cette institution<sup>778</sup>. Le Bundesrat n'a pas ainsi eu une place fondamentale dans le pouvoir exécutif impérial<sup>779</sup>. Il était seulement "*un organe exécutif de coopération et de contrôle*"<sup>780</sup>. Toutefois, "*le Bundesrat est resté un bastion du fédéralisme, il empêcha – non pas par le conflit, mais comme barrière et par une résistance passive – une extension trop importante et institutionnalisée des compétences impériales au dépens des Etats*"<sup>781</sup>.

Le Bundesrat de la Loi Fondamentale conserve des compétences exécutives, même s'il s'agit d'un pouvoir d'accord et non plus d'un pouvoir propre. Sont ainsi soumis à l'approbation du Bundesrat les règlements qui sont pris en vertu de lois fédérales pour lesquelles elle a un pouvoir de codécision avec le Bundestag ou qui sont adoptées dans les domaines dans lesquels les Länder assurent l'exécution par délégation ou à titre de compétence propre (art.80§2 LF lu en combinaison avec l'art.84§2 et l'art.85§2 LF). En outre, le Bundesrat a le pouvoir de soumettre au gouvernement fédéral des propositions pour l'édiction de règlements requérant son approbation selon (art.80§3 LF). Il est par ailleurs associé à l'exercice du contrôle fédéral sur l'exécution des lois fédérales dans les Länder, dite procédure d'exécution forcée fédérale (art.84§3, §4 LF), sous contrôle de la Cour constitutionnelle (art.93§3 LF). Il est également associé par l'art.37 LF à l'exercice de la contrainte fédérale mise en œuvre par le gouvernement fédéral pour obliger un Land à remplir ses obligations fédérales. Il est par ailleurs enfin associé aux mesures de police prises à l'initiative fédérale pour écarter un péril menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land. Le Bundesrat a notamment dans ce cadre le pouvoir de demander l'arrêt des actions décidées par le gouvernement fédéral (art.91§2 al.2 LF).

**973.** Dans le cas américain, le système ne va pas aussi loin. Le Vice-Président des Etats-Unis est certes président officiel du Sénat, mais on ne peut considérer qu'il s'agit véritablement d'un cumul de fonctions exécutive et législative étant donné qu'il n'a pas de pouvoirs réels dans le cadre du Sénat. Mais, au-delà, l'indépendance par rapport aux gouvernements des Etats qui auront à exécuter ensuite, et donc l'absence de connaissance spécifique des administrations des Etats, explique en partie que le Sénat ne dispose pas d'une fonction exécutive, mais l'argument qu'on trouve le plus fréquemment est surtout qu'une telle compétence serait incompatible avec

<sup>775</sup> En ce sens : BOLDT (H.), *Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.II*, éd. deutscher Taschenbuch Verlag, 1993, p.179.

<sup>776</sup> LABAND (P.), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.I*, 5<sup>e</sup> ed., Tübingen, Mohr, 1911, p.97.

<sup>777</sup> Rede vom 19. 4. 1871, in : Bericht des Reichstages I, Sitzungsperiode 1871, p.299.

<sup>778</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche... (op.cit. note 771), Bd.III*, p.849.

<sup>779</sup> ESCHENBURG (T.), Bundesrat – Reichsrat – Bundesrat. Verfassungsvorstellungen und Verfassungswirklichkeit, in : BUNDES RAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, p.41.

<sup>780</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche... (op.cit. note 771), Bd.III*, p.659.

<sup>781</sup> OETER (S.), *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht : Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, Mohr, 1998, p.38. NIPPERDEY (T.), *Deutsche Geschichte 1866 - 1918, Bd. II*, München, Beck, 1992, p.92.



leur mandat parlementaire<sup>782</sup>. Toutefois, en vertu du système de checks and balances américain, le Sénat dispose d'un pouvoir de contrôle des nominations du Président, et de ratification d'actes internationaux (art.II sect.2 Cl.2). Ces compétences du Sénat se justifient par la volonté des auteurs de la Constitution de concilier les deux objectifs d'avoir une chambre de réflexion à la taille restreinte limitant les dérives potentielles d'une chambre trop mue par les aléas de l'opinion populaire, tout en ayant une défense des intérêts étatiques. Roger Pinto le souligne eu égard à la compétence en matière de traités, indiquant que le but à l'origine est de permettre avec le faible nombre de sénateurs des discussions rapides, et si nécessaire secrètes, mais également par la majorité élevée requise, les 2/3 des sénateurs présents, de permettre aux Etats de défendre leurs intérêts en "*tenant en échec une politique internationale acceptée par le Président et la majorité du Congrès*"<sup>783</sup>.

### 3) Les problèmes potentiels du rattachement d'un poste à plusieurs institutions

974. Alors que le cumul de compétences par une institution n'est pas en soi un problème au regard de l'équilibre des intérêts, le rattachement d'un poste à plusieurs institutions peut l'être.

975. Dans le cadre européen, le poste de Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, créé par le Traité de Lisbonne pour prendre la place du Haut représentant pour la PESC, qui avait été créé par le Traité d'Amsterdam, ainsi que celle du commissaire chargé des relations extérieures, est rattaché à la fois au Conseil, dont il préside la formation des affaires étrangères, et à la Commission, dont il est vice-président (art.18 TUE). Les deux institutions défendant des intérêts distincts, les risques de conflits de loyauté potentiels ont été soulignés par le rapport du Parlement européen sur le Traité de Lisbonne<sup>784</sup>, Jean-Paul Jacqué parlant même à cet égard de "*schizophrénie*"<sup>785</sup>.

Sa nomination est soumise à deux procédures distinctes traduisant ses doubles fonctions qui peuvent être potentiellement difficiles à concilier<sup>786</sup>. Selon l'art.18 §1 TUE qui traduit son rattachement au Conseil, il est choisi par le Conseil européen en accord avec le Président de la Commission, le Parlement européen n'ayant dans ce cas aucun rôle. Par contre, en tant que membre de la Commission, il fait l'objet d'une audition au Parlement européen qui peut toujours tenter de bloquer sa nomination en rejetant l'approbation du collège. Si l'on prend le cas de Catherine Ashton, ces deux procédures ont été décalées dans le temps. Ainsi, elle a été nommée au poste de Haut représentant par le Conseil européen en novembre 2009, la procédure d'audition du Parlement européen a eu lieu en janvier et le vote d'approbation de la Commission en février. Le contexte particulier, lié à la situation de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en décembre 2009 alors que les élections européennes avaient eu lieu en juin 2009, doit toutefois être ici souligné. Il demeure qu'en théorie, le poste stratégique de Haut représentant pourrait conduire, si le candidat proposé ne lui convient pas, le Parlement européen à lui refuser son approbation. Dans la pratique toutefois, le caractère de compromis dans les nominations à la Commission limite une telle perspective, comme le montre la validation de la Commission Barroso II en dépit des nombreuses critiques ayant visé la nomination de Catherine Ashton au poste de Haut représentant.

<sup>782</sup> HEGER (M.), *Deutscher ... (op.cit. note 738)*, pp.159-160.

<sup>783</sup> PINTO (R.), Les pouvoirs du Sénat américain en matière de traités, *RIDC*, 1950, vol.2 n°1, pp.6-7.

<sup>784</sup> Rapport sur le Traité de Lisbonne de la Commission des affaires constitutionnelles, (rapporteurs : CORBETT (R.), MENDEZ DE VIGO (I.)), (2007/2286(INI)), 29 janvier 2008, II pt.6.5 (3).

<sup>785</sup> JACQUE (J.-P.), Les réformes institutionnelles introduites par le Traité de Lisbonne, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir), *Le traité de Lisbonne : reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2009, p.61.

<sup>786</sup> Souligné notamment par Jacques PERTEK par rapport au contexte du Traité constitutionnel identique sur ce point au Traité de Lisbonne (Article I-27, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité... (op.cit. note 765)*, p.361).

Un problème potentiel lié aux règles pour démettre le Haut représentant de ses fonctions a été également relevé<sup>787</sup>. L'art.18 §1 TUE précise que le Conseil européen peut mettre fin à son mandat en accord avec le Président de la Commission. Mais en tant que membre de la Commission il est soumis à la responsabilité collégiale devant le Parlement européen posée à l'art.234 TFUE et le Président de la Commission peut lui demander de démissionner en vertu de l'art.17 §6 al.2 TUE. La question se pose de la possibilité de son maintien en poste au sein du Conseil en cas de renversement de la commission. Si elle semble juridiquement possible, politiquement la réponse devrait dépendre des raisons de la censure. Des tensions pourraient par ailleurs exister entre le Président de la Commission et les autres membres du Conseil européen dans le cas où le premier souhaiterait sa démission au contraire des seconds. Cela devrait là encore dépendre des rapports de force politique, et notamment du soutien du Parlement européen à la position du Président de la Commission.

Le double rattachement du Haut représentant pose par ailleurs la question de la conciliation de l'exercice de ses fonctions. L'art.18§4 TUE précise qu'il est soumis aux règles de fonctionnement de la Commission, donc en particulier la règle de la collégialité, pour ses seules responsabilités en son sein et uniquement dans la mesure où ces règles sont compatibles avec son rôle de président du Conseil des affaires étrangères et son rôle en matière d'élaboration de la PESC et son exécution, ainsi que son rôle d'exécutant des mandats du Conseil. Or, la conciliation entre son pouvoir d'initiative en matière de PESC et du respect du principe de collégialité pour ses fonctions internationales au sein de la Commission apparaît loin d'être aisée, la séparation entre les domaines d'action de la PESC et des autres domaines des relations extérieures étant loin d'être nette.

Ce double rattachement a suscité la crainte que le Haut représentant soit une forme de cheval de Troie des défenseurs des intérêts étatiques au sein de la Commission agissant au détriment de l'intérêt général qu'elle est censée défendre. Une interprétation optimiste est au contraire de considérer que le Haut représentant peut séparer clairement ses fonctions et changer de logique en passant d'une institution à l'autre, voire peut favoriser la résolution de conflits entre la Commission et le Conseil<sup>788</sup>. José Sobrino estimait même en 2007 que loin de perturber la logique collégiale de la Commission le Haut représentant pourrait susciter le développement d'une vision plus supranationale de la PESC<sup>789</sup>. Une dernière perspective serait d'imaginer le renforcement de sa position par rapport aux deux institutions. Geoffrey Edwards note ainsi que Javier Solana était devenu plus qu'un simple agent du Conseil, que c'était autant les ministres des affaires étrangères qui cherchaient son conseil que lui qui cherchait leur approbation et que l'infrastructure qu'il avait créée lui avait permis d'avoir des informations différentes de celles en provenance des Etats et de la Commission, et de prendre ainsi en charge certaines missions personnellement<sup>790</sup>. Il cite par exemple son rôle joué lors de la révolution orange de 2004 en Ukraine. Si l'infrastructure a encore été améliorée par la création en juillet 2010 du service européen de représentation extérieure prévu à l'art.27 TUE issu du Traité de Lisbonne, le rôle concret joué par le Haut représentant semble fortement en recul depuis l'entrée en fonction de Catherine Ashton. On est donc loin d'un Haut représentant s'affirmant face aux deux institutions de rattachement. C'est moins les potentiels conflits de loyautés entre des institutions représentant des intérêts distincts qui sont actuellement objet de discussion que l'absence totale de visibilité du Haut représentant. D'une façon générale, même si la question peut se poser dans l'avenir, elle reste assez théorique car si le poste de Haut représentant est bien entre deux logiques, sa création semble globalement favorable au renforcement de l'intégration européenne en favorisant les compromis, tout comme peut l'être par ailleurs la présidence stable du Conseil

<sup>787</sup> Voir en ce sens par notamment : SOBRINO (J.), Article I-28, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Ibid.*, p.373.

<sup>788</sup> *Ibid.*, p.382.

<sup>789</sup> En ce sens *Ibid.*, pp.380-381.

<sup>790</sup> EDWARDS (G.), Introduction. The European Commission in perspective, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, éd. John Harper, 3<sup>e</sup> éd, 2006, p.16.



européen<sup>791</sup>.

Nous terminerons en évoquant sous l'angle des conflits d'intérêts les réflexions déjà évoquées sur la présidence du Conseil affaires générales par le Président de la Commission, et les présidences des autres formations par les membres de la Commission ayant les portefeuilles correspondant auxdites formations soit pour les fonctions législatives et exécutives<sup>792</sup>, soit pour les seules fonctions exécutives<sup>793</sup>. Selon une perspective qui n'est pas sans rappeler celle des comités dans le cadre de la comitologie, les commissaires n'y auraient pas eu le droit de vote. Pensé pour renforcer la Commission, un tel rapprochement avec le Conseil pourrait conduire au contraire à l'affaiblir<sup>794</sup>. En outre, la voie d'une présidence par les commissaires des formations du Conseil conduirait à devoir différencier entre deux types de commissaires car le nombre de formations est inférieur à celle de commissaires, or une telle différenciation a été pour l'instant rejetée par souci de ménagement des sensibilités nationales.

**976.** Dans le contexte allemand, le Chancelier fédéral sous le Second Empire avait également un double rôle de chef de gouvernement supposant la défense de l'intérêt général allemand, et de président du Bundesrat qui représentait les intérêts étatiques. Le Chancelier dans le projet final de Constitution de la Confédération du Nord n'est pas, contrairement à ce que prévoyait le projet préalable, simplement un chairman dirigeant les débats au sein du Bundesrat conçu comme détenteur du pouvoir de gouvernement<sup>795</sup>. En outre, la fonction de Chancelier s'est autonomisée et son poids politique propre s'est développé<sup>796</sup>. En pratique, il est le supérieur de toutes les administrations impériales, et les ministres, dont le nombre s'est développé devant la nécessité de faire face aux nombreuses compétences impériales, sont ses subordonnés, ils agissent sur la base de ses instructions<sup>797</sup>. Le Chancelier fait ainsi office de gouvernement à lui tout seul. Il n'a certes pas de pouvoir d'initiative selon la Constitution en raison de son statut de représentant impérial<sup>798</sup>, mais devant le risque que représentait l'obligation de faire des propositions par le biais de son statut de représentant prussien, Bismarck a défendu un tel pouvoir sur la base de la responsabilité du Chancelier devant le Reichstag<sup>799</sup>. Il a ainsi indiqué qu'en vertu de sa responsabilité il était obligé "*de déposer au Bundesrat comme projet de la présidence sur la base de l'article 15 RV les projets de lois qui découlent des besoins de l'Empire, sans que ce dépôt puisse dépendre de l'accord préalable de la Prusse*"<sup>800</sup>.

Le Chancelier impérial est parvenu à être autonome par rapport aux différentes institutions<sup>801</sup>. S'il est nommé par l'Empereur selon l'art.15§1 RV (15 CCN), il peut faire jouer contre lui sa responsabilité devant le Reichstag découlant de l'art.17 RV (17 CCN), notamment du fait qu'il contresigne les actes pris par l'Empereur<sup>802</sup>. Le Chancelier doit en effet répondre

<sup>791</sup> Voir sur la présidence du Conseil européen : *infra* §2 A 2).

<sup>792</sup> Proposé par : MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), Grands et petits Etats dans l'Union Européenne : réinventer l'équilibre, *Notre Europe, Etudes et recherches*, Mai 2003, n°25, p.48.

<sup>793</sup> Guy Verhofstadt, Intervention du 09/12/2002 (citée par : LEQUILLER (P.), Un président pour l'Europe, *Notes de la Fondation Robert Schuman*, n°12, janvier 2003, p.28).

<sup>794</sup> Ces remarques sont transposables aux propositions qui ont été faites de fusionner la présidence du Conseil européen et la présidence de la Commission : Proposition d'Andrew Duff et Lamberto Dini (CONV 524/03 du 31/01/03) (citée par : LEQUILLER (P.), *Ibid.*, p.24 et p.28)

<sup>795</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 775), p.170.

<sup>796</sup> OETER (S.), *Integration...*(*op.cit.* note 781), p.31; HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 771), *Bd.III*, p.658 et s.; NIPPERDEY (T.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 781), p.48 et pp.100 et s. ; BOLDT (H.), *Ibid.*, p.126.

<sup>797</sup> HUBER (E. R.), *Ibid.*, p.822 ; BOLDT (H.), *Ibid.*, p.175.

<sup>798</sup> *Ibid.*, p.855.

<sup>799</sup> *Ibid.*, p.822.

<sup>800</sup> Protokoll der Konferenz der Chefs der Reichsämter vom 9. April 1879 (Text: Dokumente Bd.2 Nr.268) (cité par : HUBER (E. R.), *Ibid.*, p.858.

<sup>801</sup> HUBER (E. R.), *Ibid.*, pp.821-822.

<sup>802</sup> *Ibid.*, p.822.



aux interpellations et défendre ses positions. Alors que l'on pourrait penser à la lecture de la constitution que l'Empereur décide des lignes politiques, la responsabilité endossée par le Chancelier renverse les rapports de force<sup>803</sup>. Dans le même temps, il a une forte indépendance vis-à-vis du Reichstag. Il peut tout d'abord arguer qu'il n'a pas été nommé par lui. S'il est responsable devant cette institution, il ne peut en outre être renversé. Enfin, le lien entre les instances impériales et la Prusse a aussi contribué pour beaucoup à renforcer le poids du Chancelier vis-à-vis du Bundesrat. Outre les 17 voix prussiennes dont il s'était assuré de pouvoir disposer, le Chancelier étant sous la Confédération du Nord et l'Empire souvent le chancelier de la Prusse, et les ministres impériaux étaient des ministres prussiens<sup>804</sup>. Ces liens avec les postes en Prusse permettaient d'avoir le potentiel administratif, politique prussien et d'éviter des conflits entre les dirigeants fédéraux et prussiens<sup>805</sup>. Bismarck disait ainsi : "*si vous me couper la racine prussienne et si vous me faites seulement ministre fédéral [...] je perds toute influence*"<sup>806</sup>. Son successeur Caprivi a effectivement dû démissionner suite au conflit qui l'a opposé avec le chancelier prussien, alors que les deux postes n'étaient plus liés<sup>807</sup>.

Les problèmes potentiels de conciliation entre les différents intérêts étatiques et l'intérêt impérial ont été résolus au profit de l'intérêt général et le Chancelier a joué un rôle important dans le renforcement de l'intégration au sein de la Confédération du Nord et de l'Empire. Son rôle de charnière entre l'Empereur et le Bundesrat grâce à sa fonction de présidence du Bundesrat, lui a en outre permis de prévenir tout conflit sérieux entre ces deux institutions<sup>808</sup>. Cela a fonctionné car le Chancelier n'a pas utilisé le poids de la Prusse pour imposer les intérêts de cet Etat face à ceux des autres Etats, mais, bien au contraire, a souvent soutenu l'intérêt impérial au détriment de l'intérêt prussien<sup>809</sup>.

Sous la République de Weimar, le président du Reichsrat était un membre du gouvernement fédéral, le plus souvent le ministre de l'intérieur, et n'avait pas droit de vote<sup>810</sup>, mais le système était devenu fortement unitaire ; le Reichsrat avait en effet vu ses pouvoirs fortement limités par rapport au Bundesrat bismarckien, et les Länder n'avaient plus rien à voir avec les Etats qui s'étaient unis dans la Confédération du Nord ou l'Empire aussi bien du point de vue de leur découpage que de leurs pouvoirs. Toute connexion avait par ailleurs disparu avec le gouvernement de la Prusse dont les rédacteurs de la Constitution s'étaient attachés à réduire l'influence. Enfin, sous la Loi fondamentale, il n'y a plus aucun lien entre la présidence du Bundesrat et l'appartenance au gouvernement fédéral.

#### ***4) Les moyens de garanties de l'intégrité de l'intérêt défendu par l'institution***

**977.** S'ils ne pouvaient pas forcément résoudre tous les types de problèmes qui pourraient découler du double rattachement institutionnel du Haut représentant, il existe des mécanismes de protection de l'intérêt défendu par chaque institution posé par les traités. Le principe d'autonomie d'une institution, son indépendance individuelle se présente, comme le rappelle Sébastien Roland, comme le fondement du principe d'équilibre institutionnel qui "*quant à lui, s'attache à établir une indépendance relationnelle*"<sup>811</sup>.

---

<sup>803</sup> *Ibid.*, p.821.

<sup>804</sup> *Ibid.*, p.705.

<sup>805</sup> *Ibid.*, p.822 et p.827.

<sup>806</sup> Cité par : *Ibid.*, p.827.

<sup>807</sup> *Ibid.*

<sup>808</sup> *Ibid.*, p.858 ; DUTHOIT (E.), *Le droit constitutionnel de l'Empire allemand*, éd. A. Rousseau, Paris, 1897, p.68.

<sup>809</sup> HUBER (E. R.), *Ibid.*, p.851.

<sup>810</sup> ESCHENBURG (T.), Bundesrat...(*op.cit.* note 779), p.48.

<sup>811</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p.140. Voir : *supra* sect.I sur l'autonomie de la Commission et du Parlement. Voir aussi sur la coopération loyale imposant aux Etats l'obligation de respect de

**978.** Les incompatibilités sont un premier élément de garantie de l'intégrité de l'intérêt défendu par une institution. Elles sont plus ou moins strictes selon les systèmes fédéraux.

Dans le cadre européen, le mandat de parlementaire européen est tout d'abord incompatible avec le mandat de commissaire, de membre de gouvernement ou de membre de la CJCE, selon l'art.6§1 de l'Acte de 1976 régissant l'élection au Parlement européen. Le cumul du mandat européen et du mandat parlementaire national, qui était autorisé par son art.5, a été interdit pas la décision du Conseil n°2002/772 modifiant l'Acte de 1976 (art.6§2)<sup>812</sup>. L'incompatibilité de la qualité de membre de la Commission avec celle de membre d'un gouvernement national ou celle d'un mandat électoral national se déduit ensuite de l'art.17§3 TFUE (213§2 CE, 157§2 CEE).

En Suisse, l'art.144 §1 CS précise que les fonctions de membre du Conseil fédéral, du Conseil des Etats et du Conseil national sont incompatibles. Si l'incompatibilité entre les fonctions de conseiller fédéral et de membre des chambres était seulement implicite dans les versions antérieures de la Constitution suisse, l'art.70 aCS 1848 (art.81 aCS 1874) précisait déjà que les membres du Conseil national ne pouvaient être simultanément députés au Conseil des Etats. Par ailleurs, l'art.7 de la loi du 21 décembre 1850 concernant les élections au Conseil national précisait déjà que si les fonctions de membres du Conseil national et du Conseil des Etats sont incompatibles, il était possible de se porter candidat pour les deux chambres, sachant que le candidat était élu aux deux Conseils, il devait choisir entre les deux. Il est toujours possible de se présenter à la fois au Conseil national et au Conseil des Etats, ainsi Diener Verena s'est par exemple présentée aux deux en 2007 et ayant été élue aux deux a choisi le mandat de conseiller des Etats. Il n'y a pas par contre d'incompatibilité entre la qualité de membre d'un parlement cantonal et celle de membre d'une chambre fédérale<sup>813</sup>. Il n'existe pas non plus d'incompatibilité entre la qualité de membre du Parlement fédéral et d'un exécutif cantonal<sup>814</sup>, le caractère représentatif du mandat étant préservé par l'interdiction d'instruction.

Dans le cas allemand, il y avait dans l'Empire bismarckien, comme le relève Ernst Rudolf Huber, une répartition des pouvoirs particulière, entre le pouvoir fédératif (föderativ) et le pouvoir parlementaire<sup>815</sup>. *"L'incompatibilité entre la fonction de membre du Bundesrat et de membre du Reichstag (article 9 RV) n'avait [...] rien à voir avec [...] l'indépendance mutuelle entre les deux chambres [...] [elle] servait la séparation entre le mandat libre de parlementaire du corps législatif élu par le peuple et la fonction de représentant au Bundesrat lié par des instructions de l'exécutif"*<sup>816</sup>. Alors que les méthodes de règlement des affaires étaient marquées par les usages des partis politiques au Reichstag, elles devaient être d'une nature diplomatique, traduire la légitimité fédérale de défense des intérêts des Etats au Bundesrat<sup>817</sup>. Il s'agissait également d'empêcher l'influence des partis politiques et des forces intégratrices au Bundesrat,

---

l'indépendance du Parlement européen (Aff. 208/80, *Lord Bruce of Donnington*) : *supra* partie I chap.II §3 C) 2) a).

<sup>812</sup> La décision n°2002/772 du Conseil a en outre précisé d'autres incompatibilités avec les membres de la BCE, le statut de fonctionnaire ou agent des Communautés,...

<sup>813</sup> Par exemple : Jenny This est à la fois membre du Conseil des Etats pour le canton de Glarus et du parlement cantonal depuis 1998 ; Fetz Anita a été membre du Conseil national et du parlement cantonal de Bâle-Ville de 1985 à 1989 et de 1999 à 2003, puis membre dudit parlement et membre du Conseil des Etats de 2003 à 2004 ; Ory Gisèle est membre du Conseil des Etats et membre du parlement du Canton de Neuchâtel de 2003 à 2007

<sup>814</sup> Diener Verena a par exemple été membre du Conseil national tout en étant membre de l'exécutif cantonal de Zurich en 2007.

<sup>815</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 771), Bd.III, p.850.

<sup>816</sup> *Ibid.*, p.854.

<sup>817</sup> ESCHENBURG (T.), *Bundesrat...* (op.cit. note 779), p.39.



et la défense des particularismes au sein du Reichstag<sup>818</sup>. A l'époque, l'idée que fédéralisme et parlementarisme s'excluaient était très répandue. On ne trouve ainsi parmi les membres du gouvernement fédéral que des fonctionnaires et non des parlementaires, ce que résume Hans Boldt en indiquant que le gouvernement sous le Second Empire était le "*fait de la bureaucratie*"<sup>819</sup>.

Sous la Loi fondamentale, l'incompatibilité entre l'appartenance au Bundesrat et au Bundestag n'est expressément visée que dans le §2 RIBR, et uniquement depuis 1966, mais elle pouvait déjà se déduire de la Constitution fédérale<sup>820</sup>. Selon le §4 de la loi sur les rapports juridiques des membres du gouvernement fédéral<sup>821</sup>, il est par ailleurs interdit d'être membre du gouvernement fédéral et du gouvernement d'un Land. Les membres du Bundesrat étant membres des gouvernements des Länder, on en déduit une incompatibilité entre la qualité du membre du gouvernement fédéral et de membre du Bundesrat. Par contre, il n'y a aucune incompatibilité entre la qualité de membre du gouvernement fédéral et celle de membre du Bundestag, la nomination de députés étant même la norme, comme on le voit avec l'actuel gouvernement allemand<sup>822</sup>. Les membres du gouvernement qui sont députés votent donc en cette qualité les textes de loi. La doctrine allemande justifie l'absence d'incompatibilité par le lien étroit entre la majorité parlementaire et le gouvernement dans un système parlementaire marqué par la logique d'un système de partis où c'est l'opposition qui joue le rôle de contre-pouvoir<sup>823</sup>. Eu égard à la garantie de l'intégrité des intérêts défendus, un tel cumul ne pose de toute façon pas de problème, puisque le gouvernement fédéral a uniquement la légitimation du Bundestag, à la différence du Conseil fédéral suisse et de la Commission européenne qui ont la double légitimité fédérale et démocratique de l'ensemble des citoyens et sont censés faire une synthèse dégageant l'intérêt général fédéral. De même, l'appartenance concomitante au Bundesrat et à un Landtag n'est pas seulement possible, elle est fréquente, cela dépend de la constitution des Länder<sup>824</sup>. Enfin, il n'existe pas d'incompatibilité entre les qualités de membre d'un Landtag et membre du Bundestag, mais en pratique les Landtag cherchent à décourager ce type de cumul<sup>825</sup>.

Aux Etats-Unis, l'art.I sect.6 Cl.2 de la Constitution prévoit qu' "*aucune personne occupant une charge relevant de l'autorité des États-Unis ne sera membre de l'une des deux Chambres tant qu'elle exercera ces fonctions*", duquel il a été déduit l'incompatibilité entre les mandats des deux chambres et celle entre la qualité de membre du Congrès et de Président des Etats-Unis<sup>826</sup>. On ne peut par ailleurs être en même temps membre du Congrès, ministre, maire, gouverneur, membre d'une assemblée d'un Etat ; si une personne ayant l'un de ces mandats en obtient un autre suite à une élection, il doit choisir le mandat qu'il conserve<sup>827</sup>. Enfin, il n'est pas possible de se porter candidat en même temps à plusieurs élections, ce qui exclut notamment de

<sup>818</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 771), Bd.III, p.854.

<sup>819</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...* (op.cit. note 775), p.182.

<sup>820</sup> En ce sens : MAUNZ (T.), Die Rechtstellung der Mandatsträger im Bundesrat, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat...* (op.cit. note 779), p.201.

<sup>821</sup> Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (Bundesministergesetz : BminG) : dans sa version publiée du 27 Juillet 1971 (BGBl. I, p. 1166), telle que modifiée par l'art.1 de la loi du 23 octobre 2008 (BGBl. I, p.2018).

<sup>822</sup> Voir le site du Bundestag en recherchant le nom des membres du gouvernement parmi les députés : <http://www.bundestag.de>.

<sup>823</sup> DETJEN (J.), *Die Werteordnung des Grundgesetzes*, Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, p.261

<sup>824</sup> MAUNZ (T.), Die Rechtstellung... (op.cit. note 820), p.202.

<sup>825</sup> Sur cette question : cf. WAGNER (R.), *Die Zulässigkeit des parlamentarischen Doppelmandats*, Duncker & Humblot, 1986, 202 p.

<sup>826</sup> Voir : TOINET (M.-F.), *Le système politique des Etats-Unis*, PUF, 2<sup>e</sup> ed, 1990, p.124.

<sup>827</sup> *Ibid.*

faire campagne pour le Congrès et pour la présidence des EU en parallèle<sup>828</sup>.

**979.** D'autres facteurs contribuent à l'indépendance mutuelle des institutions.

Ainsi, si le statut des fonctionnaires européens est unique, ils sont "*rattachés à une institution en particulier auprès de laquelle ils accomplissent de facto la totalité de leur carrière*"<sup>829</sup>, ce qui entraîne la naissance d'un "*patriotisme institutionnel*" qui renforce l'autonomie de chaque institution qui peut alors "*développer en toute indépendance ses conceptions et sa propre politique*"<sup>830</sup>.

Autre manifestation de cette indépendance, si l'art.317 TFUE (274 CE) confère à la Commission la compétence d'exécuter le budget sous sa propre responsabilité, dans la limite des crédits alloués et conformément aux conditions fixées par le règlement financier prévu à l'art.322 TFUE (279 CE), le règlement financier de 2002, toujours en vigueur, précise dans son art.22 que, par exception, la Commission n'a pas compétence pour exécuter les parties du budget qui concernant les autres institutions<sup>831</sup>. En outre, la garantie de l'autonomie de détermination de son budget est assurée entre le Conseil et le Parlement, chacun ayant décidé de ne pas mutuellement amender le projet de l'autre<sup>832</sup>.

Par ailleurs, chaque institution doit pouvoir s'organiser de façon autonome<sup>833</sup>, ce qui est assuré par le pouvoir d'adoption de leur règlement intérieur prévu aux articles 232§1, 240§3 et 249§1 TFUE (199§1, 207§3 et 218§2 CE).

**980.** Un déséquilibre dans les pouvoirs mutuels entre deux institutions pourrait toutefois limiter l'autonomie de l'institution en situation de faiblesse.

Dans le cas européen, l'absence de pouvoir de dissolution de la Commission européenne sur le Parlement européen alors que ce dernier a le pouvoir de la renverser pourrait sembler limiter l'autonomie de la Commission. Il faut toutefois se replacer dans le contexte européen. Cette absence s'explique lors de la création de la CEE par plusieurs facteurs. Le Parlement européen étant composé de membres élus par les parlements nationaux, on ne retrouve pas la justification classique de donner aux citoyens le pouvoir de trancher dans un conflit politique entre deux institutions. En outre, ses pouvoirs étant limités, il pouvait apparaître disproportionné de prévoir une telle possibilité<sup>834</sup>. Enfin, il n'apparaît pas nécessaire de l'introduire car il est pensé comme contrepartie de la responsabilité politique, or dans l'UE le caractère transpartisan de la Commission limite la perspective de succès d'une motion de censure<sup>835</sup>.

Dans le cas allemand, la possibilité sous la Confédération et le Second Empire de dissoudre le Reichstag était soumise à une décision du Bundesrat (art.24 RV (24 CCN)), ce qui pourrait apparaître comme relativisant l'autonomie du Reichstag<sup>836</sup>. Mais Ernst Rudolf Huber

<sup>828</sup> *Ibid.*

<sup>829</sup> BLUMANN (C.), *Equilibre...* (*op.cit.* note 751), p.1649

<sup>830</sup> BLUMANN (C.), *Le droit de la fonction publique*, in : DUBOIS (L.) (dir.), *Droits nationaux, droit communautaire. Influences croisées*, Documentation française, 2000, p.132.

<sup>831</sup> Souligné par : ROLAND (S.), *Le triangle...* (*op.cit.* note 737), p.151. Il cite le règlement n°1605/2002 du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *JOCE*, n°L 248 du 16.9.2002, p. 1. Toutefois, les modifications apportées depuis à ce règlement n'ont pas modifié cet aspect (Voir pour les modifications apportées depuis par le règlement n°1081/2010 du 24 novembre 2010 en ce qui concerne le service européen pour l'action extérieure : *JOUE*, n°L 311, du 26 novembre 2010, p.9).

<sup>832</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 744), p.207.

<sup>833</sup> Dans le cadre d'un recours concernant l'accès public aux documents du Conseil, la Cour a évoqué ce pouvoir d'auto-organisation dont dispose toutes les institutions : CJCE, 30 avril 1996, *Pays-Bas c./Conseil*, aff.C-58/94, *Rec.* 1996 p.I-2169.

<sup>834</sup> Voir sur ces deux points : ROLAND (S.), *Le triangle...* (*op.cit.* note 737), p.171.

<sup>835</sup> Sur la procédure de censure de la Commission : *infra* §3 B 1) b).

<sup>836</sup> Ernst Rudolf HUBER souligne que si cette disposition pouvait être interprétée comme donnant l'initiative au Bundesrat avec un simple pouvoir d'approbation de l'Empereur, en pratique les rôles ont été inversés



souligne qu'il n'en a rien été, l'autonomie parlementaire étant notamment garantie, au-delà des incompatibilités susmentionnées, par le pouvoir de contrôle sur leur élection découlant de l'art.27 RV (27 CCN), ou encore par le pouvoir d'adoption de son règlement intérieur et la publicité des séances<sup>837</sup>. Le nombre de dissolutions, quatre entre 1871 et 1918, dont le même auteur note qu'elles étaient la plupart du temps provoquées par des conflits entre les positions du chancelier et de l'Empereur d'une part, et celle de la majorité au Reichstag d'autre part<sup>838</sup>, reste dans les limites d'un usage mesuré de l'instrument pour régler un conflit politique et ne remet pas en cause cette autonomie.

## **B. Le contrôle du respect de l'équilibre institutionnel et de la coopération loyale interinstitutionnelle**

**981.** Les moyens décisifs décrits ci-dessus ne peuvent suffire à eux-seuls à assurer que l'équilibre des intérêts prévu par les traités soit respecté. La Cour de justice joue un rôle complémentaire essentiel en s'assurant du respect des principes d'équilibre institutionnel et de coopération loyale.

Par sa jurisprudence elle contribue fortement à développer son rôle de garante de l'équilibre des intérêts tel qu'il est prévu par les traités (1), notamment, alors que le poids respectif des institutions dans le processus décisionnel en dépend, en contrôlant strictement le choix dans les traités de la base juridique des textes dont elle était saisie du contrôle de légalité (2). Sa jurisprudence conduit toutefois à poser la question de son objectivité dans le contrôle de l'équilibre institutionnel (3).

### ***1) Le développement des modalités du contrôle juridictionnel***

#### **a) Les moyens de recours**

**982.** Dans le cadre européen, deux voies de recours, en annulation et en carence, permettent aux institutions de défendre l'exercice effectif de leurs compétences dans le cadre du processus décisionnel selon que l'atteinte provient d'une action ou d'une omission. La possibilité d'agir ou d'être attiré devant la Cour de justice dans ces deux types de recours a évolué avec le niveau de compétence respectif des institutions. Au départ, le Parlement européen n'ayant, à la différence de la Commission et du Conseil, que des compétences limitées, les auteurs des traités n'ont pas estimé que son action ou son inaction pouvait porter préjudice aux autres institutions et n'ont donc pas prévu la possibilité de l'attirer devant la Cour dans le cadre de ces deux recours. La même raison a conduit à ne pas lui reconnaître à l'art.173§1 CEE de droit de recours en annulation en tant que requérant privilégié, statut qu'ont le Conseil et la Commission et qui permet d'agir sans avoir à prouver d'intérêt à agir. Or la voie de recours ordinaire, qui permet aux personnes physiques ou morales d'introduire un recours, incluse à l'époque à l'art.173§2 CEE, ne pouvait pas non plus lui être ouverte : le fondement invoqué par le parlement européen ne pouvait être qu'une atteinte à ses compétences due à une erreur de procédure, alors que l'art.173§2 ne pouvait être utilisé que quand c'était le contenu du texte adopté qui portait atteinte directement et individuellement aux intérêts du requérant. La seule voie qui lui était ouverte dès 1957 était celle du recours en carence de l'art.175 CEE dont les chances d'aboutissement sont extrêmement minces. Un des rares recours en carence initié par le Parlement européen, qui a abouti dans un arrêt *Parlement c/ Conseil* de 1985, présentait un contexte juridique particulier. En effet, le traité CEE imposait un résultat précis à atteindre en matière de libre prestation dans le domaine des transports, dans un délai limité, à savoir l'expiration de la période de transition,

---

(*Deutsche...* (op.cit. note 771), Bd.III, p.883).

<sup>837</sup> *Ibid.*, p.884 et p.888.

<sup>838</sup> *Ibid.*

et ce délai avait été dépassé<sup>839</sup>.

La voie du recours en annulation est donc la seule véritablement efficace pour une institution pour protéger ses compétences. La Cour, par sa jurisprudence, fait évoluer le statut du Parlement européen au regard de la légitimation passive et active à partir du milieu des années 1980, parallèlement au renforcement des compétences de cette institution par l'Acte unique.

La Cour a fait un premier pas dans un arrêt *Les Verts* de 1986<sup>840</sup> en reconnaissant la possibilité d'attaquer les actes du Parlement européen. Le parti les Verts avait introduit un recours en tant qu'association contre des décisions du bureau du Parlement européen. Le Parlement européen n'a pas soulevé de moyen d'irrecevabilité car il voulait profiter de l'occasion pour plaider qu'interpréter de l'art.173 CEE comme visant ses actes comme attaquables devait conduire à lui reconnaître qualité pour attaquer les actes du Conseil et de la Commission dans le cadre du recours en annulation<sup>841</sup>. La Cour a soulevé d'office ce moyen d'irrecevabilité. Elle indique que l'absence de légitimation passive du Parlement européen dans le cadre du traité CEE s'expliquait car celui-ci ne lui conférait pas à l'origine le pouvoir d'adopter des actes juridiques contraignants vis-à-vis des tiers<sup>842</sup>. Elle explique l'inclusion *a contrario* dans l'art.38 CECA d'une telle légitimation passive par le pouvoir dont il disposait dans le cadre du traité d'adopter de tels actes juridiquement contraignants pour les tiers. Cette comparaison ajoutée à la référence à la nature de Communauté de droit de la CEE constituée par l'existence d'un système complet de voies de recours la conduit à repousser une interprétation de l'art.173 CEE qui aboutirait à écarter la possibilité d'étudier la validité des actes du Parlement européen comme contraire à l'esprit du traité<sup>843</sup>. L'objet du recours ne concernant pas la légitimation active du Parlement européen, elle ne se prononce pas sur le lien fait par le Parlement européen entre celle-ci et la reconnaissance de sa légitimation passive.

La Cour a eu l'occasion de préciser sa position en matière de légitimation active du Parlement européen dans un arrêt *Parlement c/ Conseil* de 1988<sup>844</sup>. La Cour indique tout d'abord expressément que l'art.173§2 CEE serait inapproprié pour un recours du Parlement européen<sup>845</sup>. Elle étudie ensuite le fondement sur l'art.173 §1 CEE. Elle rejette tout d'abord toute interprétation par analogie avec le droit du Parlement d'introduire un recours en carence ou d'intervenir dans le cadre d'un litige<sup>846</sup>. Elle écarte ensuite le parallélisme avec la reconnaissance de sa légitimation passive dans l'arrêt *Les Verts*. Elle souligne notamment qu'un des fondements de sa conclusion, l'art.38 CECA, ne pouvait servir dans le cas de la légitimation active puisqu'il l'incluait pas de droit de recours au Parlement européen<sup>847</sup>. Par rapport à l'argument de l'absence de pouvoir du Parlement européen pour défendre ses prérogatives, la Cour se contente de constater que les rédacteurs des traités ont choisi de ne pas lui conférer un tel pouvoir en dépit de l'extension de ses compétences. Elle renvoie au surplus à une possibilité indirecte de défendre ses prérogatives en demandant à la Commission d'effectuer un recours en annulation, ainsi qu'aux voies ouvertes pour toute personne à demander l'annulation d'un acte communautaire, soit directement sur la base de l'art.173§2 CEE soit indirectement par l'exception d'illégalité prévue à l'art.184 CEE, qui permettent selon elle également de sanctionner une violation des compétences du Parlement européen<sup>848</sup>.

<sup>839</sup> CJCE, 22 mai 1985, *Parlement c/ Conseil*, aff.13/83, *Rec.*1985 p.1513, pts.64-68.

<sup>840</sup> CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts*, aff.294/83, *Rec.*1986 p. 1339.

<sup>841</sup> *Ibid.*, pt.22.

<sup>842</sup> *Ibid.*, pt.24.

<sup>843</sup> *Ibid.*, pt.23 et pt.25.

<sup>844</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Parlement c/ Conseil*, aff. 302/87, *Rec.*1988 p.5615.

<sup>845</sup> *Ibid.*, pts.9-10.

<sup>846</sup> *Ibid.*, pts.15-16 et pt.18.

<sup>847</sup> *Ibid.*, pt.24.

<sup>848</sup> CJCE, 22 mai 1990, *Parlement c/ Conseil*, aff. 302/ 87 dite "*Tchernobyl*", pts.26-27.

Cette position est rapidement modifiée puisque dès un arrêt dit "*Tchernobyl*" de 1990. Elle reconnaît que les alternatives avancées à l'absence de droit de recours du Parlement européen pour défendre ses prérogatives sont "*inefficaces ou incertaines*"<sup>849</sup>. Or elle poursuit que "*ces prérogatives sont l'un des éléments de l'équilibre institutionnel créé par les traités*" et que "*le respect de l'équilibre institutionnel [...] exige que tout manquement à cette règle, s'il vient à se produire, puisse être sanctionné*"<sup>850</sup>. Elle estime que le respect de ce principe ne peut se voir opposer l'absence de prévision expresse dans l'art.173 CEE d'un droit de recours du Parlement européen. Elle considère en effet qu'il s'agit d'une lacune procédurale, et conclut à un statut de requérant intermédiaire permettant au Parlement européen d'exercer un recours uniquement dans le but de défendre ses prérogatives<sup>851</sup>.

Le Traité de Maastricht a repris cet acquis jurisprudentiel en ouvrant un droit de recours en annulation au Parlement européen pour la défense de ses prérogatives et en étendant le recours en annulation contre les actes adoptés conjointement par le Parlement et le Conseil. Il est à noter que ce même traité étend également la possibilité de recours en carence à une inaction du Parlement européen.

Finalement, le Traité de Nice a conféré au Parlement européen le statut de requérant privilégié, parachevant au plan du droit de recours l'équivalence avec le Conseil et la Commission européenne.

**983.** La comparaison avec le contexte juridique allemand est, relativement aux voies de recours pour la sauvegarde de ses compétences pour une institution, encore une fois intéressante. C'est en effet le seul des trois modèles fédéraux étudiés à présenter des conflits juridictionnels entre les organes décisionnels fédéraux.

Déjà sous la Confédération germanique, la juridiction arbitrale créée en 1834 était chargée de régler les litiges entre l'exécutif et les assemblées au sein d'un Etat en l'absence de juridiction compétente, et sous la réserve de l'accord des parties au litige<sup>852</sup>. Même si elle n'a jamais été utilisée, l'idée de règlement juridique de litiges entre des organes constitutionnels a été conservée dans les esprits et, le système institutionnel fédéral ne se résumant plus à une Diète, transposée à des litiges entre les organes fédéraux avec le projet Constitution de 1849. Ce projet prévoit dans son §126b une compétence du Tribunal fédéral qu'il établissait pour régler les litiges entre les deux chambres fédérales, ainsi qu'entre le gouvernement et l'une des chambres sur l'interprétation de la Constitution fédérale. Les Constitutions de la Confédération du Nord et du Second Empire ne reprennent pas de solution juridictionnelle au règlement de litiges entre les niveaux fédéral et fédéré, qui sont alors considérés de nature politique, et le même type de raisonnement conduit à écarter cette voie pour régler d'éventuels litiges entre les institutions fédérales, le Bundesrat et le chancelier fédéral jouant un rôle central pour éviter les tensions. La Constitution de Weimar ne reprend pour la Cour étatique de l'Empire allemand qu'elle établit que la compétence pour régler les litiges constitutionnels internes à un Land (art.19 WRV). Et il faut attendre la Loi fondamentale dont les travaux préparatoires étaient notamment nourris par l'expérience du projet de Constitution de 1849, pour qu'une procédure de règlement juridictionnel des litiges entre organes fédéraux soit prévue.

En vertu de l'art.93§1 n°1 LF, la Cour constitutionnelle est compétente pour connaître des "*litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres*". Il s'agit d'une procédure visant à déterminer si un organe

---

<sup>849</sup> *Ibid.*, pt.16 et s.

<sup>850</sup> *Ibid.*, pts.21-22.

<sup>851</sup> *Ibid.*, pts.26-27.

<sup>852</sup> JOUANJAN (O.), Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933), in : GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (É.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp.21-22. Voir sur le règlement des litiges dans le contexte allemand : *supra* partie I chapitre II section I §2 A 1 b.



constitutionnel a, par son comportement, induit une atteinte aux droits d'un autre organe constitutionnel, même si la délimitation par rapport au contrôle abstrait de norme n'est pas toujours simple<sup>853</sup>. Le but de la procédure de litiges entre organes est, au-delà du respect de la séparation des pouvoirs et de la protection des minorités politiques qui ne nous intéresse pas ici, d'assurer la préservation des compétences des organes constitutionnels. Elise Carpentier le résume en indiquant que cette procédure "*est un instrument de protection des compétences de l'ensemble des organes constitutionnels de l'Etat résultant de leurs attributions constitutionnelles spécifiques*"<sup>854</sup>, qu'elle "*ne s'apparente pas à une action purement objective, qui serait ouverte à tous les organes constitutionnels souhaitant obtenir une sanction de n'importe quel acte d'un autre organe constitutionnel qu'ils estimeraient inconstitutionnel*"<sup>855</sup>. L'intérêt doit être direct, le requérant doit prouver un lien de causalité direct entre la violation de ses droits ou obligations et l'action ou l'omission du défendeur. Elise Carpentier donne ainsi, l'exemple *a contrario* du rejet d'un recours de petits partis politiques contre la décision du Président Köhler de dissoudre le Bundestag en 2005, recours qui se fondait sur l'atteinte à l'égalité des chances aux élections, en ce que cette décision n'avait rien à voir avec les conditions posées aux partis pour présenter des candidats aux élections du Bundestag<sup>856</sup>.

Cette procédure est comparable au recours en annulation qui était ouvert au Parlement européen jusqu'au Traité de Nice qui lui permettait d'agir en cas d'atteinte à ses compétences. Elle en diffère toutefois car le recours peut, dans le cas de l'art.93§1 n°1 LF, être exercé contre toute violation ou "*menace immédiate de violation*" de ses droits et obligations provenant d'une mesure ou d'une "*omission*" de l'organe attaqué, en vertu du §64 de la loi sur l'organisation de la Cour constitutionnelle (BVerfGG)<sup>857</sup>, là où l'omission relève dans le contexte européen du recours en carence. On retrouve par contre la même condition stricte de preuve. Pour qu'il y ait omission inconstitutionnelle, le requérant doit prouver qu'il était en droit d'attendre une action précise du défendeur<sup>858</sup>. Un tel exemple d'omission est donné par une décision *Flick* de 1984<sup>859</sup>. Dans l'espèce, le gouvernement avait refusé de remettre une partie des documents qui lui avaient été demandés par une commission d'enquête du Bundestag.

Si la logique de protection des compétences des organes constitutionnels allemands se rapproche de celle à la base des conflits interinstitutionnels dans le cadre européen, la pratique ne permet qu'une comparaison limitée car c'est la séparation des pouvoirs par la protection des droits de l'opposition, plus que la défense de l'intérêt défendu par l'institution qui est généralement en cause dans les litiges en Allemagne. Une opposition entre organes liée à la procédure suivie peut certes naître entre le Bundestag et le gouvernement d'une part, et le Bundesrat d'autre part, au sujet de la qualification du projet de loi, celle-ci entraînant la soumission ou non à accord obligatoire du Bundesrat<sup>860</sup>, d'une façon comparable aux conflits interinstitutionnels dans l'Union européenne. Ainsi si selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le Bundestag est libre d'adopter des lois séparées sur une même question<sup>861</sup>, ce

<sup>853</sup> MEYER (W.), Art.93 GG, in : KÜNIG (P.), MÜNCH (I. von), *Grundgesetz. Kommentar, Bd.II*, 6. Aufl., München, Beck, 2012, p.707.

<sup>854</sup> CARPENTIER (E.), *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, 2006, pp.151-152

<sup>855</sup> *Ibid.*, p.196.

<sup>856</sup> BVerfGE 114, 107 (2<sup>e</sup> sénat du 23 août 2005) (cité par : CARPENTIER (E.), *Ibid.*, p.198).

<sup>857</sup> *BGBl.*1993 I, p.1473. Pour la version actualisée cf. <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/>.

<sup>858</sup> Voir en ce sens par exemple : BVerfGE 96, 264 (2<sup>e</sup> sénat du 17 septembre 1997) (p.277, pt.56). Voir en ce sens : MEYER (W.), Art.93 GG (*op.cit.* note 853), p.707.

<sup>859</sup> BVerfGE 67, 100 (2<sup>e</sup> sénat 17 juillet 1984), exemple souligné par : CARPENTIER (E.), *La résolution...*(*op.cit.* note 854), p.231.

<sup>860</sup> Souligné par exemple par : JAAG (T.), *Die Zweite Kammer im Bundesstaat. Funktion und Stellung des schweizerischen Ständerates, des deutschen Bundesrates und des amerikanischen Senats*, Zürich Schulthess, 1976, p.37.

<sup>861</sup> BVerfGE 37, 363 (p.382, pt.83).



qui lui permet de conserver une certaine maîtrise sur la soumission au Bundesrat, ce choix peut apparaître théorique en raison du caractère inséparable qui s'attache fréquemment aux dispositions d'une loi. Or, s'il "choisit" de ne pas adopter des lois séparées, une autre jurisprudence de Karlsruhe soumet l'ensemble de la loi à accord même quand seulement quelques articles sont concernés<sup>862</sup>. L'essentiel des recours provient toutefois non pas des organes en tant que tels, mais d'une partie des organes. Le §63 BVerfGG précisant la formule de l'art.93§1 n°1 LF énonce en effet que peuvent être requérants dans ce cadre non seulement le Président fédéral, le gouvernement fédéral, le Bundestag, le Bundesrat, mais également des parties de ces organes qui disposent en vertu de la Loi fondamentale ou des règlements intérieurs du Bundestag et du Bundesrat de droits propres. La jurisprudence a ainsi précisé que les présidents des deux chambres, leurs membres individuels, les fractions au Bundestag, les ministres,... ainsi que, dans certains cas, les partis politiques peuvent exercer un recours sur la base de l'art.93 §1 n°1 LF<sup>863</sup>. Le plus souvent c'est une partie des membres d'un organe faisant partie de l'opposition comme dans le cas un arrêt de 1994<sup>864</sup>. Dans l'espèce, le groupe SPD au Bundestag s'opposait au Gouvernement fédéral au sujet de la décision par ce dernier de l'envoi de soldats allemands en Somalie et en ex-Yougoslavie, le requérant invoquant notamment un pouvoir d'approbation du Parlement pour l'intervention de troupes allemandes. Parfois il peut s'agir d'un recours de membres contre l'organe dont ils font partie comme dans le cas d'un arrêt de 2004<sup>865</sup> qui opposait la fraction CDU/CSU du Bundestag à l'institution Bundestag au sujet d'une décision du Bundestag concernant la détermination de la composition des membres du comité de conciliation.

#### **b) Le fondement du recours : l'équilibre institutionnel et la coopération loyale**

**984.** La première évocation par la Cour de justice de l'équilibre institutionnel, même si cette expression n'est pas employée, se trouve dans un arrêt *Meroni* de 1958<sup>866</sup>. Dans l'espèce, les requérants demandaient l'annulation d'une décision de l'organe de gestion de l'approvisionnement en ferraille du Marché commun, car ils estimaient que la décision de la Haute autorité de la CECA ayant créé cet organe était illégale. Ils reprochaient à la Haute Autorité un détournement de pouvoir et notamment dans ce cadre l'irrégularité de la délégation de pouvoirs à cet organe. Après avoir reconnu que la décision de la Haute autorité avait délégué des pouvoirs à l'organe qu'elle créait, et non un simple rôle de délibération<sup>867</sup>, la Cour étudie l'étendue de la délégation des pouvoirs. Elle affirme qu'il découle de l'art.3 CECA, qui énumère les objectifs visés par la CECA et impose leur réalisation aux "*institutions de la Communauté dans le cadre de leurs attributions respectives et dans l'intérêt commun*", une obligation de respecter l' "*équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté*" constituant une "*garantie fondamentale accordée par le traité*"<sup>868</sup>. Elle poursuit que la délégation d'un pouvoir discrétionnaire à une autorité distincte de celle qui était prévue par le traité pour l'exercer viole cette garantie, et conclut que la décision établissant l'organe est incompatible avec l'obligation de respect de l'équilibre des pouvoirs institutionnels découlant du traité<sup>869</sup>.

---

<sup>862</sup> BVerfGE 8, 274 (p.294, pt.89) ; BVerfGE 24, 184 (p.195). La révision constitutionnelle de 2006 portant réforme du fédéralisme allemand visait notamment à réduire la part des lois soumises à l'obligation d'accord du Bundesrat.

<sup>863</sup> Voir pour les références de jurisprudence : MEYER (W.), Art.93 GG (*op.cit.* note 853), p.709.

<sup>864</sup> BVerfGE 90, 286 (2<sup>e</sup> sénat du 12 juillet 1994) (cité par : CARPENTIER (E.), *La résolution...* (*op.cit.* note 854), p.57).

<sup>865</sup> BVerfGE 112, 118 (2<sup>e</sup> sénat du 8 décembre 2004) (cité par CARPENTIER (E.), *Ibid.*)

<sup>866</sup> Cour de justice, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 9/56 et 10/56, *Rec.*1958 p.11.

<sup>867</sup> *Ibid.*, p.40.

<sup>868</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>869</sup> *Ibid.*, p.47.



**985.** Il faut toutefois attendre les années 1980 pour que la jurisprudence en matière d'équilibre institutionnel se développe. Olivier Costa note que l'élection directe au suffrage universel a offert un point d'appui à la CJCE pour défendre le caractère obligatoire de la consultation du Parlement par le Conseil sur cette base de l'équilibre institutionnel<sup>870</sup>. Ainsi, dans un arrêt *Roquette* dit "*Isoglucose*" de 1980<sup>871</sup>, la Cour affirme que la "*consultation [...] est le moyen qui permet au Parlement de participer effectivement au processus législatif de la Communauté*", ajoutant qu'il s'agit d'une "*compétence [qui] représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité*"<sup>872</sup>. Elle poursuit que ce pouvoir du Parlement "*est le reflet, bien que limité, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative*", et que sa non consultation constitue une violation des formes substantielles entraînant la nullité de l'acte concerné<sup>873</sup>. La Cour indique que le Conseil avait l'obligation d'utiliser tous les moyens qu'il avait pour obtenir cet avis. Elle répond ensuite au Conseil, qui arguait que le Parlement européen avait "*par son propre comportement, rendu impossible l'accomplissement de cette formalité*", qu'il pouvait encore demander au Parlement européen la mise en œuvre de la procédure d'urgence ou l'organisation d'une session extraordinaire pour obtenir cet avis<sup>874</sup>. La Cour parle en outre dans cet arrêt d'obligation de "*consultation régulière*", mais c'est dans un arrêt ultérieur, *Parlement c/ Conseil* de 1992, qu'elle explicite ce qu'elle entend par là quant au déroulement de la procédure décisionnelle. Elle énonce ainsi qu'il existe une obligation de reconsultation si une modification substantielle est apportée par le Conseil par rapport au texte étudié par le Parlement européen dans la mesure où cette modification ne résulte pas de la reprise de ses amendements<sup>875</sup>. Tout comme l'absence totale de consultation, cette absence de reconsultation dans une telle configuration constitue la violation d'une formalité substantielle entraînant la nullité de l'acte concerné<sup>876</sup>.

Alors que le Parlement européen cherchait à étendre ses pouvoirs par une interprétation extensive des compétences qui lui étaient conférées dans les traités, cette jurisprudence appliquée en l'état pouvait conduire à un report du rendu de l'avis jusqu'à ce que le Parlement européen ait obtenu des concessions suffisantes de la part du Conseil, modifiant ainsi l'équilibre institutionnel prévu par les auteurs des traités que cette jurisprudence visait justement à protéger. La Cour n'avait pas dans l'arrêt *Isoglucose* répondu sur le principe à l'argument du Conseil concernant le comportement du Parlement européen, se contentant d'indiquer dans l'espèce que le Conseil n'avait pas épuisé ses moyens d'obtenir son avis. Il faut attendre un arrêt *Parlement c/ Conseil* de 1995<sup>877</sup> pour que la Cour limite la portée de cette jurisprudence en lui appliquant une autre de ses jurisprudences issue de un arrêt *Grèce c/ Conseil* de 1988<sup>878</sup>, sur la soumission des institutions européennes au principe de coopération loyale dans leurs relations mutuelles. Dans cette affaire, le Conseil avait indiqué au Parlement européen qu'il devait adopter le texte objet du recours dans un certain délai pour qu'il n'y ait pas de vide juridique. Or le Parlement européen n'avait pas étudié le texte avant la fin de la dernière session qu'il tenait dans le cadre du délai indiqué par le Conseil. La Cour relève que des motifs extérieurs à ce texte

<sup>870</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 744), p.38.

<sup>871</sup> CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette Frères c/ Conseil*, aff.138/79 dite "*Isoglucose*", Rec.1980 p.3333.

<sup>872</sup> *Ibid.*, pt.33.

<sup>873</sup> *Ibid.*

<sup>874</sup> *Ibid.*, pts.35-36.

<sup>875</sup> CJCE, 16 juillet 1992, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-65/90, Rec.1992 p. I-4593, pt.16. Voir pour une autre annulation sur ce fondement par exemple : CJCE, 5 juillet 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-21/94, Rec.1995 p.I-1827.

<sup>876</sup> Aff. C-65/90, *Parlement c/ Conseil*, pt.21.

<sup>877</sup> CJCE, 30 mars 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-65/93, Rec.1995 p.I-643.

<sup>878</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c/ Conseil*, aff.204/86, Rec.1988, p.5323.



ont conduit à ce résultat et conclut que le Parlement européen en ne tenant finalement pas compte de la nécessité de rendre cet avis en urgence a violé son obligation de coopération loyale<sup>879</sup>. Elle poursuit qu'ayant violé cette obligation, le Parlement européen ne pouvait pas se prévaloir de ce que le Conseil n'avait pas attendu qu'il rende son avis pour demander l'annulation du texte<sup>880</sup>.

Il est à noter que la Cour constitutionnelle allemande a également dégagé un devoir de coopération/ collaboration entre organes qui trouve une application dans plusieurs décisions à l'instar d'une décision de 1977 sur le contrôle du budget<sup>881</sup> ou d'une décision *Flick* de 1984<sup>882</sup>. Dans cette dernière, Elise Carpentier note que la Cour "*semble dire que la communication par le gouvernement des documents sollicités par la commission parlementaire requérante est une exigence de la nécessaire collaboration entre les pouvoirs*"<sup>883</sup>.

## 2) Le conflit de base juridique, expression des conflits interinstitutionnels de compétence

**986.** L'équilibre institutionnel trouve un champ d'application particulièrement fourni dans un domaine particulier, celui des conflits de bases juridiques servant à fonder un texte. Dans la plupart des systèmes fédéraux où il existe une procédure législative comme aux Etats-Unis et en Suisse où les deux chambres sont à égalité, ou deux procédures législatives comme en Allemagne sous la Loi fondamentale. Dans ce dernier cas, le Bundesrat a, selon les domaines, un pouvoir d'opposition (*Einspruch*) pouvant être surmonté par un vote au Bundestag<sup>884</sup>, ou un pouvoir d'approbation (*Zustimmung*). Dans le cas de l'Union européenne, il n'existe pas une ou deux procédures législatives rassemblées dans une disposition des traités, pour déterminer la procédure décisionnelle applicable dans un cas particulier, il faut regarder l'article servant de base juridique. En fonction de la base juridique choisie, les institutions ont un poids différent sur le texte discuté, et si l'une d'entre elle estime que la base choisie lui est défavorable en termes d'influence elle attaquera le texte, expliquant ce phénomène particulier à l'Union européenne des conflits de base juridique<sup>885</sup>.

**987.** Le rôle du conflit de base juridique dans le respect de l'équilibre institutionnel ne se développe qu'à partir de la fin des années 1980 avec l'entrée en vigueur de l'Acte unique. Une première raison est que ce qui compte durant la période de fondation de la CEE jusqu'aux années 1980 est l'adoption effective de textes au niveau européen. Anne Wachsmann rappelle en effet la difficulté d'obtenir un accord au Conseil, en raison notamment du compromis de Luxembourg de 1965, et que par rapport à cet enjeu basique, "*le contentieux de la base juridique est [...] un contentieux de la maturité, un « luxe » juridique*"<sup>886</sup>. L'auteur cite pour illustrer cette perspective les conclusions de l'avocat général Trabucchi, dans l'affaire *Massey-Fergusson* qui estime que la question de la base juridique n'a qu'un intérêt académique, considérant que même si une procédure plus souple devait être appliquée, aucun intérêt public n'était mis en cause<sup>887</sup>. C'est une fois le processus décisionnel débloqué au Conseil que la Cour

<sup>879</sup> Aff. C-65/93, *Parlement c/ Conseil*, pts.24-27.

<sup>880</sup> *Ibid.*, pt.28.

<sup>881</sup> BVerfGE 45, 1 (2<sup>e</sup> sénat 25 mai 1977).

<sup>882</sup> BVerfGE 67, 100 (2<sup>e</sup> sénat 17 juillet 1984).

<sup>883</sup> CARPENTIER (E.), *La résolution...*(*op.cit.* note 854), p.220.

<sup>884</sup> Le Bundestag lève à la majorité simple ou à la majorité des deux tiers un veto voté au Bundesrat selon que celui-ci a été soutenu par une majorité simple ou une majorité des deux tiers de ses membres selon l'art.77§4 LF.

<sup>885</sup> En ce sens de conflit utilisant une argumentation formelle masquant un conflit de pouvoirs : cf. BLUMANN (C.), *Equilibre...*(*op.cit.* note 751), p.1651.

<sup>886</sup> WACHSMANN (A.), *Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour, Europe*, janvier 1993, n°1, p.1.

<sup>887</sup> Conclusions de l'avocat général Trabucchi, dans l'aff.9/73, *Massey-Fergusson*, Rec.1973 p.8911 (citées par



va pouvoir se pencher sur les erreurs dans le choix des bases juridiques afin de faire respecter l'équilibre institutionnel voulu par les auteurs des traités pour chaque type de compétence. Avec l'application effective de la majorité qualifiée au Conseil dans les cas où le traité le prévoit, et la diversification des procédures, augmentant le pouvoir du Parlement européen avec l'Acte unique, la base juridique devient un enjeu important<sup>888</sup>. La Cour pose un cadre strict de détermination de la base juridique dans un arrêt *Commission c/ Conseil* dite "SPG" de 1987, dans lequel elle affirme que "*la controverse sur la base juridique correcte n'est pas de portée purement formelle étant donné que les articles 113 et 235 du Traité comportent des règles différentes pour la formation de la volonté du Conseil et que le choix de la base juridique est donc susceptible d'avoir des conséquences sur la détermination du contenu des règlements attaqués*"<sup>889</sup>. Le choix de la base a une conséquence potentielle sur le contenu de l'acte en raison des différences d'influence des institutions (amendements du Parlement, poids de la Commission dans les négociations,...). La Cour précise dans cet arrêt que le but et le contenu d'un acte doivent servir de référence pour déterminer si sa base juridique est adéquate<sup>890</sup>. La Cour rejette par contre un certain nombre d'arguments au soutien du choix d'une base juridique<sup>891</sup>. Ainsi en est-il de la pratique des institutions<sup>892</sup>. Elle réfute également toute transposition de sa jurisprudence en matière de répartition des compétences entre Etats et UE sur le parallélisme des compétences internes et externes à la répartition des pouvoirs entre institutions<sup>893</sup>, car cette jurisprudence a pour but d'assurer l'effet utile des actions internes de l'UE, et qu'une telle argumentation n'est pas transposable en matière de répartition des compétences entre institutions.

L'arrêt *SPG* impliquait une modification de la jurisprudence en matière de double base juridique et de recours à l'art.235 CEE, ce à quoi la Cour commence à préciser dans un arrêt *Commission c/ Conseil* de 1988<sup>894</sup>. Concernant l'art.235 CEE, la Cour précise qu'il ne peut être utilisé "*que si l'institution en cause ne peut fonder sa compétence sur aucune autre disposition du traité*"<sup>895</sup>, mais ajoute toutefois pour l'espèce qu'il ne s'agissait que d'un vice formel qui n'entraîne pas la nullité de l'acte car l'unanimité était déjà requise au Conseil en vertu de l'art.28 CEE<sup>896</sup>. L'arrêt vise à limiter le recours qui était devenu très fréquent à l'art.235 CEE comme base juridique complémentaire aux cas strictement nécessaires afin d'éviter d'imposer l'unanimité pour la décision au Conseil, là où la base juridique particulière prévoit la majorité qualifiée. Concernant l'obligation de double base juridique, elle précise qu'elle est posée quand le texte repose sur deux titres de compétence distincts<sup>897</sup>. La Cour a par la suite précisé cette obligation en indiquant qu'une double base juridique n'était requise que quand l'étude du but et du contenu de l'acte conduisait à conclure à une équivalence des objectifs poursuivis, ajoutant que par contre si l'un se révèle accessoire par rapport à l'autre, c'est uniquement la base juridique visant à un réaliser l'objectif principal qui doit être choisie.

---

: WACHSMANN (A.), *Ibid.*, p.1).

<sup>888</sup> Auparavant, la répartition était toujours la suivant : la Commission propose, le Parlement est consulté, et le Conseil décide (souligné notamment par : BLUMANN (C.), *Equilibre...*(*op.cit.* note 751), pp.1640-1641). Voir pour l'évolution des pouvoirs du Parlement européen : *infra* §2 A 1).

<sup>889</sup> CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff.45/86 dite "SPG", *Rec.*1987 p.1493, pt.12.

<sup>890</sup> "*Le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel*" (*Ibid.*, pt.11).

<sup>891</sup> CJCE 9 août 1994, *France c/ Commission*, aff.C-327/91, *Rec.*1994 p.I-3641.

<sup>892</sup> *Ibid.*, pt.39.

<sup>893</sup> *Ibid.*, pt.41.

<sup>894</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Conseil*, aff.165/87, *Rec.*1988 p.5545.

<sup>895</sup> *Ibid.*, pts.17-18.

<sup>896</sup> *Ibid.*, pt.19.

<sup>897</sup> *Ibid.*, pt.11.

Avec le Traité de Maastricht et la différenciation entre piliers, un nouveau type de contentieux de base juridique va se développer sur la base de l'art.47 UE qui énonce que le traité sur l'UE n'affectant pas les dispositions du traité CE et qui était interprétée comme posant un principe d'interdiction de fonder un acte juridique sur une disposition du traité sur l'UE si une base juridique adéquate existe dans le traité CE. Dans un arrêt *Commission c/ Conseil* de 1998, la Cour a précisé que même si elle n'a pas de compétence de contrôle dans le domaine du 3<sup>e</sup> pilier, elle pouvait vérifier la validité du choix de la base juridique<sup>898</sup>.

L'enjeu était important pour les Etats car dans le cadre du second et du troisième pilier, le Conseil avait le pouvoir décisionnel essentiel, les pouvoirs de la Commission étant diminués et le Parlement européen n'ayant au mieux qu'un pouvoir consultatif. Une autre décision *Commission c/ Conseil* de 2005<sup>899</sup> illustre ce problème. Dans l'espèce, une décision-cadre relative à des sanctions pénales pour des infractions commises en matière environnementale avait été adoptée par le Conseil sur la base des art.29, 31 et 34 UE alors que la proposition originelle de la Commission reposait sur l'art.175 CE. La CJCE commence par rappeler l'interdiction posée à l'art.47 UE et rappelée art.29 UE, puis, l'étude du but et du contenu de la décision-cadre lui fait conclure que son objectif principal est environnemental<sup>900</sup>.

La répartition entre le 1<sup>er</sup> et le 3<sup>e</sup> pilier était aussi en cause dans un arrêt *Irlande c/ Parlement et Conseil* de 2009<sup>901</sup>. Dans l'espèce, plusieurs Etats avaient présenté au Conseil une initiative de décision-cadre sur la base des articles 31I c) et 34 §2 b) UE concernant la conservation de données dans le cadre de fourniture de services électroniques à des fins de prévention, de détection et poursuite d'infractions pénales. Mais finalement, une directive avait été adoptée sur la base de l'art.95 CE, ce que critiquait l'Irlande dans son recours. Après avoir rappelé l'objectif de protection de l'acquis communautaire de l'art.47 UE et sa compétence pour contrôler le respect de cette disposition, la Cour explicite sa portée en énonçant qu'il y a violation de l'art.47 UE si les dispositions d'une réglementation européenne relèvent de compétences communautaires et que celle-ci est néanmoins fondée sur une base juridique issue du traité UE<sup>902</sup>. L'étude du but et du contenu de la directive fait conclure la Cour que l'objectif principal était le bon fonctionnement du marché intérieur<sup>903</sup>.

Enfin, on évoquera le cas d'un conflit de bases juridiques entre le 1<sup>er</sup> et le 2<sup>e</sup> pilier avec l'arrêt *Commission c/ Conseil* de 2008<sup>904</sup>. En l'espèce, la Commission demandait l'annulation d'une décision du Conseil mettant en œuvre une action commune en vue d'une contribution de l'UE dans le cadre du moratoire sur les armes légères et de petit calibre en ce qu'elle était fondée sur le 2<sup>e</sup> pilier alors qu'elle empiétait selon elle sur la compétence communautaire en matière de coopération au développement. La CJCE indique qu' "*un acte produisant des effets juridiques adopté dans le cadre du titre V du traité UE affecte les dispositions du traité CE au sens de l'article 47 UE dès qu'il aurait pu être adopté sur le fondement de ce dernier traité*", écartant l'interprétation de la disposition limitant la violation de cette disposition à la preuve que l'acte contesté "empêche ou limite l'exercice par la Communauté de ses compétences"<sup>905</sup>. Elle rappelle par ailleurs qu'une double base juridique, l'une relevant du traité UE, l'autre du traité CE, est exclue en vertu de l'art.47 UE<sup>906</sup>. Comme en l'espèce les deux objectifs de maintien de la paix (PESC) et de soutien au développement étaient équivalents au regard de la

<sup>898</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Commission c/ Conseil*, aff.C-170/96, *Rec.*1998 p.I-2763, pt.16.

<sup>899</sup> CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff.C-176/03, *Rec.*2005, p.I-7879.

<sup>900</sup> *Ibid.*, pt.47 : si elle reconnaît que le droit pénal est de la compétence des Etats, elle poursuit que des mesures peuvent être prises au niveau communautaire quand elles sont "*nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement*".

<sup>901</sup> CJCE, 10 février 2009, *Irlande c/ Parlement et Conseil*, aff.C-301/06, *Rec.*2009 p.I-593.

<sup>902</sup> *Ibid.*, pts76-78.

<sup>903</sup> *Ibid.*, pt.80.

<sup>904</sup> CJCE 20 mai 2008, *Commission contre Conseil*, aff.C-91/05, *Rec.*2008 p.I-3651.

<sup>905</sup> *Ibid.*, pt.60.

<sup>906</sup> *Ibid.*, pt.76.

finalité et du contenu de l'acte, la Cour conclut que l'art.47 UE a été violé<sup>907</sup>.

Si le Traité de Lisbonne met fin à la division en piliers et si les recours sur la base de l'art.47 UE ont pour une large part porté sur le choix d'une disposition du 3<sup>e</sup> pilier dont la matière fait désormais l'objet d'un régime juridique identique à l'ancien pilier communautaire, l'art.40 TUE reprend l'objectif de l'art.47 UE dans la perspective de la PESC. A la différence de cette disposition toutefois, l'art.40 TUE pose l'obligation réciproque protégeant contre un empiètement sur les compétences en matière de PESC d'actes adoptés pour mettre en œuvre d'autres politiques de l'UE.

### 3) La Cour de justice : garante neutre de l'équilibre institutionnel?

**988.** La question se pose de la neutralité de la Cour de justice dans le contrôle du respect de l'équilibre institutionnel car elle a manifesté dans sa jurisprudence un soutien aux compétences de la Commission et du Parlement européen. Le problème est que si sa jurisprudence se montre trop manifestement en faveur d'institutions, modifiant l'équilibre institutionnel des traités en défaveur du Conseil, il existe des risques de tensions avec les Etats membres qui sont représentés au Conseil.

La Cour a tout d'abord soutenu par sa jurisprudence une protection des compétences d'exécution de la Commission. Sébastien Roland estime ainsi qu' "*il semble difficile de considérer que la jurisprudence de la Cour de justice relative à la comitologie n'ait pas été guidée par des préoccupations politiques*"<sup>908</sup>. Il souligne que dans un arrêt *Köster* de 1970<sup>909</sup>, la Cour a jugé conforme aux traités le mécanisme d'encadrement des compétences de la Commission en matière d'exécution par des comités composés de représentants d'Etats membres, tout "*en offrant à la Commission des compensations quant à sa latitude en matière d'exécution*", effectuant ainsi "*un subtil dosage*"<sup>910</sup>. Claude Blumann souligne de même dans un autre contexte, celui d'un arrêt de 1987 dit du "*beurre de Noël*"<sup>911</sup>, qu' "*une fois de plus la jurisprudence de la Cour se révèle très habile puisque sous couvert de légitimer les pouvoirs normatifs considérables du Conseil, elle accroît parallèlement la marge de manœuvre de la Commission*"<sup>912</sup>. La Cour affirme que la "*Commission étant seule à même de suivre de manière constante et attentive l'évolution des marchés agricoles et d'agir avec l'urgence que requiert la situation*", de "*larges pouvoirs d'appréciation et d'action*" pouvaient lui être conférés en la matière par le Conseil<sup>913</sup>. La même large marge de manœuvre ressort d'un arrêt *Zuckerfabrik* de 1984 dans lequel la Cour affirme que la Commission peut prendre "*toutes mesures d'application nécessaires ou utiles pour la mise en œuvre de la réglementation de base pour autant qu'elles ne soient pas contraires à celles-ci*"<sup>914</sup>. Comme le résume Claude Blumann il découle de cette jurisprudence un pouvoir de la Commission prendre "*toutes les mesures appropriées*" dès lors que le Conseil a fixé "*les éléments essentiels de la matière à exécuter*"<sup>915</sup>. La Cour s'est également fondée sur la rédaction de l'art.145 CEE 3<sup>e</sup> tiret issue de l'Acte unique, en vertu

<sup>907</sup> *Ibid.*, pt.109.

<sup>908</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p.161.

<sup>909</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff.C-25/70, *Rec.*1970 p.1161.

<sup>910</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p.161.

<sup>911</sup> CJCE, 11 mars 1987, *Rau c/ Commission*, aff.279/84 dite du "*beurre de Noël*", *Rec.*1987 p.1069. Dans cet arrêt, la Cour accepte que la Commission décide d'une opération visant à écouler une partie de la surproduction alors que ce type d'opération n'était prévue ni dans le règlement de base ni dans les règlements qui avaient été adopté par le Conseil en exécution de ce dernier, dans la mesure où cette opération correspondaient aux objectifs fixés par ces règlements (*Ibid.*, pt.15).

<sup>912</sup> BLUMANN (C.), *La fonction législative communautaire*, LGDJ, 1995, p.27.

<sup>913</sup> Aff. 279/84, *beurre de Noël*, pt.14.

<sup>914</sup> CJCE, 15 mai 1984, *Zuckerfabrik*, Aff.121/83, *Rec.*1984 p.2039.

<sup>915</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...*(*op.cit.* note 912), pp.26-27.



duquel "le Conseil confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit", pour restreindre les compétences du Conseil en matière exécutive, au bénéfice de la Commission. Elle estime dans un arrêt *Commission c/ Conseil* de 1989 que cette nouvelle rédaction entraîne non plus une faculté, mais une obligation de délégation par le Conseil de ses compétences d'exécution à la Commission sauf exception dans lesquelles il peut se réserver le pouvoir et l'auto-habilitation du Conseil doit être dûment justifiée<sup>916</sup>.

**989.** La position de la Cour dans les contentieux de la base juridique se caractérise aussi par un mélange de considérations juridiques, respect de l'équilibre institutionnel prévue par les traités, et politiques<sup>917</sup>, se traduisant par la tendance quand cela est possible à privilégier une base juridique favorisant l'intégration, c'est-à-dire prévoyant la majorité qualifiée au Conseil, et l'expression démocratique du Parlement européen.

La première tendance, celle de favoriser la base juridique permettant la prise de décision au Conseil la plus aisée est illustrée par un arrêt *RU c/ Conseil* dite "*affaire des hormones*" de 1988<sup>918</sup>. Une directive interdisant des substances hormonales avait été adoptée sur le fondement de l'art.43 CEE, base juridique en matière de PAC. Le RU arguait qu'elle aurait dû avoir une base juridique complémentaire, l'art.100 CEE utilisé en cas d'harmonisation nécessaire pour l'établissement du marché intérieur, estimant que les objectifs de protection des consommateurs et de santé des animaux étaient également poursuivis par le texte. Alors que l'art.43 CEE exige la majorité qualifiée au Conseil, l'art.100 CEE requiert l'unanimité. La CJCE écarte l'argument du RU en énonçant que "*la poursuite des objectifs de la PAC ne saurait faire abstraction d'objectifs d'intérêt général tels que la protection des consommateurs, de la santé et de la vie des animaux, exigences dont les institutions doivent tenir compte en exerçant leurs pouvoirs*"<sup>919</sup>. La Cour élargit la PAC pour maintenir sa spécificité face à de nouvelles compétences introduites par l'Acte Unique dans les domaines de la santé, environnement et protection de l'environnement. Elle rappelle ensuite que l'art.38§2 CEE pose une prévalence des dispositions en matière agricole sur le régime général du Marché Commun<sup>920</sup>, pour conclure que l'art.43 CEE était la base juridique adéquate. Il est à noter que cette prime aux bases juridiques prévoyant la majorité qualifiée renforce le poids de la Commission en lui assurant le plein exercice de ses compétences en matière législative<sup>921</sup>.

Anne Wachsmann notait en 1993 que "*l'enjeu du conflit unanimité/ majorité qualifiée reste dans l'esprit de la Cour beaucoup plus important que celui relatif à l'intensité de l'intervention du Parlement dans le processus décisionnel*", mais ajoutait que la Cour pourrait faire évoluer sa jurisprudence suite à l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht avec l'extension des compétences du Parlement suite à l'introduction de la procédure de codécision<sup>922</sup>. Déjà un arrêt *Dioxyde de Titane* de 1991 manifestait la volonté de soutenir la légitimation démocratique directe assurée par le Parlement européen dans le cadre du choix de la base juridique ; l'augmentation des pouvoirs du Parlement européen par l'Acte Unique a en effet conduit la Cour à adapter sa jurisprudence en matière de double base juridique<sup>923</sup>. Le conflit portait sur une directive fondée sur l'art.130 S, base juridique en matière de protection de l'environnement, alors que la Commission estimait qu'elle aurait dû être basée sur l'art.100A qui

<sup>916</sup> CJCE 24 Octobre 1989, *Commission c/ Conseil*, aff.16/88, *Rec.*1989, p.3457, pt.10.

<sup>917</sup> WACHSMANN (A.), *Le contentieux...*(*op.cit.* note 886), p.1.

<sup>918</sup> Aff. 62/88, *Rec.*1988 p.855.

<sup>919</sup> *Ibid.*, pt.12.

<sup>920</sup> *Ibid.*, pt.15.

<sup>921</sup> En ce sens : WACHSMANN (A.), *Le contentieux...*(*op.cit.* note 886), p.2.

<sup>922</sup> *Ibid.*

<sup>923</sup> CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff.C-300/89 dite "*Dioxyde de titane*", *Rec.*1991 p. I-2867.



visait l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur. La CJCE constate que les objectifs d'amélioration des conditions de concurrence et de protection de l'environnement étaient indissociables au regard du but et du contenu de la directive, et rappelle que dans un tel cas, une double base juridique est en principe nécessaire<sup>924</sup>. Mais elle poursuit, et là réside l'intérêt de l'arrêt, que cette règle ne pouvait s'appliquer en l'espèce en raison de l'incompatibilité des procédures prévues dans les deux articles<sup>925</sup>. L'art.130 S prévoyait en effet un vote à l'unanimité au Conseil et un pouvoir de consultation du Parlement européen, alors que l'art.100 A prévoyait la procédure de coopération impliquant le vote à la majorité qualifiée au Conseil et un pouvoir plus important du Parlement européen que dans le cas de la consultation<sup>926</sup>. Le recours à la double base impliquait de recourir au vote à l'unanimité au Conseil, ce qui revenait à ôter au Parlement européen ce pouvoir de pression. La Cour reprend dans ce cadre la formule de l'arrêt *Isoglucose* concernant l'importance du principe démocratique de participation des peuples des Etats membres à l'exercice du pouvoir au niveau européen par l'intermédiaire d'une assemblée représentative pour expliquer la nécessité de défendre des pouvoirs renforcés du Parlement dans la procédure de coopération. Elle poursuit que le recours à l'art.130 S comme base juridique ne se justifie pas en raison du seul fait que l'acte vise la protection de l'environnement et que l'art.100 A §3 CEE précise que la Commission doit dans ses propositions poursuivre notamment un niveau élevé de protection de l'environnement<sup>927</sup>. Toutefois ces arguments auraient eu leur place dans la détermination du caractère accessoire d'un des objectifs par rapport à l'autre, et leur mention après avoir constaté l'équivalence des objectifs au regard du but et du contenu de l'acte concerné, pouvait laisser songer à une tentative de justification formelle *a posteriori* d'un choix de base favorisant les pouvoirs du Parlement européen<sup>928</sup>.

Dans ses conclusions de 2002 dans l'affaire *British American Tobacco*, l'avocat général Geelhoed, a défendu une interprétation favorable à la prévalence de la procédure de codécision en cas de recours à une double base juridique présentant des pouvoirs différents pour le Parlement européen<sup>929</sup>. S'il reconnaît que l'art.95 prévoit la codécision là où l'art.133 prévoit une simple consultation, il estime qu'il est possible de cumuler les deux bases en appliquant la codécision, procédure la plus favorable au Parlement européen, au nom du principe démocratique. Le gouvernement allemand, intervenant au litige, avait soulevé l'atteinte à l'équilibre institutionnel découlant de l'application de la procédure de codécision suite à l'utilisation combinée des articles 95 et 133 CE comme bases juridiques alors que l'art.133 CE prévoit que le Conseil décide seul<sup>930</sup>. L'avocat général Geelhoed rétorque qu'il ne voit "*pas en quoi l'utilisation de la procédure de codécision en l'espèce porte atteinte à un quelconque intérêt*", que bien "*au contraire, c'est la procédure la plus exigeante qui a été suivie et c'est elle qui permet de tenir compte du plus grand nombre d'intérêts possible*"<sup>931</sup>. Pour lui, l'extension des cas de codécision à la suite des traités d'Amsterdam et de Nice traduit une préférence des auteurs des traités pour cette procédure, et donc implicitement une justification de l'application de ces pouvoirs du Parlement européen en cas de cumul entre deux bases juridiques dont l'une seulement contient de tels pouvoirs<sup>932</sup>. Il poursuit concernant l'équilibre institutionnel, que "*s'il est en droit communautaire une procédure qui vise à garantir un équilibre optimal entre les*

---

<sup>924</sup> *Ibid.*, pts.16-17.

<sup>925</sup> *Ibid.*, pts.18-19.

<sup>926</sup> Sur cette procédure cf. : *infra* §2 A 1) c).

<sup>927</sup> Aff.C-300/89, *Dioxyde de titane*, pts.22 et 24.

<sup>928</sup> En ce sens : ADAM (S.), Cour de justice, 10 janvier 2006 *Commission c/ Conseil* (C-94/03) et *Commission c/ Parlement et Conseil* (C-178/03), *RAE*, 2006 n°1, p.131.

<sup>929</sup> Conclusions dans l'affaire C-491/01, *British American Tobacco*, *Rec.*2002 p.I-11461, pts 174 et s.

<sup>930</sup> *Ibid.*, pt.176.

<sup>931</sup> *Ibid.*, pt.180.

<sup>932</sup> *Ibid.*



*pouvoirs, cela [lui] paraît être la procédure de codécision*"<sup>933</sup>. L'argumentation semble renvoyer à une forme d'équilibre idéale entre les intérêts des trois institutions, et l'utilisation de l'expression "*équilibre optimal entre les pouvoirs*" renforce cette impression de référence à un modèle abstrait duquel il faudrait se rapprocher. Or, nous avons indiqué que le principe d'équilibre institutionnel évoqué par la Cour renvoyait à l'équilibre concret, aux compétences données par les traités dans chaque cas aux trois institutions. Enfin, revenant sur l'argument de l'atteinte à l'intérêt du Conseil de pouvoir décider seul, l'avocat général Geelhoed rétorque que ce dernier a lui-même validé cette base juridique<sup>934</sup>. Mais un tel argument apparaît en contradiction avec la volonté affichée par la Cour de proposer une argumentation objective, écartant toute justification liée à une pratique antérieure. Dans cette affaire, la Cour ne répond pas à l'argument de l'atteinte à l'équilibre institutionnel provenant l'application de la codécision suite à l'application combinée des art.95 et 133 CE.

Contrairement à l'avocat général Geelhoed, l'avocat général Kokott, dans ses conclusions de 2005 dans l'affaire C-178/03, interprète strictement l'incompatibilité des procédures entre deux bases juridiques énoncées dans l'arrêt *Dioxyde de Titane*. Dans l'espèce considérée, un règlement avait été adopté sur le fondement combiné des articles 133 CE et 175 CE. Les pouvoirs du Parlement étaient distincts, l'un prévoyant un simple avis, l'autre la codécision. La procédure appliquée avait été la codécision, privilégiant ainsi les pouvoirs les plus larges conférés au Parlement européen. Or, l'avocat général considère que l'identité des pouvoirs du Parlement européen est un élément indispensable à la compatibilité entre deux bases juridiques<sup>935</sup>. Elle considère que le cumul de bases juridiques présentant de telles différences viole l'équilibre institutionnel quelle que soit la procédure privilégiée<sup>936</sup>, rappelant l'impact sur le contenu de l'acte d'une différence de pouvoirs des différentes institutions dans son adoption<sup>937</sup>. Elle ajoute, prenant le contrepied de ce qu'avait écrit l'avocat général Geelhoed, que les auteurs des traités n'ont pas étendu la codécision à la politique commerciale commune alors qu'ils ont procédé à une telle extension dans d'autres domaines, et que cela traduit leur volonté de laisser au Parlement européen des pouvoirs limités concernant cette question<sup>938</sup>. Néanmoins la Cour ne suit pas les conclusions de l'avocat général Kokott et conclut à la compatibilité des deux procédures<sup>939</sup>. Comme le souligne Stanislas Adam, c'est le postulat de primauté de la procédure de codécision par rapport aux autres procédures conférant au Parlement européen moins de pouvoirs qui permet à la Cour "*de contourner les objections formulées par les conclusions de l'avocat général au sujet de la compatibilité*"<sup>940</sup>.

L'avocat général Maduro rejoint la critique formulée par l'avocat général Kokott dans ses conclusions dans l'affaire C-411/06 de 2009, exprimant ses "*sérieux doutes sur le bienfondé de cette préférence accordée à des procédures décisionnelles maximisant la participation du Parlement*"<sup>941</sup>, et suit relativement à l'équilibre institutionnel une interprétation proche de celle présentée par l'avocat général Kokott dans les conclusions dans l'affaire C-178/03. Il critique en effet le postulat à son fondement, à savoir que cela contribuerait à renforcer "*le caractère démocratique de la Communauté européenne*", rappelant qu'au niveau européen "*la démocratie présente différents visages*"<sup>942</sup>, qu'en dehors de la légitimité démocratique directe du Parlement européen, il y a une légitimité démocratique indirecte de la Commission par la responsabilité

---

<sup>933</sup> *Ibid.*

<sup>934</sup> *Ibid.*, pt.181.

<sup>935</sup> Conclusions de l'avocat général Kokott du 26 mai 2005 dans l'affaire C-178/03, *Rec.*2006 p.I-107, pt.59.

<sup>936</sup> *Ibid.*, pt.60.

<sup>937</sup> *Ibid.*, note 57.

<sup>938</sup> *Ibid.*, pt.61.

<sup>939</sup> CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff.C-178/03, *Rec.* 2006 p. I-107, pts.58-59.

<sup>940</sup> ADAM (St.), *Cour de justice...*(op. cit. 928), p.134 et note 46.

<sup>941</sup> Conclusions de l'avocat général Maduro dans l'affaire C-411/06, *Commission c/ Parlement et Conseil*, *Rec.*2009 p.I-7585, pt.6

<sup>942</sup> *Ibid.*, pt.6 et note 5.



devant le Parlement européen, et du Conseil par la responsabilité des gouvernements nationaux devant leurs parlements. Or, il poursuit que "*la démocratie européenne implique également un équilibre délicat entre les dimensions nationale et européenne de la démocratie*". Enfin, en dehors de la relativisation au fond de la légitimité d'une telle interprétation, l'avocat général critique l'usage par la Cour d'une compétence qui devrait relever des auteurs des traités car une interprétation aussi biaisée conduit à modifier l'équilibre institutionnel prévue par ces derniers<sup>943</sup>.

Un arrêt *Parlement c/ Conseil* de 2009<sup>944</sup> parachève la jurisprudence du primat de la question des pouvoirs du Parlement européen, puisqu'elle est désormais valable même par rapport au mode de votation au Conseil dès lors que cela n'a pas d'impact sur les pouvoirs du Parlement. Dans l'espèce, le Parlement demandait l'annulation d'un règlement adopté par le Conseil sur la base de l'art.308 CE. Pour lui, l'action relevait de la cohésion économique et social et donc de l'art.159§3 CE, écartant la possibilité de recourir à l'art.308 CE qui ne peut être utilisée qu'en l'absence d'autre base juridique potentielle. La Cour déduit de l'étude du but et du contenu de l'acte que l'objectif poursuivi par le règlement était rattachable à cette disposition, mais qu'il n'y avait pas de moyen de vérifier que "*l'utilisation [...] de cette contribution ne couvre des actions qui [...] dépassent le champ d'application de la politique communautaire de cohésion économique et sociale*", et écarte donc la possibilité d'un fondement sur le seul art.159§3 CE<sup>945</sup>. Elle exige pour cette raison d'avoir l'art.308 CE comme base juridique complémentaire. Elle conclut ainsi à une combinaison procédurale originale puisqu'elle revient à juxtaposer codécision du Parlement européen provenant de l'art.159§3 CE et unanimité au Conseil imposé par l'art.308 CE<sup>946</sup>. Si comme le souligne Valérie Michel "*ce jugement [...] démontre que la Cour est moins réticente que par le passé envers les doubles bases juridiques*"<sup>947</sup>, le choix de la Cour dans la conciliation de procédures distinctes est comme le note Pano Koutrakos "*difficile à réconcilier avec la nature objective du choix de la base juridique appropriée et ses implications sur l'équilibre institutionnel*"<sup>948</sup>.

## **§2. Les caractéristiques de l'équilibre des intérêts dans le cadre européen**

**990.** Nous avons vu les mécanismes de protection de l'équilibre des intérêts prévus par les traités, et il convient maintenant d'étudier la traduction concrète de l'équilibre des intérêts dans le processus décisionnel européen pour déterminer si elle est adéquate au contexte de l'Union européenne (B). A cet égard, l'équilibre actuel est le résultat d'une profonde évolution des pouvoirs des différentes institutions européennes depuis 1957, évolution rendue nécessaire par le mouvement parallèle d'extension des compétences de la CE et de l'UE (A).

### **A. Un équilibre évolutif, conséquence de l'impératif d'adaptation au contexte de la Fédération**

**991.** Le "*système de la Diète fédérale*" est le "*modèle constitutionnel décrivant les Fédérations émergentes ou naissantes*"<sup>949</sup>, comme on le voit avec la Confédération germanique, la Confédération helvétique de 1815, la Confédération américaine de 1777 qui ont pour seul

<sup>943</sup> *Ibid.*, note 5.

<sup>944</sup> CJCE, 3 septembre 2009, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-166/07, *Rec.* 2009 p. I-7135.

<sup>945</sup> *Ibid.*, pts.58-59.

<sup>946</sup> Souligné par : MICHEL (V.), Retour confirmé de la double base juridique, *Europe*, Novembre 2009, n° 11, p.11.

<sup>947</sup> *Ibid.*

<sup>948</sup> KOUTRAKOS (P.), Case C-94/03, *Commission v. Council*, judgement of the second chamber of 10 January 2006, [2006] ECR I-1 ; Case C-178/03, *Commission v. Parliament and Council*, judgement of the second chamber of 10 January 2006, [2006] ECR I-107, *CMLR*, 2007, n°44, pp.192-193.

<sup>949</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 740), p.351.



organe décisionnel une assemblée composée de membres mandatés par les Etats membres. Comme le note Olivier Beaud il s'agit d'une manifestation même rudimentaire d'une "*institution proprement fédérative*" en ce qu'elle "*n'est ni interétatique ni étatique*"<sup>950</sup>. Elle est la traduction d'une prééminence des intérêts étatiques dans l'équilibre des intérêts au sein du processus décisionnel. Mais la forte extension des compétences impose de faire évoluer l'équilibre des intérêts au niveau du processus décisionnel afin que la Fédération se maintienne. Anton Greber indique en ce sens que les impératifs d'efficacité et de démocratisation découlant du pacte fédératif imposent une adaptation au plan institutionnel<sup>951</sup>. Olivier Beaud note également que si les membres sont des démocraties ou se démocratisent<sup>952</sup>, la Diète qui représente les Etats et non les peuples apparaît inadéquate pour assurer la légitimité démocratique<sup>953</sup>. L'exigence d'adaptation à l'évolution du contexte de la Fédération trouve une traduction dans le système institutionnel des constitutions suisse de 1848, américaine de 1787 et de la Confédération du Nord et du Second Empire.

La CEE rejoint la situation classique dans les Fédérations originelles d'une certaine prééminence des intérêts étatiques dans le processus décisionnel, même si, contrairement aux exemples susmentionnés, une institution est dès l'origine chargée de défendre l'intérêt général européen dans le cadre institutionnel, la Commission. Une assemblée représentant la légitimité démocratique existe en outre, mais cette dernière a des pouvoirs très limités. Deux aspects de l'évolution de l'équilibre des intérêts peuvent être soulignés par rapport à cette situation originelle<sup>954</sup>. Les pouvoirs du Parlement européen ont tout d'abord fortement augmenté<sup>955</sup>, ce qui correspond à la nécessité de démocratisation impliquée par une intégration européenne plus poussée (1). On remarque dans le même temps un maintien d'un poids important des intérêts étatiques, notamment<sup>956</sup> grâce au renforcement du rôle joué par le Conseil européen (2). Ce renforcement s'est fait essentiellement au détriment du pouvoir d'initiative législative de la Commission européenne, même s'il faut le relativiser car cette dernière a également sur la période acquis des compétences et parce que son Président peut, en tant que membre du Conseil européen, essayer de l'influencer<sup>957</sup>.

### **1) L'extension des compétences du Parlement européen**

**992.** Les pouvoirs du Parlement européen ont tout d'abord été étendus par le biais de l'action de l'institution elle-même qui a non seulement interprété très largement ses compétences, mais

<sup>950</sup> *Ibid.*, p.352.

<sup>951</sup> GREBER (A.), *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, p.202.

<sup>952</sup> Le Reichstag avait des pouvoirs restreints dans le projet de Constitution de Confédération du Nord de Bismarck (M.KS (E.), *Der Aufstieg des Reiches. Deutsche Geschichte von 1807 bis 1871/78. Bd.II. Bismarck*, Stuttgart, Dt. Verlags-Anst., 1936, p. 278). Les changements apportés au projet de la Confédération du Nord réalisés par le Reichstag "constituant", id est élu dans le but de discuter le projet de constitution et l'adopter, en plus des Etats membre, vont renforcer la place du Reichstag législateur dans des points essentiels (HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 771), *Bd.III*, p.655).

<sup>953</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 740), p.357.

<sup>954</sup> Nous avons déjà évoqué l'extension des droits de recours du Parlement européen (*supra* §1 B c)) et nous évoquerons dans la suite des développements l'augmentation des pouvoirs d'exécution de la Commission (*infra* B 3)).

<sup>955</sup> Voir pour ses pouvoirs dans le cadre de la fonction exécutive dans le cas général de la compétence de la Commission et de l'application des mécanismes de comitologie : *infra* B 3).

<sup>956</sup> En dehors du Conseil européen, le Conseil reste l'instance décisionnelle en matière de PESC et PESD, et dans le cadre de la politique économique. Par ailleurs, même si son poids relatif a reculé dans le processus législatif, il dispose d'un pouvoir équivalent au Parlement européen dans le cadre de la procédure législative ordinaire.

<sup>957</sup> Dans le sens de cette relativisation : SCHOUTHEETE (P. de), Conseil européen et méthode communautaire, *Notre Europe, Policy Paper*, n°57, p.32. L'auteur note notamment par exemple que la Commission a un pouvoir de contrôle des budgets et des politiques économiques des Etats.



encore utilisé certaines d'entre elles, notamment en matière budgétaire, pour forcer les autres institutions à conclure avec lui des accords interinstitutionnels lui conférant de nouveaux pouvoirs (a). L'essentiel de leur extension provient néanmoins des révisions des traités (b).

#### a) La contribution du pouvoir budgétaire combinée aux accords interinstitutionnels

**993.** Au niveau budgétaire, le traité de Bruxelles de 1975 donne plusieurs pouvoirs au Parlement<sup>958</sup> : augmenter ou restreindre les dépenses dans certaines limites ; modifier la répartition des crédits selon les lignes budgétaires ; rejeter le budget annuel et les budgets supplémentaires ; voter la décharge à la Commission. Le Parlement européen a utilisé ces pouvoirs pour augmenter ses compétences dans les autres domaines.

Le pouvoir de rejet du budget lui a tout d'abord permis de faire pression sur le Conseil<sup>959</sup>. Le Parlement européen rejette ainsi à cette fin les budgets de 1980 et 1985 et un budget supplémentaire en 1982<sup>960</sup>. Certes, son pouvoir était par ailleurs limité par une différenciation entre les dépenses obligatoires adoptées par le Conseil au terme d'une navette avec lui, et les dépenses non obligatoires où la décision finale lui revenait. Mais le Parlement européen mettait certaines dépenses dans les chapitres de réserve ce qui lui permettait d'avoir un pouvoir d'autorisation pour leur utilisation quand il s'agissait des dépenses non obligatoires, et ainsi de pousser le Conseil à négocier dans certains domaines<sup>961</sup>. Etablie "*pour isoler la politique agricole commune des ingérences que l'on craignait hostiles du Parlement*"<sup>962</sup>, alors que les dépenses agricoles constituaient l'essentiel des dépenses obligatoires, le Traité de Lisbonne met fin à cette distinction et l'art.14 §1 TUE affirme désormais solennellement que le Parlement européen exerce conjointement avec le Conseil la fonction budgétaire.

Le Parlement européen a aussi utilisé le vote de décharge pour contrôler la gestion effectuée par la Commission, mais aussi et surtout pour faire pression sur elle pour obtenir des propositions législatives<sup>963</sup>. Il a ainsi refusé la décharge en 1984 pour le budget de 1982 afin de protester contre l'attitude de la Commission qu'elle jugeait ne pas utiliser son pouvoir d'initiative pour renforcer l'intégration européenne. Il avait indiqué dans son règlement intérieur qu'en cas de refus de décharge, une motion de censure serait déposée si la Commission n'avait pas démissionné. En réalité, ce pouvoir de refus n'a été utilisé que parce que la Commission arrivait à la fin de son mandat et que la censure n'aurait pas à se poser. Le but était de mettre en garde la future Commission. Mais cela lui a permis d'obtenir qu'une déclaration commune entre les trois institutions soit signée en juin 1985<sup>964</sup>. Le Parlement européen a par ailleurs eu recours à l'option de l'ajournement du vote de décharge pour manifester sa protestation en 1987, 1992, et 1994. En 1998, il a refusé de voter la décharge pour le budget de 1996 pour dénoncer l'attitude de commissaires ainsi que des irrégularités dans la gestion du budget. Il a est à noter qu'en 2000, le vote de décharge concernant le budget de 1998 a pris une tournure partisane puisqu'une partie du PPE a tenté d'utiliser ce pouvoir pour s'attaquer à la Commission dont les membres étaient majoritairement issus de partis de gauche européens<sup>965</sup>, mais ce cas reste isolé.

**994.** Ce pouvoir de budget a souvent été utilisé pour forcer les autres institutions européennes à conclure des accords. Ces accords institutionnels lui ont alors permis de développer au

<sup>958</sup> Voir pour des précisions : COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), pp.144-151.

<sup>959</sup> *Ibid.*, p.154.

<sup>960</sup> *Ibid.*, p.38.

<sup>961</sup> *Ibid.*, p.152.

<sup>962</sup> COT (J.-P.), Article I-20, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 765), p.293.

<sup>963</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.152 et p.156.

<sup>964</sup> *Ibid.*, p.38.

<sup>965</sup> *Ibid.*, p.157.



maximum ses pouvoirs<sup>966</sup>. Ainsi, un accord cadre de 2000 sur les relations entre le Parlement européen et la Commission conclu entre les deux institutions prévoit que la Commission "*tient le plus grand compte de toutes les modifications des bases juridiques de ses propositions contenues dans les amendements du Parlement*" et "*s'engage à motiver d'une manière détaillée les raisons qui justifieraient sa position*"<sup>967</sup>. Mais cela a surtout permis au Parlement en 1975 d'obtenir une déclaration commune<sup>968</sup> qui met en place la procédure dite de concertation qui vise à renforcer son poids en matière législative<sup>969</sup>, même si sa portée n'a pas été celle escomptée pour étendre ses compétences en la matière<sup>970</sup>. Cette procédure servait par contre à faciliter le déroulement de la procédure budgétaire européenne<sup>971</sup>. Claude Blumann et Louis Dubouis notent qu'elle visait plus précisément le cas des dépenses obligatoires résultant de dispositions législatives nouvelles ; Parlement européen et Conseil tentaient de trouver par ce biais une position commune alors que le Conseil avait juridiquement le dernier mot<sup>972</sup>. Avec la fin de la distinction entre les dépenses obligatoires et non obligatoires, cette procédure a vocation à voir son rôle reculer encore.

D'un point de vue générale, et comme le souligne Laurence Burgorgue Larsen, "*le paradoxe est que certaines coopérations font avancer l'Union vers la voie de la démocratisation, mais [...] une démocratisation loin d'être intelligible, notamment pour le citoyen européen*"<sup>973</sup>. Afin de le comprendre, il est nécessaire de dire quelques mots sur ce que ce sont ces accords ainsi que sur leur rôle et leur portée.

Claude Blumann identifie deux éléments permettant de déterminer que l'on est en présence d'une coopération interinstitutionnelle : "*un minimum de consensualisme*" entre les institutions, une absence de formalisme ensuite, car même si le traité peut prévoir cette coopération, il "*se borne à en prévoir l'existence, le contenu proprement dit ne peut relever que du bon-vouloir des trois acteurs en cause*"<sup>974</sup>. C'est ce qu'exprime la Cour de justice quand elle énonce dans un arrêt *Klöckner-Werke c/ Commission* de 1983<sup>975</sup>, qu' "*en instituant [...] [une] forme de concertation entre la Commission et le Conseil, l'article 58 [CECA] n'en a pas fixé les modalités*" et que "*dans ces conditions, il appartient à ces deux institutions d'organiser, d'un commun accord et dans le respect des compétences respectives, les formes de leur collaboration*"<sup>976</sup>.

Concernant le rôle de ces accords, Anne-Marie Tournepiche indique que la fonction de complément est "inhérente" à ces accords, donnant l'exemple des accords concernant la procédure budgétaire qui ont notamment permis de pallier l'absence de précision sur la répartition entre dépenses obligatoires et dépenses non obligatoires, en "*mettant en place des mécanismes non prévus par les traités*"<sup>977</sup>. Anne-Marie Tournepiche souligne leur "*influence*

<sup>966</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>967</sup> Accord-cadre sur les relations entre le Parlement européen et la Commission du 5 juillet 2000, *JOCE*, n°C 121 du 24 avril 2001, p. 122, annexe 1 pt.4.

<sup>968</sup> Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission sur la procédure de concertation du 4 mars 1975, *JOCE*, n°C 89 du 22 avril 1975, p.1.

<sup>969</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...* (*op.cit.* note 912), p.58.

<sup>970</sup> JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel...* (*op.cit.* note 743), p.428.

<sup>971</sup> Voir l'accord interinstitutionnel du 6 mai 1999 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur la discipline budgétaire et l'amélioration de la procédure budgétaire, *JOCE*, n° C 172 du 18.6.1999, p.1. Son annexe III précise la procédure de concertation dans ce cadre.

<sup>972</sup> BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel...* (*op.cit.* note 746), pp.351-352. Pour des précisions sur la procédure budgétaire voir : JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel...* (*op.cit.* note 743), pp.463 et s.

<sup>973</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), *La coopération...* (*op.cit.* note 760), p.28.

<sup>974</sup> BLUMANN (C.), *Caractéristiques générales de la coopération interinstitutionnelle*, in : AUVRET-FINCK (J.) (dir.), *L'Union...* (*op.cit.* note 760), pp.32-33.

<sup>975</sup> CJCE, 11 mai 1983, *Klöckner-Werke*, aff.244/81, *Rec.*1983, p.1451.

<sup>976</sup> *Ibid.*, pt.11.

<sup>977</sup> TOURNEPICHE (A.-M.), *La clarification...* (*op.cit.* note 762), p.218. Pour une analyse approfondie de cet



non négligeable sur le principe de l'équilibre institutionnel" en ce qu'ils "peuvent, par petites touches et sous le contrôle du juge, faire évoluer cet équilibre qui ne pourrait en principe être modifié que par une révision des traités"<sup>978</sup>. A cet égard, Anne-Marie Tournepiche estimait la formulation de la déclaration n°3 annexée au Traité de Nice déclaration critiquable : si les accords interinstitutionnels étaient bien présentés comme une expression de la coopération loyale, la déclaration énonçait que les accords ne pouvaient compléter les dispositions du traité<sup>979</sup>. Concernant cette même fonction de contribution à l'évolution de l'équilibre interinstitutionnel, Laurence Burgorgue Larsen relève en particulier que "les instruments de la coopération interinstitutionnelle permettent d'adapter de façon constante et somme toute assez opératoire le système à un impératif qui peut, globalement, être qualifiée de démocratique"<sup>980</sup>.

Les accords interinstitutionnels ont depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne un "fondement plus solide"<sup>981</sup> avec l'art.295 TFUE qui pallie un manque de la version de l'art.218 CE en ajoutant le Parlement européen au Conseil et à la Commission. Cet article confirme en outre à un niveau plus solennel qu'une déclaration, comme c'était le cas de la déclaration n°3 de Nice, leur possible valeur juridique contraignante qui pouvait être déduite de la jurisprudence<sup>982</sup>.

## b) L'extension des compétences législatives du Parlement européen

**995.** En matière législative, le Parlement européen n'a pendant longtemps disposé que d'un simple pouvoir d'avis au Parlement européen, le Conseil adoptant seul l'acte. Il est toutefois parvenu dans le cadre de cette procédure de consultation à augmenter par différents moyens la portée de ses avis. Il a tout d'abord obtenu que la Commission et le Conseil expliquent les raisons du rejet des amendements proposés, puis en 1981 il a introduit dans son règlement intérieur le principe qu'il ne rendrait son avis qu'une fois que la Commission aurait, selon les cas, retiré sa proposition ou modifié sa proposition conformément à ses amendements<sup>983</sup>. Il utilisait ainsi, outre les moyens de pression issus de l'attribution d'une compétence budgétaire, les effets de l'arrêt *Isoglucose*.

Nous avons déjà mentionné qu'une autre procédure avait été introduite par une déclaration commune de 1975 la procédure de "concertation". Elle peut s'appliquer dans le cas d' "*actes communautaires de portée générale qui ont des implications financières notables*", critère qui s'explique par l'origine de la création de la procédure, et uniquement quand leur "*adoption [n'est] pas imposée par des actes préexistants*" (pt.1). Une commission de concertation *ad hoc* est établie afin de rapprocher les positions de ces différentes institutions. Elle est composée de membres du Parlement européen, et de représentants du Conseil, et la Commission participe à ses travaux (pt.5). Cette procédure n'a pas donné les résultats escomptés en matière législative, Claude Blumann soulignant notamment le manque de volonté du Conseil à l'appliquer alors que le recours à cette procédure nécessite son accord<sup>984</sup>.

Il faut attendre l'Acte Unique pour que les pouvoirs législatifs du Parlement européen

---

instrument cf. : ID., *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 544p.

<sup>978</sup> TOURNEPICHE (A.-M.), La clarification...(*op.cit.* note 762), p.219.

<sup>979</sup> *Ibid.*, p.217.

<sup>980</sup> BURGORGUE-LARSEN (L.), La coopération...(*op.cit.* note 760), p.20.

<sup>981</sup> ROUX (J.), Les actes...(*op.cit.* note 765), pt.2.

<sup>982</sup> BLUMANN (C.), Article I-19, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité*...(*op.cit.* note 765), p.287-288. Renvoi à : CJCE, 19 mars 1996, *Commission c/ Conseil*, aff.C-25/94, *Rec.*1996 p.I-1469.

<sup>983</sup> ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union Européenne*, 9e édition, 2006, p.111. COSTA (O.), *Le parlement*...(*op.cit.* note 744), p.39.

<sup>984</sup> BLUMANN (C.), *La fonction*...(*op.cit.* note 912), p.59.

augmentent de façon conséquente, avec l'introduction d'une procédure dite de coopération posée à l'art.149 CEE (189 C du traité CE ; 252 CE). Elle prévoit tout d'abord que le Parlement européen donne un avis sur la proposition de la Commission, puis que le Conseil adopte une position commune qui est transmise au Parlement européen avec la position de la Commission. Le Parlement européen peut rejeter la position commune, mais même dans ce cas, le Conseil peut encore adopter l'acte à l'unanimité. Il peut également adopter des amendements, la Commission réétudie alors sa proposition et peut la modifier sur cette base. Le Conseil peut soit suivre la Commission, soit adopter un texte modifié à l'unanimité que cela se fasse au profit de la reprise d'amendements du Parlement européen ou à son détriment. L'impact des amendements du Parlement européen est soumis au pouvoir de la Commission. A cet égard l'impact peut n'apparaître que limité par rapport à la procédure de consultation. La différence avec celle-ci semble surtout résider dans la nécessité d'un vote à l'unanimité au Conseil pour adopter un texte qui aurait été rejeté par le Parlement européen là où un simple vote à la majorité qualifiée pouvait sinon jusque là suffire. Cette procédure qui marquait une étape intermédiaire dans les développements des pouvoirs législatifs du Parlement européen<sup>985</sup> et qui avait été peu à peu remplacée dans les différents cas où elle était utilisée par la procédure de codécision, a été supprimée par le Traité de Lisbonne.

L'Acte Unique donne également un pouvoir d'avis conforme au Parlement européen en matière de relations extérieures de la CEE pour les accords d'association (art.238 CEE), ainsi que dans le cadre de la procédure d'adhésion d'un nouvel Etat membre ; le Traité de Maastricht l'étend à l'adoption de certains actes législatifs communautaires<sup>986</sup>. Dans ce cas le Parlement européen ne peut qu'accepter ou rejeter la proposition sans pouvoir l'amender. Cette procédure est reprise par le Traité de Lisbonne à l'art.48§7 TUE sous le nom de procédure d'approbation.

Enfin, avec le Traité de Maastricht une procédure est introduite qui met à égalité le Parlement européen et le Conseil en matière législative, la procédure dite de codécision (art.189 B du traité CE). Cette procédure donnait dans sa version originale certains pouvoirs au Conseil qui permettait de faire revoter le Parlement européen en cas de rejet d'un texte, et qui ont été écartés par le Traité d'Amsterdam (art.251 CE).

Le Parlement européen donne tout d'abord un avis sur la proposition de la Commission. Le Conseil peut adopter l'acte en l'état à la majorité qualifiée. S'il ne reprend pas les amendements, il adopte une position commune qui est transmise au Parlement européen avec des informations concernant les raisons du rejet des amendements, ainsi qu'avec l'avis de la Commission concernant cette position commune. Le Parlement européen peut alors rejeter le texte à la majorité absolue<sup>987</sup>, ou présenter des amendements à la position commune sur lesquels la Commission donne son avis. Le texte est réputé adopté si les amendements sont repris par le Conseil à la majorité qualifiée en cas d'avis positif de la Commission sur ces derniers, ou à l'unanimité dans le cas contraire. Si le Conseil n'approuve pas tous les amendements, un comité de conciliation est convoqué. Dans ce cas, un projet commun doit être adopté pour que la procédure législative se poursuive<sup>988</sup>. Si le comité y parvient, le projet commun, il doit encore faire l'objet d'un vote à la majorité absolue des membres du Parlement et à la majorité qualifiée

---

<sup>985</sup> Claude BLUMANN estime ainsi que cette procédure a contribué "*à conférer au Parlement européen un pouvoir de veto suspensif sur les actes du Conseil et un pouvoir d'amendement limité sur les propositions de la Commission*", ajoutant qu'elle est issue d'une proposition italienne qui avait pour but de faire du Parlement européen un colégislateur avec le Conseil (*Ibid.*, pp.59-60).

<sup>986</sup> *Ibid.*, p.66.

<sup>987</sup> Dans la version du Traité de Maastricht, la procédure ne s'arrêtait pas là, un pouvoir de saisine du comité de conciliation était donné au Conseil dans le but de "*précisions sur sa position*". La procédure s'arrêtait seulement en cas de nouveau vote de rejet à la majorité absolue par le Parlement européen.

<sup>988</sup> Dans la version du Traité de Maastricht, le Conseil pouvait confirmer sa position commune à la majorité qualifiée, et le Parlement européen devait alors rejeter ce texte à la majorité absolue de ses membres pour que la procédure s'arrête.

du Conseil. Le Traité de Lisbonne poursuit l'évolution en qualifiant la procédure de codécision de procédure législative ordinaire et en continuant l'extension de son application<sup>989</sup>. L'art.14§1 TUE prend symboliquement acte de l'évolution en énonçant le principe d'exercice conjoint du Parlement européen et du Conseil de la fonction législative.

## 2) *Un impact renforcé du Conseil européen*

**996.** En dehors de l'augmentation des pouvoirs du Parlement européen, une autre évolution est à souligner, la création du Conseil européen et son "institutionnalisation". Sa création s'explique tout d'abord parce qu'à partir du milieu des années 1960, le Conseil est bloqué par le compromis de Luxembourg, et les décisions se font rares. Des réunions entre chefs d'Etat et gouvernement de façon occasionnelle débutent car le système institutionnel mis en place par les traités ne permet pas d'assurer une impulsion politique suffisante<sup>990</sup>.

Les Conférences européennes au sommet commencent en 1961 et durent jusqu'en 1973<sup>991</sup>. Béatrice Taulègne souligne le "*rôle prépondérant de Jean Monnet*" dans le mouvement qui va conduire à l'établissement du Conseil européen<sup>992</sup>. Il avait proposé en août 1973 la mise en place d'un "gouvernement européen" regroupant les chefs d'Etats et de gouvernement et la Commission estimant que "*rien n'égal[ait] la capacité de décision des neufs chefs d'Etat et de gouvernement se réunissant régulièrement autour d'une table avec le président de la Commission européenne pour tenter de résoudre des problèmes posés en termes d'intérêt commun*"<sup>993</sup>. Il concevait ce cadre de réunion comme provisoire car il ne voulait pas risquer de modifier le système institutionnel communautaire ; il va néanmoins soutenir l'établissement du Conseil européen malgré les différences avec son projet<sup>994</sup>. La Conférence au Sommet de Paris des 9 et 10 décembre 1974 a acté ce nouveau cadre dans son communiqué final<sup>995</sup>. En contrepartie de la mise en place du Conseil européen est décidée l'élection au suffrage universel direct du Parlement européen et il est appelé par les chefs d'Etat et de gouvernement à ne plus utiliser systématiquement l'unanimité lors des votes au Conseil, et à recourir largement à l'art.235 CEE pour étendre l'action européenne<sup>996</sup>. Même si l'expression de Conseil européen n'est pas employée dans ce texte, elle est utilisée en pratique, et c'est sous ce nom que ce cadre est introduit à l'art.2 de l'Acte Unique<sup>997</sup>. Il ne devient toutefois une institution qu'avec le Traité de Lisbonne. Tout comme le Conseil, on parle de Janus à son égard, "*un côté tourné vers la Communauté et l'autre vers les politiques internes des Etats*"<sup>998</sup>.

Nous présenterons la structure du Conseil européen (a), avant d'évoquer ses missions et ses moyens d'action (b). Puis nous soulignerons les difficultés de rapprochement de cette institution avec d'autres instances des systèmes fédéraux étudiés (c). Enfin, nous nous demanderons compte tenu du rôle central joué par le Conseil européen, du moins dans sa composition restreinte aux Etats de la zone euro, dans la crise de la zone euro, et au-delà, étant donné son rôle important dans l'accélérateur de politiques et les révisions des traités s'il a

---

<sup>989</sup> Le Parlement européen donne dans son rapport sur le Traité de Lisbonne une liste des bases juridiques utilisant des procédures législatives spéciales (Rapport sur le Traité de Lisbonne, (2007/2286(INI)), 29 janvier 2008, annexe 4).

<sup>990</sup> TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen*, PUF, 1993, p.25. L'auteur renvoie sur cette explication à : TINDENMANS (L.), Rapport sur l'Union européenne, *Bull. CE*, 1976, suppl. n°1, p.12.

<sup>991</sup> Pour une présentation de ces conférences TAULEGNE (B.), *Ibid.*, pp.35-51. Elle souligne aussi le rôle du contexte international (*Ibid.*, pp.51 et 57)

<sup>992</sup> TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen*, p.61 et sur cette influence cf. : *Ibid.*, pp.61-70.

<sup>993</sup> MONNET (J.), Mémoires, Paris, Fayard, 1976, p.781.

<sup>994</sup> *Ibid.*, p.761.

<sup>995</sup> Communiqué final de la Conférence de Paris des 9 et 10 décembre 1974, *Bull.CE*, n°12, 1974, p.7.

<sup>996</sup> TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen (op.cit. note 990)*, p.74.

<sup>997</sup> *Ibid.*, p.79.

<sup>998</sup> *Ibid.*, p.81.

vocation à devenir une forme de gouvernement européen (d).

### a) La structure du Conseil européen

**997.** La déclaration solennelle sur l'Union européenne du 19 juin 1983 de Stuttgart précise officiellement les membres du Conseil européen : ce sont "*les chefs d'État ou de gouvernement et le président de la Commission, assistés par les ministres des affaires étrangères des États membres ainsi que par un membre de la Commission*"<sup>999</sup>. Toutefois, dès le sommet de Paris de 1974, la participation des membres de la Commission est acquise, même si son communiqué ne précise que la présence des chefs de gouvernements accompagnés des ministres des affaires étrangères<sup>1000</sup>. La participation des ministres des affaires étrangères s'explique par le système constitutionnel néerlandais ayant une "*compétence propre et exclusive*" en matière de relations extérieures<sup>1001</sup>. Le secrétaire général de la Commission<sup>1002</sup>, ainsi que le secrétaire général du Conseil sont présents<sup>1003</sup>. L'art.2 de l'Acte Unique (art.D du traité sur l'UE (4 UE)) qui introduit le Conseil européen dans les traités reprend la composition précisée par la déclaration de Stuttgart. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'art.15§2 TUE reprend comme membres les chefs d'Etat et de gouvernement et le Président de la Commission, mais ajoute la présidence stable du Conseil européen, ainsi que la participation du Haut représentant. Le Haut représentant n'est toujours pas membre à part entière, mais voit son rôle en son sein augmenter par rapport à son prédécesseur qui assistait à ses réunions par son autre statut de Secrétaire général du Conseil mais qui "*ne participait pas officiellement en tant que tel aux travaux*"<sup>1004</sup>. L'art.15§3 TUE précise par ailleurs que les chefs d'Etat et de gouvernement peuvent se faire accompagner d'un ministre, par opposition aux seuls ministres des affaires étrangères, et le Président de la Commission par un membre de la Commission, mais l'article poursuit que tel n'est le cas que si "*l'ordre du jour l'exige*" et que c'est sur décision des membres dans les deux cas, même si Jean-Paul Jacqué indiquait déjà en 2007 à cet égard que ce qui posé comme une exception serait vraisemblablement en pratique le cas normal<sup>1005</sup>. Enfin, il est à noter que déjà avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les ministres des finances assistaient les chefs d'Etat et de gouvernement lors des rencontres concernant l'UEM, comme les y invitait à le faire la déclaration n°4 annexée au Traité de Maastricht<sup>1006</sup>

**998.** Concernant l'organisation des Conseils européens, un accord a été adopté lors du Conseil européen de Londres des 29 et 30 juin 1977<sup>1007</sup> qui indique que le but est notamment d'avoir des "*échanges de vues informels dans un cadre strictement privé sur une vaste gamme de sujets qui ne sont pas destinés à faire l'objet de décisions formelles ou de déclarations publiques*". Il précise ensuite que la préparation doit être la plus limitée possible pour favoriser un dialogue ouvert. Mais ce qui était possible à l'époque en raison du petit nombre ne l'est plus avec l'augmentation des membres suite aux élargissements successifs. La mise en œuvre des orientations, le développement de nouvelles politiques ne dépendant pas du seul Conseil

<sup>999</sup> Bull. CE, juin 1983, n°6, p.13, pt.2.1.1.

<sup>1000</sup> TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen* (op.cit. note 990), p.78. Communiqué final de la Conférence de Paris des 9 et 10 décembre 1974, pt.3.

<sup>1001</sup> TAULÈGNE (B.), *Ibid.*, p.21.

<sup>1002</sup> KASSIM (H.), *The Secretariat General of the European Commission*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (op.cit. note 790), p.87.

<sup>1003</sup> JACQUE (J.-P.), L'article I-21, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...* (op.cit. note 765), p.303.

<sup>1004</sup> *Ibid.*, p.303.

<sup>1005</sup> *Ibid.*

<sup>1006</sup> Souligné par : PICOD (F.), *Le rôle du Conseil européen dans le processus de décision*, RDP, 2002, n°4, p.1201.

<sup>1007</sup> Bull. CE, Juin 1977, n°6, p.17.

européen, s'est par ailleurs posée la question du contrôle de ce qui avait été décidé dans ce cadre, de la continuation de l'action initiée<sup>1008</sup>. En effet, le Conseil européen étant présidé par le chef d'Etat ou de gouvernement d'un des Etats membres selon un mécanisme de présidence tournante commune de six mois (art. D du traité UE (4 UE)), cela conduisait à laisser de côté certaines des conclusions présentées sous les présidences précédentes.

C'est dans ce cadre que le Conseil européen se voit conférer le statut d'institution par le Traité de Lisbonne. Comme le souligne Jean-Paul Jacqué, ce statut le conduit à "*une certaine rationalisation puisque cette institution nouvelle [est] comme toutes les autres dotée d'un règlement intérieur*"<sup>1009</sup>. Dans le sens de l'organisation de son travail, l'art.16§6 al.2 TUE précise que le Conseil affaires générales a comme rôle de préparer les réunions du Conseil européen, et d'assurer le suivi avec le Président du Conseil européen et la Commission. Toutefois, Jean-Paul Jacqué relativise les modifications à cet égard rappelant que le Conseil affaires générales était déjà chargé, depuis le Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, de la préparation des réunions du Conseil européen, ajoutant qu'il s'agit plutôt d'un renforcement de l'encrage dans le système de l'UE<sup>1010</sup>. La principale modification provient de la présidence fixe puisque selon l'art.15§5 TUE le Président du Conseil européen est désormais élu à la majorité qualifiée pour un mandat de deux ans et demi renouvelable une fois.

La présidence tournante était défendue pour le symbole d'égalité entre Etats membres qu'elle représentait<sup>1011</sup>. On la présentait par ailleurs comme vecteur d'identification pour les citoyens à l'UE. Ainsi, Paul Magnette et Nicholaïdis Kalypso soulignaient en 2002 que "*les manifestations de la société civile à l'occasion des Conseils européens confirm[ai]ent que la Présidence [était] un lien particulièrement visible entre les peuples européens et l'Union*" et rappelaient aux citoyens européens que l'intégration européenne "*ne se fai[sait] pas à Bruxelles*" mais partout en Europe<sup>1012</sup>. Ils ajoutaient que "*rapprocher l'UE de ses citoyens [devait] également signifier tenir autant de réunions du Conseil que possible dans différentes villes européennes et pas uniquement à Bruxelles, qui reste très éloignée pour de nombreux citoyens*"<sup>1013</sup>. A cet égard, la décision établie dans la déclaration n°22 de Nice de se réunir en principe à Bruxelles était pour eux déjà un recul. Toutefois, à l'inverse l'avantage d'une présidence fixe est d'apporter une continuité dans la mise en œuvre des conclusions du Conseil européen, d'une vérification du suivi par les autres institutions, le conduisant à devoir "*attirer l'attention tant du président de la Commission que du Conseil des ministres sur la mise en œuvre des orientations définies par le Conseil européen*"<sup>1014</sup>. Romano Prodi avait certes critiqué la création du poste de Président du Conseil européen stable en décembre 2002, se demandant ce que son détenteur ferait "*les 360 jours par an pendant lesquels il ne s'occupe pas du Conseil européen, pendant que le Président Bush ne l'appelle pas*"<sup>1015</sup>. Mais outre l'avantage d'avoir une personnalité "*neutre*" pour faciliter le rapprochement des positions entre les membres du Conseil européen puisqu'il n'est pas en même temps chef d'Etat ou de gouvernement, il est à noter que le Président du Conseil européen ne se contente pas de présider, animer les travaux du Conseil européen. Selon l'art.15§6 al.1 TUE, il doit en effet également "*assurer[r] la préparation et la continuité des travaux du Conseil européen en coopération avec le président*

<sup>1008</sup> TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen* (op.cit. note 990), p.105. Béatrice TAULEGNE donne l'exemple du passeport européen, décidé en décembre 1974 par le Conseil européen : voir sur cet exemple : *supra* partie I chap.II sect. II §2 C 1).

<sup>1009</sup> JACQUE (J.-P.), *Les réformes...*(op.cit. note 785), pp.58-59. Décision n°2009/882 du Conseil européen du 1<sup>er</sup> décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur, *JOUE*, n°L 315 du 2 décembre 2009, p.51.

<sup>1010</sup> JACQUE (J.-P.), *Ibid.*, p.59.

<sup>1011</sup> MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands...*(op.cit. note 792), p.28.

<sup>1012</sup> *Ibid.*, pp.45-46.

<sup>1013</sup> *Ibid.*

<sup>1014</sup> JACQUE (J.-P.), Article I-22 (op.cit. note 1003), p.309 ; ID., *Les réformes...*(op.cit. note 785), p.60.

<sup>1015</sup> LEQUILLER (P.), *Un président...*(op.cit. note 793), p.46.



de la Commission, et sur la base des travaux du Conseil des affaires générales", et il est explicitement précisé qu'il doit faciliter la cohésion et le consensus en son sein. Il est plus qu'un "simple « chairman »", il doit "faire des propositions et construire des compromis susceptibles de trouver un accord"<sup>1016</sup>. Si le président du Conseil européen est stable, il perd de l'influence puisqu'il ne dispose plus d'un pouvoir sur les présidences des formations du Conseil<sup>1017</sup>. Les ministres qui en dirigeaient les formations étaient en effet sous l'autorité du chef de gouvernement qui avait la présidence du Conseil européen, facilitant la cohérence de l'action. Ainsi, si la cohérence apparaît plus forte dans le temps, elle semble reculer par rapport à l'action institutionnelle, le chef d'Etat ou de gouvernement de l'Etat ayant la présidence des formations du Conseil autres que PESC/PSDC continue en effet à vouloir poursuivre un certain nombre de priorités qui lui sont propres. Ainsi, comme le souligne Jean-Louis Quermonne, "rien n'empêch[e] qu'un chef d'Etat ou de gouvernement frustré de la présidence du Conseil européen reporte son énergie sur celle du conseil « affaires générales » des ministres"<sup>1018</sup>. Philippe de Schoutheete souligne surtout le problème lié à la fragilité du fonctionnement de l'édifice "dépendan[t] de bonnes relations personnelles", alors même qu'il se voit confier de plus en plus souvent des mandats par le Conseil européen<sup>1019</sup>.

## b) Les missions et les moyens d'action du Conseil européen

**999.** Le Conseil européen se voit conférer diverses missions qui ont été résumées dans la déclaration solennelle de Stuttgart<sup>1020</sup>. Outre le développement de position communes dans les relations extérieures, la cohérence des activités internes à la Communauté avec ses actions extérieures, et l'impulsion politique, notamment par le lancement de nouvelles politiques communes, missions posées dans le communiqué de 1974<sup>1021</sup>, la déclaration de Londres de 1977 ajoute la fonction de "régler les problèmes restés en suspens à la suite des délibérations à un niveau inférieur", alors même qu'au départ un tel rôle avait été rejeté pour ne pas porter atteinte au système institutionnel communautaire<sup>1022</sup>. Les blocages que connaissait le Conseil ont justifié ce rôle d'appel<sup>1023</sup>, mais Claude Blumann soulignait déjà en 1976 "un risque de transformation de la prise de décision communautaire en une prise de décision d'inspiration intergouvernementale"<sup>1024</sup>. A cet égard, le rôle de déblocage s'est transformé en une implication concrète dans différentes questions de "gestion de la Communauté", la périodicité des rencontres renforçant une tendance du Conseil des ministres à reporter une décision en laissant le Conseil européen trancher. Or, il a été reproché qu'outre la perte de solennité des rencontres des chefs d'Etat et de gouvernement, aucun problème n'était véritablement réglé par ce biais<sup>1025</sup>. Dans le même temps, le renvoi au Conseil européen de décisions n'ayant pu faire l'objet d'accord au Conseil n'est pas étonnant étant donné que les ministres exercent leurs missions sous l'autorité de leur chef du gouvernement<sup>1026</sup>.

Le Traité de Maastricht a intégré le rôle d'impulsion et de définition des orientations politiques générales aux traités, dans l'art.D du traité sur l'UE (4 UE), mention reprise par

<sup>1016</sup> JACQUE (J.-P.), Article I-22 (*op.cit.* note 1003), p.308.

<sup>1017</sup> SCHOUTHEETE (P. de), Conseil... (*op.cit.* note 957), p.23.

<sup>1018</sup> QUERMONNE (J.-L.), Le Traité de Lisbonne au regard du traité constitutionnel, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir), *Le Traité de Lisbonne : reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2009, p.10.

<sup>1019</sup> SCHOUTHEETE (P. de), Conseil... (*op.cit.* note 957), p.24.

<sup>1020</sup> Bull. CE, Juin 1983, n° 6, p.26, pt.2.1.2.

<sup>1021</sup> *Ibid.*, pts.2,3 et 4.

<sup>1022</sup> TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen* (*op.cit.* note 990), p.103.

<sup>1023</sup> *Ibid.*, p.107.

<sup>1024</sup> BLUMANN (C.), Le Conseil européen, *RTDE*, 1976, n°1, p.10.

<sup>1025</sup> Sur ces points cf. : TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen* (*op.cit.* note 990), pp.21-22.

<sup>1026</sup> Souligné par : ROLAND (S.), *Le triangle...* (*op.cit.* note 737), p.177.



l'art.15 §1 TUE. Cette disposition précise que le Conseil européen n'exerce pas de fonction législative, mais Jean-Paul Jacqué indiquait avant même l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, et dans la lignée de la remarque précédente, qu'il serait "*peu probable que le Conseil européen s'abstienne d'intervenir sur des dossiers essentiels ou document des orientations*", ajoutant que "*la marge entre orientations et décisions [était] faible s'agissant des chefs d'Etat et de gouvernement, même si les décisions « juridiques » rest[ai]ent entre les mains du Conseil*"<sup>1027</sup>. Le Traité de Lisbonne prévoit d'ailleurs lui-même de telles interventions dans certains cas, reprenant une pratique développée dans les traités antérieurs qui confère au Conseil européen un rôle d'appel comme contrepartie au passage de la prise de décision à la majorité qualifiée au Conseil des ministres<sup>1028</sup>. Ainsi, le Traité d'Amsterdam introduit à l'art.23§2 al.2 UE et à l'art.40§2 al.2 UE, selon une procédure n'étant pas sans rappeler le compromis de Luxembourg, la possibilité pour un Etat membre "*pour des raisons de politique nationale importantes et qu'il expose*" de s'opposer respectivement à un acte adopté à la majorité qualifiée dans le cadre de la PESC et à une coopération renforcée décidée selon cette même majorité qualifiée ; dans ce cas le Conseil pouvait décider, à la majorité qualifiée, de saisir le Conseil européen qui devait alors décider à l'unanimité. Le Traité de Lisbonne donne un tel rôle d'appel au Conseil européen à l'art.82§3 TFUE en matière de réglementation dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, si un Etat invoque à l'encontre d'un projet qu'il porte atteinte à des "*aspects fondamentaux de son système de justice pénale*". Le Conseil européen peut soit renvoyer le projet au Conseil pour décision, soit demander un nouveau projet.

Enfin, le Conseil joue comme le souligne Claude Blumann, "*le rôle d'organe constituant de second degré*"<sup>1029</sup>, rôle précisé à l'art.48§6 et §7 TUE pour les procédures de révision simplifiées. Dans ce cas, aucune Convention et CIG n'est réunie, le projet de révision est adopté par le Conseil européen à l'unanimité et doit faire ensuite l'objet d'une ratification par l'ensemble des Etats membres<sup>1030</sup>.

**1000.** Concernant ses moyens d'actions, ils étaient jusqu'au traité de Lisbonne politiques. Le Conseil européen prenait des décisions politiques qui devaient ensuite faire l'objet de décision juridique au sein du Conseil des ministres<sup>1031</sup>. Ainsi par exemple si la décision politique de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct a été prise par le Conseil européen en 1976, c'est une décision du Conseil qui pose le principe et les modalités dans son annexe et recommande son adoption aux Etats selon leur procédure constitutionnelle nationale.

Les traités faisaient référence à d'autres cadres réunissant les chefs d'Etat et de gouvernement. Pour les nominations des membres de la Commission (art.214§2 CE (158§2 CEE)), des juges européens et des avocats généraux (art.223 CE (167 CEE)), les traités prévoyaient jusqu'au Traité de Nice la nomination par le commun accord des gouvernements des Etats membres, et postérieurement le Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement<sup>1032</sup>. Ce second cadre permettait jusqu'au Traité de Lisbonne d'adopter des actes juridiquement contraignants et susceptibles de recours, là où les gouvernements des Etats quand ils adoptaient des décisions d'un commun accord "*form[ai]ent une instance qui n'[était] pas assimilable à l'institution-Conseil, mais exprim[ai]ent la volonté commune des Etats*", même

<sup>1027</sup> JACQUE (J.-P.), Les réformes... (*op.cit.* note 785), p.59.

<sup>1028</sup> JACQUE (J.-P.), Article I-22 (*op.cit.* note 1003), pp.301-302.

<sup>1029</sup> BLUMANN (C.), L'article I-24, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...* (*op.cit.* note 765), p.330.

<sup>1030</sup> Les domaines concernés sont ceux de la 3<sup>e</sup> partie du TFUE, le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée au Conseil ou le passage d'une procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire pour l'exercice d'une compétence spécifique.

<sup>1031</sup> TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen* (*op.cit.* note 990), p.92.

<sup>1032</sup> Ce cadre était auparavant déjà utilisé dans le traité comme par exemple à l'art.121§4 CE pour la décision concernant la détermination des Etats membres remplissant les critères permettant l'adoption de la monnaie unique.



s'ils exercent "*une compétence directement attribuée par les traités*"<sup>1033</sup>, rendant impossible un recours à leur rencontre<sup>1034</sup>.

Le Traité de Lisbonne, en conférant au Conseil européen le statut d'institution, soumet ses actes au contrôle de la Cour de justice. Cette possibilité de recours à l'encontre de ses actes le conduit à devoir renoncer "*au caractère informel qui les caractérisait jusqu'à présent*", "*ses actes dev[ant] répondre aux conditions formelles auxquelles sont soumis les actes de l'Union ainsi qu'à l'obligation de motivation*"<sup>1035</sup>. Pour leur adoption, l'art.15§4 TUE précise que "*le Conseil européen se prononce par consensus, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement*", confirmant comme le souligne Claude Blumann, "*sa qualité d'organe politico-diplomatique*"<sup>1036</sup>. Lorsqu'un vote a lieu, le Président du Conseil européen et le Président de la Commission n'y prennent pas part selon l'art.235§2 al.2 TFUE.

### c) Le Conseil européen, une instance difficilement comparable

**1001.** Les possibilités de comparaison du Conseil européen avec des institutions des unions fédérales étudiées sont limitées.

On pourrait certes tout d'abord considérer que le Bundesrat bismarckien est une sorte d'équivalent à la fois du Conseil et du Conseil européen. Avec le Conseil européen et le Conseil, on se rapprocherait d'un des buts visés par Bismarck au départ pour le Bundesrat, celui d'une forme de gouvernement commun avec une présidence ayant un rôle de chairman. Par contre les pouvoirs du Bundesrat inclus dans la Constitution de la Confédération du Nord finalement adoptée, et reprise dans la Constitution du Second Empire, donne un poids important au Chancelier et il faut rappeler qu'aucun Etat membre de l'UE ne dispose d'un poids relatif aussi important que la Prusse par rapport aux autres Etats membres. Le Président du Conseil européen ne peut déjà pour cette raison avoir un poids équivalent à celui du Chancelier ou de l'Empereur de la Confédération du Nord et du Second Empire.

Dans l'Allemagne contemporaine, le Conseil européen se rapprocherait de la conférence des Ministres-présidents des Länder<sup>1037</sup>. La présidence est tournante entre les dirigeants des Länder, tout comme avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne dans l'UE, pour un an. De même, la conférence se réunit quatre fois par an en session ordinaire, et des sessions extraordinaires peuvent être réunies, la première fois dans le Land et les autres à Berlin. Elle n'est pas un organe constitutionnel et ses réunions sont préparées par la chancellerie du Land en ayant la présidence. Y participent les Ministres-présidents, les chefs de la chancellerie, équivalent des chefs de cabinet du Ministre-Président, et les ministres concernés par les questions traitées. Chaque Land y dispose d'une voix. La comparaison avec le Conseil européen est toutefois à relativiser car les thèmes concernés sont en principe les compétences propres des Länder pour lesquels une coordination a été jugée requise, notamment en matière d'éducation.

Aux Etats-Unis, le Conseil européen pourrait être rapproché de la National Governors

---

<sup>1033</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p.174.

<sup>1034</sup> CJCE, 30 juin 1993, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff.C-181/91 et C-248/91, *Rec.*1997, p.I-3685, pt.12.

<sup>1035</sup> JACQUE (J.-P.), *Les réformes...*(*op.cit.* note 785), pp.58-59.

<sup>1036</sup> En ce sens au sujet de la disposition identique contenue dans l'art.I-21§4 du Traité constitutionnel : BLUMANN (C.), Article I-35, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 765), p.470.

<sup>1037</sup> Voir pour des précisions : HIRSCHMÜLLER (M.), *Die Konferenzen der Ministerpräsidenten und Ressortminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere die Rechtsnatur ihrer gemeinsamen Beschlüsse*, Beck, 1967, 158 p. ; voir aussi le site du Bundesrat qui renvoie au site de la présidence en cours de la confédération, jusqu'à octobre 2012, le Land de Thuringe : [http://www.bundesrat.de/cln\\_236/nn\\_8758/DE/gremien-konf/fachministerkonf/mpk/mpk-node.html?\\_nnn=true](http://www.bundesrat.de/cln_236/nn_8758/DE/gremien-konf/fachministerkonf/mpk/mpk-node.html?_nnn=true) ; <http://www.thueringen.de/th1/tsk/mpk/>.



Association<sup>1038</sup> qui a été créée en 1908 afin "*de partager les meilleures pratiques et parler d'une seule voix au plan national*", mais cette réunion des gouverneurs a un rôle plus lâche que la conférence des Ministres-Présidents en Allemagne qui est déjà loin de l'importance jouée par le Conseil européen.

#### **d) Le Conseil européen : un "gouvernement européen" commun en construction ?**

**1002.** Le Conseil européen pourrait être présenté comme un intermédiaire entre le gouvernement commun voulu par Bismarck dans son projet initial de Constitution de la Confédération du Nord, et le projet proposé de transformation du Conseil fédéral suisse en un collège s'occupant uniquement des grandes questions politiques et laissant à des ministres le traitement des affaires quotidiennes<sup>1039</sup>.

Le Conseil européen joue un rôle central en matière de lutte contre la crise économique actuelle. A cet égard, l'absence de participation du Parlement européen aux décisions prises dans ce cadre est critiquée. Son Président actuel, Martin Schulz, parlait en avril 2012 de décisions prises dans le secret, dans une grande opacité "*loin de l'opinion et au mépris de la méthode communautaire*"<sup>1040</sup>. Philippe de Schoutheete relativise néanmoins la critique en citant Philippe Maystadt qui indique que le Conseil européen apparaît comme "*l'instance qui a de toute évidence le plus grand poids politique et qui apparaît comme la plus légitime aux yeux des citoyens*" ; il ajoute que c'est l'institution qui atteint le niveau de visibilité le plus fort par la forte médiatisation des rencontres des chefs d'Etats et de gouvernement malgré leur fréquence<sup>1041</sup>. Enfin, il rappelle que la légitimité démocratique n'est pas uniquement fournie que par le Parlement européen mais provient aussi des gouvernements qui ont une légitimité de leurs parlements nationaux. Cette intervention des chefs d'Etat et de gouvernement dans la gestion de la crise n'apparaît pas étonnante, étant donné qu'il est nécessaire de prendre des décisions extrêmement lourdes nécessitant un poids politique qu'a le Conseil européen par ses membres. La Commission n'aurait pas le poids politique pour imposer de telles réformes qui ont un impact important sur les Etats membres. Cela ne signifie néanmoins pas que la Commission est écartée. Outre que son Président participe aux réunions du Conseil européen, le Président du Conseil européen, rencontre une fois par semaine le Président de la Commission ; Herman von Rompuy a le souci d'intégrer la Commission européenne au travail, et le risque de conflits entre les deux Présidents, avancé lors des discussions sur la création de la présidence stable du Conseil européen, ne s'est pas donc pas traduit dans la pratique<sup>1042</sup>. Philippe de Schoutheete souligne par ailleurs qu'Herman von Rompuy a soutenu le rôle de la Commission, et qu'à l'inverse cette dernière lui a fourni le soutien de ses services. Par contre, la crainte du renforcement du Conseil européen vient des plus petits Etats car les dirigeants des grands Etats y ont en pratique plus de poids<sup>1043</sup>.

Le rôle moteur de l'action du Conseil européen est à souligner. Ainsi, même si Philippe Manin estime que la montée en puissance du Conseil européen "*a affaibli la méthode communautaire*", il reconnaît son action globale positive, énonçant que "*la Commission [...] a d'ailleurs su s'appuyer sur lui quand et comme il le fallait pour faire avancer des projets auxquelles elle tenait particulièrement*"<sup>1044</sup>. Il donne l'exemple de l'influence sur le renforcement

<sup>1038</sup> <http://www.nga.org/portal/site/nga/menuitem.cdd492add7dd9cf9e8ebb856a11010a0/>.

<sup>1039</sup> Voir sur ce modèle proposé : *supra* sect.I §1 A 3) b).

<sup>1040</sup> Cité par : SCHOUTHEETE (P. de), Conseil...(*op.cit.* note 957), p.19.

<sup>1041</sup> *Ibid.*, p.27-28. L'auteur cite : MAYSTADT (P.), Europe : le continent perdu ?, Bruxelles, éd. avant-propos, 2012, pp.115-116. Voir aussi sur les différentes expressions de la démocratie dans l'Union européenne : CASTOR (C.), *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, 552 p.

<sup>1042</sup> SCHOUTHEETE (P. de), *Ibid.*, p.16.

<sup>1043</sup> *Ibid.*, p.23.

<sup>1044</sup> MANIN (P.), La "méthode communautaire", : changement et permanence, in : BLANQUET (M.) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p.236.



du marché intérieur joué par la Commission avec son livre blanc de 1985. Il est par ailleurs à souligner que le Conseil européen a joué un rôle essentiel dans la mise en place de l'UEM<sup>1045</sup>, et a aussi soutenu le développement de différentes politiques<sup>1046</sup>, notamment en ce qui concerne l'environnement. Fabrice Picod relève en outre le rôle de suivi des actions et politiques européennes, et que si formellement il se contente d' "approuver" ou de "féliciter" les institutions pour ces actions, il les "incit[e] fortement" en pratique à agir<sup>1047</sup>, jouant ainsi ici encore un rôle moteur essentiel. Philippe de Schoutheete ajoute qu'il "est très souvent entré en détail, parfois minutieusement, dans le processus décisionnel", et note que dans tous les cas "les fonctions effectivement exercées le Conseil européen dans la réalité quotidienne de l'Union, avant comme après le Traité de Lisbonne, sont différentes du prescrit du traité et vont bien au-delà des termes utilisés"<sup>1048</sup>. Par ailleurs, le Conseil européen a été à l'origine de l'essentiel des révisions des traités<sup>1049</sup>, jouant là encore un rôle d'impulsion essentiel à niveau "constitutionnel".

**1003.** Fabrice Picod indiquait en 2002 que la "nécessité d'un leadership européen exercé par un organe réunissant les plus hauts représentants des Etats membres", notamment, "milit[ait] en faveur du développement des missions du Conseil européen"<sup>1050</sup>. Cette voie semble prise avec la crise de la zone euro, confortée par la transformation du Conseil européen en institution, même si comme le souligne Philippe de Schoutheete, ce même contexte particulier de crise ne permet pas de conclusion sur ce point<sup>1051</sup>.

D'une façon générale, l'évolution du rôle du Conseil européen s'est faite dans le sens d'un renforcement de l'intégration européenne, et la Commission bénéficie par ce biais de compétences nouvelles. Même si les rôles respectifs ont évolué dans le cadre décisionnel concret, l'équilibre des intérêts ne se fait pas au détriment de l'intérêt général européen.

## **B. La traduction de l'équilibre des intérêts dans le cadre décisionnel concret**

**1004.** Le processus décisionnel européen s'inscrit dans un contexte européen marqué par des relations personnelles étroites formelles et informelles entre les membres de ses institutions (1). Ces relations ont notamment été renforcées au niveau de l'exercice de la fonction législative pour permettre une adaptation de l'équilibre des intérêts à l'évolution de l'intégration européenne (2). Au niveau de l'exercice de la fonction exécutive par la Commission dans le cadre des procédures de comitologie, qui représente le cas général de cette fonction au plan européen, la logique des rapports entre les institutions s'est modifiée. Mais, même s'il a connu des modifications, on constate un équilibre des intérêts original par rapport à la pratique déjà évoquée de l'exercice de la fonction exécutive fédérale dans les autres systèmes fédéraux étudiés (3).

### ***1) Des relations étroites entre les membres des différentes institutions***

**1005.** Au sein de la Commission, un équilibre est recherché dans la composition du cabinet de chaque commissaire relativement "aux provenances institutionnelles" et cela est vu "comme faisant partie intégrante de la manière dont un commissaire aborde son mandat"<sup>1052</sup>. Jean Joana

<sup>1045</sup> Rappelé par : PICOD (F.), *Le rôle...*(*op.cit.* note 1006), p.1190. Voir pour des précisions à cet égard : TAULEGNE (B.), *Le Conseil européen* (*op.cit.* note 990), pp.258-275.

<sup>1046</sup> PICOD (F.), *Ibid.*, p.1191. TAULÉGNE (B.), *Ibid.*, pp.276-298.

<sup>1047</sup> L'auteur les recense : PICOD (F.), *Ibid.*, pp.1199 et s.

<sup>1048</sup> SCHOUTHEETE (P. de), *Conseil...*(*op.cit.* note 957), p.12.

<sup>1049</sup> Souligné par : PICOD (F.), *Ibid.*, pp.1192 et s.

<sup>1050</sup> PICOD (F.), *Le rôle...*(*op.cit.* note 1006), p.1189.

<sup>1051</sup> SCHOUTHEETE (P. de), *Conseil...*(*op.cit.* note 957), p.24.

<sup>1052</sup> JOANA (J.), SMITH (A.), *Les commissaires européens : technocrates, diplomates ou politiques ?*, Presses de



et Andy Smith notent ainsi que la mobilisation de réseaux dans les différentes institutions a "constitué un atout de premier ordre pour les commissaires dans certains dossiers"<sup>1053</sup>. Par ailleurs, le Secrétariat Général de la Commission est responsable de façon globale de la coordination des relations avec les autres institutions, vérifiant la progression des propositions législatives et présentant les développements au reste de la Commission<sup>1054</sup>. Il est en dialogue permanent avec les secrétaires généraux des autres institutions, et une réunion des secrétaires généraux au début des années 2000 renforce la coopération interinstitutionnelle<sup>1055</sup>. Nous rappellerons en outre l'institutionnalisation des relations entre le Conseil européen et la Commission marquée par l'appartenance de son Président à cette instance ayant obtenu le statut d'institution par le Traité de Lisbonne.

Concernant les relations de la Commission avec le Conseil, outre les relations déjà évoquées dues à la double appartenance du Haut représentant, il est tout d'abord à noter que l'art.5§2 RICUE précise que "la Commission est invitée à participer aux sessions du Conseil", sauf si ce dernier "décid[e] de délibérer hors [s]a présence". Le secrétaire général adjoint de la Commission assiste ainsi au Conseil affaires générales et relations extérieures, et un fonctionnaire du Secrétariat général est présent à toutes les réunions du Conseil au niveau ministériel. Le directeur du Secrétariat général responsable pour les relations avec le Conseil assiste aux réunions du COREPER I et le secrétaire général adjoint représente la Commission au COREPER II, et aux différents niveaux du Conseil, des fonctionnaires des différentes DG sont les représentants principaux de la Commission<sup>1056</sup>. Au cours des années, une relation de proximité et de confiance s'est développée entre les représentants de la Commission et du Conseil au sein des groupes de travail du Conseil<sup>1057</sup>. Les problèmes soulevés au niveau du COREPER ou au niveau ministériel sont gérés en étroite consultation avec les Directeurs généraux spécifiques. La participation de la Commission aux diverses enceintes au sein du Conseil offre des canaux importants d'information et d'influence. La Commission n'est pas un courtier neutre, elle sait tirer avantage des divisions au sein du Conseil.

Pour ce qui est des relations avec le Parlement européen, l'art.230 §1 TFUE (197 §2 CE) prévoit que la Commission peut assister à ses séances. Ainsi, des fonctionnaires du Secrétariat général de la Commission étudient les développements du Parlement européen au sein des commissions, dans les séances plénières et dans les organes de planification comme la Conférence des Présidents, et le secrétaire général assiste en général aux séances plénières<sup>1058</sup>. Les commissions invitent régulièrement les commissaires à présenter devant eux des questions politiques et ils attendent des fonctionnaires de la Commission responsable des dossiers qu'ils assistent aux réunions de la commission pour répondre aux questions sur les propositions et la politique de la Commission<sup>1059</sup>. Les commissaires ont intérêt à être présents pour défendre leur politique. David Spence note à cet égard inversement que cela correspond à la pratique traditionnelle que l'on retrouve au sein des Etats selon laquelle les Parlements peuvent entendre les membres du gouvernement<sup>1060</sup>. En plénière, face aux députés, à droite, se trouvent les sièges pour la Commission : les commissaires sont présents pour les débats concernant leur portefeuille et dans de rares cas, toute la Commission est présente<sup>1061</sup>. La Commission peut en

---

Science Po, 2002, p.55.

<sup>1053</sup> *Ibid.*, p.59.

<sup>1054</sup> KASSIM (H.), *The Secretariat...* (*op.cit.* note 1002), p.75.

<sup>1055</sup> *Ibid.*, p.87.

<sup>1056</sup> *Ibid.*

<sup>1057</sup> DIETRICH (U.), WESSELS (W.), *The Commission and the Council*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (*op.cit.* note 790), p.225.

<sup>1058</sup> KASSIM (H.), *The Secretariat...* (*op.cit.* note 1002), p.87.

<sup>1059</sup> WESTLAKE (M.), *The European Commission and the European Parliament*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *Ibid.*, p.270.

<sup>1060</sup> SPENCE (D.), *The President, the College and the cabinets*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *Ibid.*, p.54.

<sup>1061</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament*, 7<sup>e</sup> éd., éd. J. Harper, 2007,



outre envoyer des représentants assister à la Conférence des présidents pour ce qui concerne l'ordre du jour (art.137§1 al.2 RIPE), et tente par ce biais de l'influencer. De plus, elle présente au Parlement européen son programme de travail annuel au début de chaque année<sup>1062</sup>. On notera par ailleurs qu'une unité spéciale a été créée pour les relations avec le Parlement européen, travaillant en étroite collaboration avec le Groupe des Affaires Parlementaires qui regroupe les membres de chaque cabinet des commissaires responsables des relations avec le Parlement européen<sup>1063</sup>.

Sur le plan des relations entre exécutif et législatif dans les autres systèmes fédéraux étudiés, le cas allemand est encore une fois celui qui se rapproche le plus du contexte européen, même si le niveau de relations n'atteint pas celui connu au sein de l'UE. Dans la Confédération du Nord et le Second Empire, le Chancelier fédéral est le Président du Bundesrat mais gouverne en même temps l'Allemagne, la relation entre le gouvernement et le Bundesrat est donc institutionnalisée par ce biais. Sous la Loi fondamentale existe un dialogue étroit entre le gouvernement fédéral et le Bundesrat. La répartition des compétences au sein du Bundesrat correspond pour l'essentiel au découpage des divisions des compétences des ministères fédéraux<sup>1064</sup>, ce qui facilite ce dialogue. L'art.53 LF indique que les membres du gouvernement ou leurs représentants ont le droit de prendre part aux débats du Bundesrat, y compris dans les commissions du Bundesrat<sup>1065</sup>, d'y prendre la parole, et qu'ils peuvent y être obligés par le Bundesrat. En outre le §9 al.3 RIBR prévoit la possibilité pour le ministre fédéral chargé des relations avec le Bundesrat et les Länder de participer aux séances du conseil consultatif permanent (Ständige Beirat) et d'y prendre la parole. Ce conseil consultatif, composé de représentant des Länder, est chargé de conseiller le président du Bundesrat lors de la préparation des séances et la conduction des questions administratives (§9 al.1 et 2 RIBR)<sup>1066</sup>. Par ce biais les informations sur la direction des affaires par le gouvernement fédéral prévues à l'art.53 LF sont fournies au Bundesrat<sup>1067</sup>. Pour ce qui est des relations entre le gouvernement et le Bundestag, nous rappellerons que le Chancelier et les ministres sont présents à ses sessions plénières et peuvent, voire doivent dans certains cas<sup>1068</sup>, assister aux réunions des commissions, et qu'ils sont pour la plus large part d'entre eux également députés.

Dans le cas suisse, le Conseil fédéral est représenté par un ou plusieurs de ses membres aux séances plénières des deux chambres de l'Assemblée fédérale, ainsi que, en fonction des questions, dans les commissions par un de ses membres ou un secrétaire d'Etat<sup>1069</sup>.

Dans le cas américain, le Président des Etats-Unis en vertu de l'art.II sect.3 s'exprime sur l'état de l'Union devant le Congrès, mais, au-delà, les auteurs de la Constitution ont voulu écarter les relations formelles personnelles entre les membres de l'exécutif et du Congrès.

**1006.** Pour ce qui est des relations entre le Parlement européen et le Conseil, l'art.40 RIPE précise que lorsque le Conseil invite le Parlement à participer à une réunion du Conseil dans sa formation législative, il est représenté par le président de la commission compétente, son

---

p.168.

<sup>1062</sup> Ibid., p.170.

<sup>1063</sup> KASSIM (H.), *The Secretariat...* (*op.cit.* note 1058), p.79.

<sup>1064</sup> Voir : [http://www.bundesrat.de/cln\\_090/nn\\_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html](http://www.bundesrat.de/cln_090/nn_9028/DE/struktur/organisation/ausschuesse/ausschuesse-inhalt.html).

<sup>1065</sup> Ibid.

<sup>1066</sup> Voir pour des précisions : ESCHENBURG (T.), *Bundesrat...* (*op.cit.* note 779).

<sup>1067</sup> PFITZER (A.), *Die Organisation des Bundesrates*, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat...* (*op.cit.* note 779), p.185.

<sup>1068</sup> Le §68 du règlement intérieur du Bundestag prévoit la possibilité pour une commission d'exiger la présence d'un membre du gouvernement.

<sup>1069</sup> BREITENSTEIN (M.), *Reform der kollegialregierung : Bundesrat und Staatssekretäre in einem zweistufigen Regierungsmodell*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1993, pp.156-157.

rapporteur, ou un autre député désigné par la commission. Que les membres du Conseil soient liés par des instructions, alors que les députés européens exercent un mandat représentatif a pu poser des problèmes dans les relations, notamment de la compréhension mutuelle des méthodes de travail respectives. Mais une amélioration des liens est à noter. Sont notamment à souligner un appel à participation des présidents des formations du Conseil dans les commissions parlementaires les intéressant, et inversement, une invitation des rapporteurs et présidents de commissions du Parlement européen aux rencontres importantes du Conseil, ainsi que le développement de contacts entre leurs Secrétariats généraux<sup>1070</sup>.

Par ailleurs, chaque présidence du Conseil présente ses priorités au début des six mois et un bilan à son terme<sup>1071</sup>, cette pratique se poursuivant avec le Traité de Lisbonne en dépit de la perte par les Etats de la présidence du Conseil européen. Lors des séances plénières du Parlement européen, face aux députés à gauche se trouvent les sièges pour le Conseil, avec devant ceux pour la présidence du Conseil et les ministres de l'Etat ayant la présidence<sup>1072</sup>. Aucun droit de se présenter devant le Parlement européen n'existe en tant que tel pour les membres individuels du Conseil, il n'existe qu'un droit de déclaration (art.110 RIPE). Le Conseil est représenté en tant qu'institution aux séances plénières du Parlement européen et dans ses commissions par son président ou son secrétaire général, ou, pour ce qui est des commissions, par des fonctionnaires du Secrétariat général (art.26 RICUE). De même, c'est le Conseil en tant qu'institution qui peut être entendu par le Parlement européen en vertu de la base générale prévue à l'art.230§3 TFUE (197§4 CE), ou d'une base juridique plus ponctuelle comme l'art.121§4 TFUE (99§4 al.2 CE). Enfin, il est possible qu'un représentant du Conseil assiste à la Conférence des présidents (art.137§1 al.2 RIPE), ce qui permet à l'institution de tenter d'agir sur la fixation de l'ordre du jour du Parlement européen.

Dans le cas allemand, il est à souligner que dans le cas des Constitutions de la Confédération du Nord et du Second Empire il était prévu non seulement que chaque membre du Bundesrat avait droit de se présenter devant le Reichstag, mais encore qu'il pouvait présenter un point de vue divergent de son gouvernement par rapport à la décision globale du Bundesrat (art.9 RV (9 CCN)). Elle n'a jamais été utilisée, les membres se sentant en effet liés par une solidarité au-delà de leurs différences de position, et faisant preuve de discipline par respect à l'égard de leur statut de membre d'une institution impériale<sup>1073</sup>.

La Loi fondamentale reprend dans son art.43 §2 un droit d'accès des membres du Bundesrat et de leurs délégués au Bundestag et celui d'y prendre la parole en plénière tout comme au sein des commissions. Certains voient dans cette possibilité la volonté de laisser la parole aux gouvernements des Länder et non de limiter ce droit à la voix de la représentation du Bundesrat. Il s'agirait ainsi en quelque sorte d'une garantie du fédéralisme, de la possibilité de justification des positions particulières des Länder vis-à-vis du Bundestag qui représente l'intérêt général<sup>1074</sup>. Ils font usage de ce droit qui leur permet de prendre part aux débats au sein du Bundestag<sup>1075</sup>. En outre, le §33 RIBR précise que le Bundesrat peut donner mandat à l'un de ses membres de représenter la position du Bundesrat au sein des commissions ou en plénière du Bundestag.

Il n'y a par contre pas de relations directes prévues entre les membres des deux chambres en

---

<sup>1070</sup> Souligné par : CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament (op.cit. note 1061)*, pp.127-128.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, p.170.

<sup>1072</sup> *Ibid.*, p.168.

<sup>1073</sup> En ce sens : HUBER (E. R.), *Deutsche... (op.cit. note 771)*, Bd.III, p.850.

<sup>1074</sup> En ce sens : FROWEIN (J.), *Bemerkungen zu den Beziehungen des Bundesrats zu Bundestag, Bundesregierung und Bundespräsident*, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat... (op.cit. note 779)*, p.118 ; JAAG (T.), *Die Zweite... (op.cit. note 860)*, p.56.

<sup>1075</sup> BENDA (E.), MAIHOFER (W.), VOGEL (H.-J.), *Handbuch des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland*, Berlin, ed. de Gruyter, 1995, pp.1184-1185.

Suisse et aux Etats-Unis, en dehors du comité de conciliation.

**1007.** Pour ce qui est des relations entre le Conseil européen et le Parlement européen, il est à noter que, depuis la fin des années 80, le Président du Parlement européen a le droit d'assister aux rencontres du Conseil européen et de faire un discours d'ouverture<sup>1076</sup>. Inversement, l'art.5 du règlement intérieur du Conseil européen précise que cette institution est représentée par son Président au Parlement européen. Novation du Traité de Lisbonne, l'art.230 §3 TFUE prévoit enfin la possibilité pour le Conseil européen d'être entendu par le Parlement européen.

**1008.** Il est par ailleurs à noter que la procédure budgétaire donne lieu à des rencontres informelles entre la Commission, le Conseil et le Parlement européen sur la base d'un accord interinstitutionnel de 1999 déjà évoqué<sup>1077</sup>.

**1009.** Nous soulignerons pour terminer qu'un "groupe technique de haut niveau pour la coopération interinstitutionnelle" a été créé en 2002 pour améliorer le dialogue entre les trois institutions. Composé de représentants des Secrétariats généraux du Parlement, du Conseil, de la Commission, il se rencontre une fois par mois avant la session plénière du Parlement pour préparer les débats sur les objets législatifs prioritaires<sup>1078</sup>.

## **2) L'équilibre des intérêts dans le cadre de la fonction législative**

**1010.** Une partie de ces cadres de rencontre facilite l'exercice de la fonction législative en amorçant des compromis entre les institutions. En dehors de ces rencontres, il existe une influence des intérêts étatiques, démocratique, et général au cours des différents stades de la procédure législative. Si la Commission dispose en principe d'un monopole en matière d'initiative, on retrouve dès ce stade une influence d'autres institutions (a). On retrouve au stade de la délibération et du vote le rôle du Parlement européen, du Conseil et de la Commission<sup>1079</sup> (b).

### **a) Le pouvoir d'initiative**

**1011.** Avant le Traité de Lisbonne aucune disposition des traités n'énonçait explicitement que la Commission européenne avait, sauf exception, un monopole d'initiative législative, c'était la jurisprudence qui avait précisé sa "*mission générale d'initiative*"<sup>1080</sup>, un tel monopole de principe pouvant se déduire par une lecture systématique du traité. Désormais, l'art.17§2 TUE précise qu'un "*acte législatif de l'Union ne peut être adopté que sur proposition de la Commission sauf dans les cas où la les traités en disposent autrement*".

La Commission dispose de plusieurs pouvoirs pour protéger ce pouvoir de proposition. Elle a tout d'abord toute liberté pour présenter ou ne pas présenter un texte. A cet égard, la perspective d'une action en carence la forçant à agir apparaît assez théorique en raison des conditions extrêmement strictes de ce type de recours<sup>1081</sup>. Enfin, ce monopole lui donne un pouvoir d'orientation puisque c'est sur son texte que la discussion s'engage au Conseil<sup>1082</sup>.

<sup>1076</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 1061), p.115.

<sup>1077</sup> Accord interinstitutionnel du 6 mai 1999 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur la discipline budgétaire et l'amélioration de la procédure budgétaire, *JOCE*, n° C 172 du 18.6.1999, p.1. Voir pour des précision à cet égard et plus globalement sur la procédure budgétaire : JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel...*(op.cit. note 743), pp.463 et s.

<sup>1078</sup> WESTLAKE (M.), *The European...*(op.cit. note 1059), p.275.

<sup>1079</sup> Nous étudierons ici pour l'essentiel la procédure législative ordinaire, l'ancienne codécision.

<sup>1080</sup> CJCE, 26 février 1976, *Sadam*, aff. 88 à 90/75, *Rec.*1976, p. 323, pt.13.

<sup>1081</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...*(op.cit. note 912), pp.41-42.

<sup>1082</sup> MANIN (P.), *La méthode...*(op.cit. note 1044), p.218.

Plusieurs dispositions des traités protègent ensuite la proposition de la Commission. L'art.293 TFUE (250 CE) prévoit tout d'abord qu'elle ne peut être modifiée par le Conseil qu'à l'unanimité, hormis dans quelques cas particuliers énumérés. L'adoption de la proposition initiale est ainsi facilitée dans les cas où la procédure législative prévue au Conseil est la majorité qualifiée. Cette protection n'a toutefois été effective qu'avec l'acceptation des Etats membres de renoncer, sauf cas extrêmes à l'utilisation du compromis de Luxembourg, au milieu des années 1980<sup>1083</sup>. La Commission peut par ailleurs, jusqu'à ce que le Conseil ait statué, décider de procéder à une modification ou à un retrait de sa proposition si elle pense qu'elle risque d'être dénaturée (art.293§2 TFUE (250§2 CE)). Elle a par exemple utilisé ce pouvoir de retrait en novembre 1986 concernant le programme Erasmus<sup>1084</sup>. Mais une étude récente rappelle la rareté du retrait pour de telles raisons politiques de crainte de dénaturation des propositions ; elle relève que dans l'essentiel des cas de retraits, il s'agit de "*retraits techniques*" dus à "*de nouvelles avancées scientifiques ou technologiques ou à l'indifférence des législateurs*"<sup>1085</sup>.

Si quelques exceptions au monopole d'initiative législative de la Commission existaient dès le Traité de Rome, comme dans le cas de l'art.138 §3 CEE conférant au Parlement européen un pouvoir pour élaborer un projet afin de permettre son éléction au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les Etats membres, ces exceptions ont fortement augmenté avec le Traité de Maastricht<sup>1086</sup>. Ce dernier introduit les 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> piliers dans lesquels la Commission partage le pouvoir d'initiative avec les Etats (art.J.8 §3 et K.3 §2 du traité UE (art.22 §1 ; 34 §2 UE)). Dans le Traité de Maastricht, la Commission ne disposait même que d'une compétence limitée à certains domaines dans le 3<sup>e</sup> pilier, et c'est le Traité d'Amsterdam qui lui donne la même compétence qu'aux Etats membres. Avec le Traité de Lisbonne, la coopération policière et judiciaire en matière pénale demeure un domaine de pouvoir d'initiative partagée avec un quart des Etats membres selon l'art.76 TFUE, et elle perd en tant que Collège le pouvoir de proposition dans le cadre de la PESC/PSCD au profit du Haut représentant (art.30§1 TUE) ; elle peut tout au plus soutenir une proposition faite par le Haut représentant<sup>1087</sup>. Enfin, elle partage dans certains cas le pouvoir de proposition avec la Banque centrale européenne (art.106§6 du traité CE (107 §6 CE ; 129§4 TFUE)).

La Commission dispose en outre dans le cadre de l'UEM d'un pouvoir d'initiative amoindri par rapport aux propositions dans le cas des "recommandations" (art.121 §2 et 126§7 et §13 TFUE) (99 §2 et 104 §13 CE, 103 §2 et 104 C§13 du traité CE), qui sont à distinguer des textes non contraignants du même nom visés à l'art.288 TFUE (249 CE). L'obligation de vote à l'unanimité pour toute modification de son texte par le Conseil est en effet dans ce cas écartée. Toutefois, cette remarque doit être relativisée suite à l'adoption de réglementations en 2011 remplaçant dans différents cas le pouvoir d'adoption à la majorité qualifiée des recommandations de la Commission qu'avait le Conseil par un pouvoir de rejet des recommandations de la Commission<sup>1088</sup>.

**1012.** Que la Commission soit compétente garantit de moins en moins une véritable action autonome de sa part. La Commission n'est tout d'abord plus le centre d'impulsion politique, c'est le Conseil européen<sup>1089</sup>. Philippe de Schoutheete ajoute que le Traité de Lisbonne "*donne une*

<sup>1083</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...*(*op.cit.* note 912), p.35.

<sup>1084</sup> KASSIM (H.), *The Secretariat...*(*op.cit.* note 1058), p.104.

<sup>1085</sup> PONZANO (P.), CORONA (D.), HERMANIN (C.), *Le pouvoir d'initiative de la Commission européenne : une érosion progressive ?*, *Notre Europe, Etudes et recherches*, n°89, 2012, p.11 : [http://www.notre-europe.eu/media/Commission\\_Pouvoir\\_Initiative\\_NE\\_Fev2012.pdf](http://www.notre-europe.eu/media/Commission_Pouvoir_Initiative_NE_Fev2012.pdf).

<sup>1086</sup> Voir le tableau décrivant l'évolution du monopole d'initiative législative de la Commission et de ses exceptions, selon une présentation non exhaustive, depuis le Traité de Rome, in : *Ibid.*, p.8.

<sup>1087</sup> Souligné par : BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel...*(*op.cit.* note 746), p.239

<sup>1088</sup> Voir sur ce point : *supra* chap.I sect.I §3 C 2) b).

<sup>1089</sup> BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Ibid.*, p.239 ; COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.138.



*dimension nouvelle*" à ce rôle qui pouvait être ancien par sa consécration en tant qu'institution<sup>1090</sup>. Le Conseil européen de Séville de juin 2002 a décidé que le Conseil européen adopterait un programme stratégique de trois ans et à l'intérieur de ce cadre, le Conseil des affaires générales présente un programme annuel, ce qui pose un cadre au plan de travail législatif qui est présenté par le Président de la Commission à la séance plénière du Parlement européen chaque année. Si le phénomène s'accroît, Claude Blumann notait déjà en 1994 que le Conseil européen avait l'initiative politique, et la Commission l'initiative technique, relevant que de plus en plus souvent, elle recevait un mandat du Conseil européen pour présenter des propositions législatives<sup>1091</sup>. Mais il ajoutait que l'influence des personnes jouait un rôle décisif et que des initiatives politiques du Conseil européen émanaient assez souvent de la Commission qui avait su préparer le terrain avec suffisamment d'habileté<sup>1092</sup>. Le même constat est fait en 2004 par Philippe Manin qui estime que si la Commission ne peut opposer une fin de non recevoir par rapport aux orientations générales données par le Conseil européen, son Président peut se servir de sa participation au Conseil européen pour l'influencer et le gagner à certaines des positions de la Commission<sup>1093</sup>. La personnalité du Président de la Commission joue donc un rôle important. Jacques Delors souligne ainsi dans ses *Mémoires* qu'en tant que Président, sa "tâche essentielle était de [s']assurer le contrôle intellectuel de l'agenda du Conseil européen"<sup>1094</sup>.

Le Conseil a également un rôle important d'encadrement du pouvoir d'initiative de la Commission. Il n'a certes en principe pas de pouvoir d'initiative direct puisqu'il peut seulement demander à la Commission à la majorité simple de soumettre des propositions (art.241 TFUE (208 CE, 152 CEE)), sans que cette demande ne lie juridiquement la Commission. Mais il joue fréquemment de son poids politique pour obtenir de la Commission qu'elle fasse des propositions sur la base de ses demandes, demandes qui peuvent aller de simples lignes directrices à la remise de propositions rédigées<sup>1095</sup>; Geoffrey Edwards va jusqu'à parler de mécanisme permettant d'usurper le rôle de la Commission. Chaque présidence du Conseil de l'UE pose en particulier des priorités d'action dans son programme de six mois soutenant certaines initiatives<sup>1096</sup>, aspect qui est maintenu même la fin de la présidence concomitante du Conseil européen l'a fait reculer. Les initiatives législatives européennes sont ainsi prises de plus en plus souvent en étroite coordination entre la Commission, le Conseil et le Conseil européen<sup>1097</sup>. On considère qu'en moyenne environ 5 à 10% des propositions sont propres à la Commission, et non le résultat d'initiatives lancées par d'autres institutions<sup>1098</sup>. Même si cela peut apparaître comme un affaiblissement du rôle d'initiateur de la Commission, David Spence

<sup>1090</sup> SCHOUTHEETE (P. de), Conseil...(*op.cit.* note 957), p.13.

<sup>1091</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...*(*op.cit.* note 912), p.36.

<sup>1092</sup> *Ibid.*, p.38.

<sup>1093</sup> MANIN (P.), *La méthode...*(*op.cit.* note 1044), p.224 et note 30. Voir aussi en ce sens : QUERMONNE (J.-L.), *Le rôle du Conseil européen et du Conseil des ministres*, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, colloque Latsis, 1995, publications de l'institut européen de l'université de Genève, 1996, p.79. L'auteur indique : "Alors même qu'il était président de la Commission, Jacques Delors avait été amené à reconnaître que sa présence au sein du Conseil européen et l'appui que ses propositions trouvaient auprès de celui-ci constituaient pour lui une ressource précieuse pour accélérer les travaux du Conseil des ministres, voire pour fléchir parfois les résistances au processus d'intégration".

<sup>1094</sup> DELORS (J.), *Mémoires*, Paris, Pion, p.226 (cité par : SCHOUTHEETE (P. de), Conseil...(*op.cit.* note 957), p.6).

<sup>1095</sup> EDWARDS (G.), Introduction (*op.cit.* note 790), p.9 ; COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.138.

<sup>1096</sup> MANIN (P.), *La méthode...*(*op.cit.* note 1044), pp.226-227.

<sup>1097</sup> DIEDRICHS (U.), WESSELS (W.), *The Commission and the Council*, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (*op.cit.* note 790), p.222.

<sup>1098</sup> Paolo PONZANO, Daniela CORONA et Costanza HERMANIN citent le bas de la fourchette (Le pouvoir...(*op.cit.* note 1085)), pp.2-3), tandis que Udo DIEDRICHS et Wolfgang WESSELS citent cette fourchette fondée sur les données de la Commission datant de 1999 (*Ibid.*).



indique qu'une fois la graine pour une politique plantée, la Commission est responsable de la rédaction de la proposition<sup>1099</sup>. De même, Udo Diedrichs et Wolfgang Wessels préfèrent mettre l'accent sur les voies d'influence ouvertes par ce biais à la Commission sur l'agenda du Conseil et sur l'impact en matière de réduction des risques de conflit à un stade ultérieur du processus de décision<sup>1100</sup>. Pour eux, le rôle de la Commission comme initiateur de la législation et moteur d'intégration n'est pas fondamentalement menacé, mais il est devenu plus complexe : elle n'est pas toujours leur auteur originel, mais sa stratégie est de servir d'interlocuteur et de rationaliser la multitude des intérêts européens et des points de vues. En 1994, Claude Blumann notait dans le même sens que la Commission soumettait au Conseil tous ses avant-projets et qu'il s'ensuivait une phase de négociation souple entre les deux organes, ce qui faisait que les propositions de la Commission étaient déjà le fruit de nombreux compromis entre la Commission et les États eux-mêmes<sup>1101</sup>. Jean-Paul Jacqué souligne à cet égard que le "*Président Barroso a élevé cette pratique au niveau d'un art*", relevant que "*toutes les initiatives importantes ont été « prégénérées » avec les Etats membres avant d'être soumises au Collège*", mais conclut au contraire des commentaires précédents que "*dans ces conditions, le degré d'ambition demeure faible*", ce qui contribue à l'affaiblissement de l'institution<sup>1102</sup>. Jacques Delors soulignait dans un discours au Parlement européen en 1988 que "*la Commission elle-même ne peut pas seule obtenir beaucoup de résultat mais elle peut générer des idées*", et que "*son arme principale est la conviction*"<sup>1103</sup>. Le problème est quand ses membres et surtout son Président ne cherchent plus à avoir l'initiative et à convaincre, mais se contentent de réagir à un programme législatif qu'ils n'ont pas véritablement cherché à influencer.

Fort de l'exemple du Conseil, on a parlé lors de l'attribution d'un pouvoir comparable au Parlement européen, par le Traité de Maastricht (art.138 B du traité CE (192§2 CE, 225 TFUE)<sup>1104</sup>, d' "*une innovation majeure du traité sur l'Union Européenne, sinon de portée juridique, du moins de nature politique*"<sup>1105</sup>. On s'est demandé si la Commission pourrait refuser une telle demande en faisant notamment référence aux pouvoirs de contrôle dont dispose sur elle le Parlement<sup>1106</sup>, mais la pression de la censure apparaît inadaptée pour un tel but, sauf dans un cas extrême<sup>1107</sup>. En outre, il existait antérieurement la pratique du recours aux résolutions d'initiative, et la nouvelle disposition introduite fournissait plutôt une base juridique dans les traités à une pratique qui existait. En 1981, la Commission avait ainsi indiqué dans une communication au Conseil et au Parlement<sup>1108</sup> qu'elle expliquerait son refus des propositions parlementaires, puis elle avait développé la pratique de rapports semestriels concernant les résultats des initiatives parlementaires<sup>1109</sup>. La véritable évolution concernait le poids global du Parlement européen dans le processus législatif qui se voyait fortement augmenté par le Traité

<sup>1099</sup> SPENCE (D.), The President, the College and the cabinets, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission* (op.cit. note 790), p.146.

<sup>1100</sup> DIEDRICHS (U.), WESSELS (W.), The Commission... (op.cit. note 1097), p.223.

<sup>1101</sup> BLUMANN (C.), *La fonction*... (op.cit. note 912), p.36.

<sup>1102</sup> JACQUE (J.-P.), Les réformes... (op.cit. note 785), p.64.

<sup>1103</sup> Cité par : EDWARDS (G.), Introduction (op.cit. note 790), p.19.

<sup>1104</sup> Le Parlement européen peut sur cette base à la majorité de ses membres demander à la Commission de faire une proposition législative.

<sup>1105</sup> PLIAKOS (A.), L'Union européenne et le Parlement européen : y a-t-il vraiment un déficit démocratique?, in : LE HARDÏ DE BEAULIEU (L.) (dir.), *Du déficit démocratique à l'Europe des citoyens : travaux des troisièmes journées d'étude Jean Monnet*, Presses universitaires de Namur, 1995, p.167.

<sup>1106</sup> GLOOS (J.), REINESCH (G.), VIGNES (D.), WEYLAND (J.), *Le Traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.395. Moyen aussi souligné par BLUMANN (C.), *La fonction*... (op.cit. note 912), p.40.

<sup>1107</sup> Voir le cas du contexte de la crise de la vache folle, seul exemple jusqu'à présent de menace de censure visant à forcer la Commission à faire des propositions législatives : *infra* §3 B 1) b).

<sup>1108</sup> Rapport sur les relations interinstitutionnelles, *Bull.CEE*, supplément 3/82.

<sup>1109</sup> COSTA (O.), *Le parlement*... (op.cit. note 744), pp.138-139.



de Maastricht, facteur qui pouvait plaider en faveur d'une augmentation du pouvoir de pression sur la Commission, mais qui ne s'est pas vraiment réalisé en pratique sauf dans des cas marginaux. Le Parlement, qui quand il n'avait que de peu de pouvoirs en matière législative avait fait un large usage des résolutions d'initiative, y recourt beaucoup plus rarement depuis l'extension de ses compétences en matière législative<sup>1110</sup>. Dans le cas d'une publicité importante, un projet a des chances de faire l'objet d'une proposition législative de la Commission et d'aboutir. Avant le Traité de Maastricht, le Parlement est ainsi parvenu à obtenir une proposition législative d'interdiction de l'importation de peaux de bœufs plus que son adoption, une pétition rassemblant plus d'un million de signatures et la publicité importante autour de cette résolution ayant permis ce succès<sup>1111</sup>. Un véritable pouvoir d'initiative du Parlement européen pourrait par contre changer la donne, mais il aurait pour conséquence d'affaiblir la Commission, l'un de ses pouvoirs essentiels étant le monopole, sauf exception, de l'initiative législative.

**1013.** Le système le plus proche de l'UE est le modèle suisse. Le Conseil fédéral suisse dispose de l'initiative législative selon l'art.90§4 aCS 1848 (102§4 aCS 1874 ; l'art.181 CS). Certes, à la différence de la Commission européenne, il n'a pas de monopole, l'art.81 aCS 1848 (93 aCS ; 160 CS) donnant aux deux chambres du Parlement fédéral, à leurs membres, ainsi qu'à chaque canton une telle compétence. Toutefois, la part du Conseil fédéral dans les propositions législatives est prépondérante<sup>1112</sup>. A la différence de l'UE où les Etats membres par le biais du Conseil et du Conseil européen vont déjà influencer le cadre de l'essentiel des propositions qui auront déjà fait l'objet de compromis, dans le cas suisse c'est la participation des principaux partis au Conseil fédéral qui conduit à ce que les propositions soient déjà des compromis.

Dans le cas allemand, tout député du Reichstag dispose sous la Confédération du Nord et l'Empire bismarckien d'un pouvoir d'initiative pour les lois fédérales (art.23 RV (23 CCN)). L'art.7 §2 RV (7 CCN) précise ensuite que tout Etat membre a un pouvoir d'initiative. Il n'existe en principe pas de pouvoir d'initiative du Chancelier, Ernst Rudolf Huber soulignant à cet égard la manifestation de la volonté initiale de Bismarck de conférer au Bundesrat les fonctions données sinon à un gouvernement<sup>1113</sup>. Bismarck a toutefois en pratique imposé un pouvoir d'initiative du Chancelier<sup>1114</sup> qui a dès lors joué le rôle de gouvernement et exercé un pouvoir central en matière d'initiative législative.

Avec la Loi fondamentale, le pouvoir d'initiative est partagé entre le gouvernement fédéral, les membres du Bundestag et le Bundesrat (art.76 §1 LF). Dans le cas du Bundesrat, une initiative peut être proposée par la délégation d'un Land selon le §26 al.1 RIBR, et si elle obtient le soutien de la majorité des voix du Bundesrat, elle est déposée au Bundestag en vertu du §30 al.1 RIBR. Mais en pratique, il est rarement fait usage de ce droit<sup>1115</sup>. De même, le Bundestag utilise peu son pouvoir d'initiative.

Dans le cas américain, l'art.I sect.1 de la Constitution de 1787 énonce que le Congrès est le seul détenteur du pouvoir législatif. L'initiative est partagée de façon égale entre les deux chambres<sup>1116</sup>. Chaque membre du Congrès a un droit individuel de déposer des propositions de

---

<sup>1110</sup> *Ibid.*, p.140.

<sup>1111</sup> *Ibid.*, p.138.

<sup>1112</sup> LUZIUS (M.), *Bundesrat und Bundesverwaltung*, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001, p.1049 ; JAAG (T.), *Die Zweite...* (*op.cit.* note 860), p.32.

<sup>1113</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (*op.cit.* note 771), *Bd.III*, p.920.

<sup>1114</sup> *Ibid.*

<sup>1115</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (*op.cit.* note 860), p.31.

<sup>1116</sup> L'art.I sect.7 cl.1 indique que les projets de loi comportant la levée d'impôts doivent provenir de la chambre des représentants, idée reprise du modèle britannique sauf pour les lois de finance ou concernant



loi. Si aucun droit formel n'est donné au Président, il peut influencer l'agenda en recherchant le soutien public, négociant avec les membres. Il s'agit d'un "*pouvoir de persuasion*" et non d'une compétence juridique<sup>1117</sup>.

## b) La délibération et le vote

**1014.** Pour le reste de la procédure législative, il faut tout d'abord souligner le rôle particulier joué par la Commission européenne. Sa participation aux délibérations du Conseil lui permet classiquement d'apprécier les rapports de force, d'accepter les concessions et compromis utiles, et de faire aboutir un projet<sup>1118</sup>. Avec l'extension du pouvoir du Parlement européen toutefois, elle doit désormais dialoguer avec deux partenaires pour dégager un compromis autour de sa proposition. Même s'ils soulignent là aussi le rôle de médiation de la Commission, Udo Diederichs et Wolfgang Wessels reconnaissent que ce sont le Parlement européen et le Conseil qui dominent la procédure de prise de décision dans le cadre de la procédure de codécision<sup>1119</sup>, devenue procédure législative ordinaire. Et si selon l'art.294 §11 TFUE (251§4 CE ; 189 B§4 du traité CE), "*la Commission participe aux travaux du comité de conciliation et prend toutes initiatives [...] en vue de promouvoir un rapprochement des positions du Parlement européen et du Conseil*", elle ne dispose d'aucun monopole d'initiative à ce stade, et l'accord entre le Parlement et le Conseil peut très bien se réaliser en dehors d'elle, voire à son détriment<sup>1120</sup>.

Paolo Ponzano, Daniela Corona et Costanza Hermanin rappellent également que le président du Conseil a vu son rôle de faiseur de compromis au sein du Conseil renforcé par le compromis de Luxembourg, "*fonction qui lui a presque permis de prendre le pas sur la Commission en matière de modification des propositions*", et sa contribution déterminante dans les négociations informelles entre les représentants du Conseil et du Parlement européen<sup>1121</sup>. Pour une large part, les modifications apportées par la Commission à sa proposition au cours de la première et de la seconde lecture se font sur la base du "*compromis rédigé par la présidence du Conseil*"<sup>1122</sup>. Pour faire avancer certains dossiers, la présidence du Conseil opère notamment des négociations bilatérales avec les gouvernements<sup>1123</sup>. Le rôle de négociation de la Commission pour faire avancer l'intérêt général en imposant un "*arbitrage*" entre les Etats s'efface par ailleurs au profit du Conseil européen quand il tranche des questions qui n'ont pu faire l'objet de compromis au Conseil<sup>1124</sup>.

Le rôle du Conseil fédéral suisse se rapproche le plus de celui de la Commission dans le contexte législatif<sup>1125</sup>. Si le projet est déjà issu d'un compromis entre les conseillers fédéraux issus des principaux partis suisses, la faible discipline partisane, les différences de procédure et de composition au Conseil national et au Conseil des Etats amène le conseiller fédéral qui a

---

l'impôt où seule la chambre des représentants est théoriquement compétente. En pratique, le Sénat peut faire une proposition qui est présentée comme complément même si son contenu est totalement différent (*Ibid.*, p.25).

<sup>1117</sup> BACH (S.), The legislative process in the House floor, in : SNEIDER (N. O.) (ed.), *House of Representatives of the United States*, Huntington, Nova Science Publishers, 2001, pp.16-17

<sup>1118</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...* (*op.cit.* note 912), p.35.

<sup>1119</sup> DIEDRICHS (U.), WESSELS (W.), The Commission... (*op.cit.* note 1097), p.227.

<sup>1120</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...* (*op.cit.* note 912), p.41.

<sup>1121</sup> PONZANO (P.), CORONA (D.), HERMANIN (C.), Le pouvoir... (*op.cit.* note 1085), p.40.

<sup>1122</sup> *Ibid.*

<sup>1123</sup> MANIN (P.), *La méthode...* (*op.cit.* note 1044), pp.226-227.

<sup>1124</sup> *Ibid.*, p.225.

<sup>1125</sup> Nous avons déjà souligné le contexte particulier du poids de la Prusse favorisant le rôle important du Chancelier sous l'Empire bismarckien, et le rôle du gouvernement fédéral sous la Loi fondamentale se place dans le contexte d'un système majoritaire qui ne permet pas non plus la comparaison à cet égard avec l'UE. Quant au cas américain, il n'y a pas de représentant de l'exécutif présent au Congrès lors des débats législatifs.



préparé le projet de loi à jouer un rôle important d'intermédiaire chargé d'aboutir à son adoption à l'Assemblée fédérale<sup>1126</sup>. Toutefois, il ne va pas aussi loin que celui joué par la Commission européenne dans le cadre de la procédure législative au niveau européen.

**1015.** Autre particularité au niveau de l'UE, la discussion entre les différentes institutions est permanente. Il existe bien sûr dans les cas allemand, suisse et américain des possibilités de discussions informelles de couloirs, entre ou au sein des partis, mais rien de comparable avec les échanges entre les institutions au niveau européen qui trouve leur paroxysme dans le cadre de la procédure législative ordinaire.

Au départ de l'introduction de la codécision, il existait une "*méfiance réciproque*" entre le Conseil et le Parlement européen, puis une coopération efficace s'est développée entre ces institutions<sup>1127</sup>. Asteris Pliakos souligne en ce sens que les rapports ayant évolué, la critique datant de 1994 de Maurice Duverger<sup>1128</sup> concernant l'incapacité des parlementaires à exercer la codécision n'est plus d'actualité<sup>1129</sup>. L'évolution a été notamment favorisée par des "rencontres informelles" entre quelques représentants des trois institutions pour trouver un compromis. Lancées en 1994-1995, elles sont au départ organisées à partir de la seconde lecture pour rendre plus aisé l'aboutissement des travaux du comité de conciliation, puis elles sont généralisées aux différentes étapes de la procédure de codécision<sup>1130</sup>. Ces rencontres rassemblent un représentant d'Etat ayant la présidence du Conseil (généralement le représentant permanent adjoint), quelques membres de la délégation du Parlement et un fonctionnaire ayant un poste élevé au sein de la Commission (le directeur général d'une DG ou le directeur d'une des unités à l'intérieur d'une DG) qui essaient d'élaborer un compromis<sup>1131</sup>. En général, des contacts informels ont encore lieu au préalable de la réunion du comité de conciliation entre le président de la délégation au comité du Parlement européen ou le député européen rapporteur de la proposition et le président de la formation du Conseil intéressée ; un représentant de la Commission est alors également présent, en principe le commissaire responsable<sup>1132</sup>. La durée de la procédure formelle du comité et plus globalement la durée pour l'adoption d'un acte législatif, a été réduite par ce biais<sup>1133</sup>, et les cas d'échec de la procédure sont désormais rares<sup>1134</sup>.

La procédure au sein de la commission compétente au Parlement européen pour l'étude d'une proposition de loi illustre également le caractère coopératif de la procédure entre les trois institutions Parlement, Conseil et Commission.

En première lecture, la Commission présente généralement sa proposition, puis le rapporteur de la commission concerné présente le rapport ; puis le porte-parole de chaque

<sup>1126</sup> UEBERWASSER (H.), Die Mitwirkung des Bundesratskollegiums in der Bundesversammlung im Lichte des Kollegialprinzips, in : *Das Parlament, "oberste Gewalt des Bundes" ? : Festschrift der Bundesversammlung zur 700-Jahr-Feier der Eidgenossenschaft*, Bern, Paul Haupt, 1991, p.329.

<sup>1127</sup> PONZANO (P.), CORONA (D.), HERMANIN (C.), Le pouvoir...(op.cit. note 1085), p.36

<sup>1128</sup> DUVERGER (M.), Une Communauté de droit ?, *Le Monde*, 4 mai 1994 : "*quand des parlementaires se montrent incapables d'exercer convenablement la codécision dans le domaine si fondamental où elle leur est exceptionnellement accordée, comment seront-ils pris au sérieux quand ils demanderont qu'elle s'applique à l'ensemble des textes de nature législative ?*".

<sup>1129</sup> PLIAKOS (A.), L'Union...(op.cit. note 1105), pp.169-170.

<sup>1130</sup> PONZANO (P.), CORONA (D.), HERMANIN (C.), Le pouvoir...(op.cit. note 1085), p.37

<sup>1131</sup> DIETRICH (U.), WESSELS (W.), The Commission...(op.cit. note 1097), p.227.

<sup>1132</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(op.cit. note 744), p.133.

<sup>1133</sup> Udo DIETRICH et Wolfgang WESSELS notent ainsi que sur 472 procédures de codécision en 2002, 69 n'ont pas abouti à l'adoption de l'acte, mais dans seulement 7 cas cela a été dû à une conciliation infructueuse ou à un rejet du texte adopté par le comité de conciliation par le Parlement européen ; dans 348 cas les actes ont été adoptés, parmi lesquels 236 n'ont pas fait l'objet d'une réunion du comité de conciliation (The Commission...(op.cit. note 1097), p.227).

<sup>1134</sup> PONZANO (P.), CORONA (D.), HERMANIN (C.), Le pouvoir...(op.cit. note 1085), p.37



groupe prend alors la parole, suivi parfois d'autres membres des groupes en fonction de la répartition du temps<sup>1135</sup>. Selon l'art.54 RIPE, la Commission donne sa position sur les amendements et répond aux questions concernant la proposition<sup>1136</sup>. Toujours selon cet article, le Conseil peut faire une déclaration<sup>1137</sup>. Un débat peut ensuite être ouvert sur ces positions et dans ce cas, la Commission et/ou le Conseil peuvent répondre. Au départ peu enthousiastes à prendre la parole dans ce cadre, les représentants du Conseil ont changé de position avec l'augmentation du poids du Parlement européen.

Pour la seconde lecture du texte au Parlement, la commission parlementaire compétente doit adopter une recommandation par rapport à la position commune du Conseil (art.63 RIPE). En son sein, le rapporteur présente la question et des discussions peuvent sur demande de la commission avoir lieu entre son président, le rapporteur, et les représentants du Conseil et de la Commission concernant les amendements, avant qu'il soit procédé à un vote (art.63§5 RIPE).

**1016.** Dernière manifestation plus classique de collaboration entre les institutions au niveau législatif, le comité de conciliation, réuni dans le contexte européen dans le cadre de la procédure législative ordinaire en cas d'absence d'accord entre le Parlement européen et le Conseil (art.294§8 TFUE (251 §3 CE)).

En Suisse, une navette entre les deux chambres a lieu, se restreignant aux questions posant problème jusqu'à ce qu'un accord sur les points de discussion soit atteint<sup>1138</sup>, un comité de conciliation n'étant classiquement réuni que dans de rares cas si le désaccord se maintient<sup>1139</sup>. Selon l'art.17§1 de la loi sur les rapports entre les Conseils<sup>1140</sup>, une conférence de conciliation n'était mise en place que si une chambre déclarait sa position comme définitive et que l'autre maintenait son avis divergent<sup>1141</sup>. Mais l'art.91§1 de la loi sur l'Assemblée fédérale dite loi sur le Parlement du 13 décembre 2002<sup>1142</sup>, qui remplace la loi sur les rapports entre les Conseils, prévoit désormais qu'un comité de conciliation, nommé "conférence de conciliation", soit réuni en cas de persistance des divergences après trois lectures.

Dans le cas allemand, les lois fédérales sous la Confédération du Nord et le Second Empire nécessitent l'accord du Reichstag et du Bundesrat (art.5 RV (5 CCN)). Toutefois les oppositions ont toujours été résolues avant qu'un vrai conflit éclate, notamment selon Ernst Rudolf Huber grâce au Bundesrat<sup>1143</sup>, les Etats étant prêts à faire les compromis nécessaires pour la sécurité de l'unité nationale. Il n'était par contre pas prévu de structure du type comité de conciliation. Sous la Loi fondamentale, par contre un tel comité est prévu en cas de désaccord entre les deux chambres. Il peut être réuni à la demande du Bundesrat quel que soit le type de loi, et du Bundestag et le gouvernement fédéral dans les cas où la loi est soumise à l'accord obligatoire du Bundesrat (art.77§2 LF).

Aux Etats-Unis, la navette peut s'arrêter très tôt, chacune des chambres étudiant le projet peut demander un comité de conciliation, appelé "commission de conférences", si elle n'est pas

<sup>1135</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (op.cit. note 1061), p.174.

<sup>1136</sup> *Ibid.*, p.143 : pour les textes importants, il pourra s'agir du directeur général, ou du commissaire responsable.

<sup>1137</sup> *Ibid.*, p.144 : Un membre du Secrétariat général du Conseil est en général présent accompagné de fonctionnaires du ministre ou de la représentation permanente de l'Etat ayant la présidence du Conseil, et parfois de membres des groupes de travail concernés.

<sup>1138</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.42.

<sup>1139</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus de décision fédéraux en suisse*, éd. L'harmattan, Paris, 1997, p.35 ; HEGER (M.), *Deutscher ...* (op.cit. note 738), pp.125-126.

<sup>1140</sup> Loi fédérale du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale, ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs, *BBl.*1962 I 636.

<sup>1141</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.44.

<sup>1142</sup> *RS* 171.10.

<sup>1143</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...* (op.cit. note 771), *Bd.III*, p.851.

en accord avec l'autre<sup>1144</sup>.

Dans l'Union européenne, le comité de conciliation comprend autant de membres issus du Conseil et du Parlement européen (art.294§10 TFUE (251§4 CE)). La composition de la délégation du Parlement européen est pour une partie permanente et pour l'autre variable en fonction des matières. Ainsi, selon l'art.68 §3 RIPE, trois vice-présidents du Parlement européen sont membres permanents, ce qui permet d'avoir des membres ayant l'expérience de la conciliation, les autres dépendant des textes, ce qui permet une spécialisation permettant de trouver un compromis approprié à la matière. Le président de la commission et le rapporteur du texte appartiennent toujours à la délégation du Parlement européen, et les autres membres souvent issus de cette même commission, sachant que la délégation doit présenter un équilibre entre les groupes politiques. Selon l'art.68§6 RIPE, se trouve à sa tête l'un des vice-Présidents ou le Président du Parlement quand il y participe en raison de l'importance du texte. D'un point de vue partisan, la délégation du Parlement doit, selon l'art. 68 §2 RIPE, présenter un équilibre entre les groupes représentés en son sein. Les petits groupes ont souvent dénoncé la place des deux principaux au sein de chaque délégation du Parlement au comité de conciliation, et le manque de transparence de ses travaux, le Conseil ayant exigé la confidentialité et les membres de la délégation devant bénéficier d'une large autonomie pour négocier. Les choses se sont améliorées, notamment par une meilleure information de la Conférence des Présidents<sup>1145</sup>. La délégation du Conseil est quant à elle menée par le ministre compétent de l'Etat ayant la présidence du Conseil de l'UE et elle est généralement composée de membres du COREPER I, sauf pour des textes particulièrement importants qui requièrent la présence des ministres<sup>1146</sup>. La faible présence des ministres a été souvent dénoncée par les députés, notamment parce qu'elle posait problème lorsque les textes discutés étaient plus "politiques", les représentants permanents ne disposant pas toujours des marges nécessaires de négociation pour aboutir à des compromis. Mais les choses se sont améliorées<sup>1147</sup>. Enfin, la Commission dispose d'une délégation menée par le commissaire responsable<sup>1148</sup>.

En Suisse, un comité *ad hoc* était avant 2002 établi, composé à égalité de membres des commissions des deux chambres conseillant sur les matières concernées, ce qui permettait une représentation de la plupart des fractions du Parlement<sup>1149</sup>. Cette loi reprend le même principe. Selon son art.91§2 la conférence de conciliation est composée de treize membres délégués par chacune des commissions qui étaient chargées au départ de l'étude de la proposition, et elle renvoie à l'art.43§3 de cette même loi qui précise une composition en fonction de la force des groupes parlementaires au sein de chaque Conseil.

En Allemagne, le comité de conciliation est une instance permanente mise en place au début d'une législature composé de 32 membres envoyés pour moitié par chacune des deux chambres<sup>1150</sup>. Cela évite qu'il y ait une bataille entre les différentes fractions pour sa composition à chaque réunion, tout en permettant une représentation des différents points de vue<sup>1151</sup>, mais cette solution a le désavantage que les membres n'ont pas de connaissance technique particulière. Toutefois, selon respectivement les §3 et §4 du règlement intérieur du comité de conciliation chaque membre a un représentant qui peut le remplacer s'il a plus de connaissances en la matière, et les représentants et membres peuvent être changés quatre fois

---

<sup>1144</sup> Cleave's Manual pt. 200.1

<sup>1145</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.135.

<sup>1146</sup> *Ibid.*, p.132.

<sup>1147</sup> *Ibid.*, p.134.

<sup>1148</sup> *Ibid.*, p.132.

<sup>1149</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...*(*op.cit.* note 860), p.45.

<sup>1150</sup> §1 du règlement intérieur du comité de conciliation : *BGBI.*1951 II p.103. Règlement intérieur en l'état de 2012 :

[http://www.bundesrat.de/nr\\_8962/DE/br-dbt/va/go/go.html](http://www.bundesrat.de/nr_8962/DE/br-dbt/va/go/go.html)

<sup>1151</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...*(*op.cit.* note 860), p.47.

par législature.

Aux EU, les comités de conciliation sont composés d'un nombre égal de représentants et de sénateurs, leur composition variant selon le texte de compromis qu'ils doivent trouver entre les deux chambres<sup>1152</sup>. Les deux grands partis y sont représentés. Les différentes nuances des avis des membres des partis des deux chambres sont toutefois moins bien représentées qu'en Suisse ou en Allemagne<sup>1153</sup>. Cela résulte pour une part du nombre réduit de membres de ce comité, souvent restreint à trois ou cinq<sup>1154</sup>.

D'une façon générale, les petites chambres sont mieux représentées au sein des comités de conciliation, et une plus grande influence de leur part en résulte habituellement. Ainsi, la moitié des membres du Conseil des Etats contre 10% des membres du Conseil national suisse, 23 à 25% des membres du Bundesrat contre 2 à 3% des membres du Bundestag<sup>1155</sup>.

Concernant la position prise par les membres du comité de conciliation au niveau européen, les membres du Conseil restent liés par les instructions du gouvernement de leur Etat d'origine mais Stéphanie Novak note que le Conseil fait généralement bloc face aux parlementaires européens dans la défense de la position commune afin d'éviter que ces derniers n'utilisent les divisions entre Etats membres<sup>1156</sup>. Dans le cas allemand par contre, les membres du Bundesrat sont libérés des instructions de leur gouvernement d'origine selon l'art.77 §2 LF. Alors qu'aux EU, les mandats des deux chambres sont représentatifs, il est paradoxalement prévu que le comité de conciliation, peut être "libre" ou "simple"<sup>1157</sup>. Dans le premier cas, le comité débat de toutes les questions où il existe un désaccord librement, dans le second, chaque délégation suit strictement les instructions de la chambre qui les a nommés. En pratique toutefois, même aux EU, il n'y a pas d'instruction à moins que pour des raisons tactiques les managers veuillent renforcer leurs positions vis-à-vis de la délégation de l'autre chambre<sup>1158</sup>.

Enfin, dans l'UE, le comité ne peut être réuni qu'une fois sur un texte et si les chambres refusent le texte, il tombe selon l'art.294§12 et §13 TFUE (251§5 et §6 CE). Il en est de même en Suisse<sup>1159</sup>. En Allemagne, les chambres ne peuvent qu'accepter ou refuser l'ensemble du texte du comité selon le §10 du règlement intérieur du comité de conciliation allemand, et le comité ne peut être à nouveau réuni en cas d'échec du vote qu'à la demande d'une autre instance que celle qui l'avait appelé au départ<sup>1160</sup>. Aux Etats-Unis, les chambres ne peuvent certes en théorie qu'approuver ou rejeter le texte issu du comité<sup>1161</sup>, mais un autre comité composé d'autres membres peut être réuni, et une "*sorte de navette entre le comité et les deux chambres*"<sup>1162</sup> peut alors commencer sans limite définie. Toutefois, la législature étant seulement de deux ans, une pression temporelle s'exerce qui oblige à des compromis, ce qu'utilisent les comités pour modifier en profondeur les textes, la seule limite étant l'identité matérielle du contenu du texte

<sup>1152</sup> TOINET (M.-F.), *Le système...* (op.cit. note 826), p.131.

<sup>1153</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.45.

<sup>1154</sup> Cleave's Manual pt.216.2 : le parti majoritaire y a la majorité. Pt.216.3 : En général, ce sont les membres du comité qui ont étudié la loi mais parfois pour une meilleure représentation d'une opinion au sein de la Chambre, le speaker nomme d'autres.

<sup>1155</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.51. La plus grande influence du Conseil des Etats se voit en Suisse où jusqu'en 1955 le comité a suivi dans une majorité des cas la position du Ständerat. De même le Sénat américain paraissait s'imposer dans les années 70.

<sup>1156</sup> NOVAK (S.), Usages du vote à la majorité qualifiée de l'Acte unique européen à nos jours : une permanence inattendue, *Etudes et recherches, Notre Europe*, n°88, 23 novembre 2011, p.19

<sup>1157</sup> Cleave's Manual pt.201

<sup>1158</sup> En ce sens : JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.51.

<sup>1159</sup> Art.93 de la loi suisse sur le Parlement de 2002 et auparavant art.20§2 de la loi sur les rapports entre les Conseils.

<sup>1160</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.49.

<sup>1161</sup> Cleave's manual pt.250

<sup>1162</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.49.



avec le projet<sup>1163</sup>. Tobias Jaag note ainsi que les chambres ne voulant pas risquer la chute du texte, le votent et que "*ce pouvoir factuel a fait valoir aux « conference committees » la qualification de « troisième chambre »*"<sup>1164</sup>.

### **3) La comitologie : une application originale de l'équilibre des intérêts à la fonction exécutive**

**1017.** La fonction exécutive de principe au niveau européen présente également une forme originale d'équilibre entre les intérêts qui a évolué, même si sa logique reste celle de l'encadrement par les Etats du pouvoir d'exécution exercé par la Commission européenne (a). Cette dernière a vu ses pouvoirs augmenter au fur et à mesure des réformes des mécanismes de la comitologie (b). Enfin, un dernier élément est discuté depuis le milieu des années 1980, celui du pouvoir du Parlement européen (c).

#### **a) La justification de la comitologie et l'évolution globale de son organisation**

**1018.** Claude Blumann, rappelant que les Etats doivent exécuter le droit européen, justifie la comitologie comme étant "*le prix à payer par la Communauté en contrepartie du « service » que lui offrent les États, de se charger de la mise en œuvre des politiques communautaires*"<sup>1165</sup>. Si un cadre pour ces mesures d'exécution au niveau européen peut apparaître nécessaire pour assurer une uniformité d'application, il semble justifié que cette limitation des compétences des Etats fasse l'objet d'une compensation dans un pouvoir de contrôle de la Commission au sein de comités<sup>1166</sup>. La comitologie permet non seulement aux Etats qui auront à exécuter d'être associés, mais encore d'apporter à la Commission les connaissances des particularités nationales des administrations et donc de faciliter l'exécution finale<sup>1167</sup>. Manuel Szapiro souligne à cet égard que la "*logique de coopération*" caractérisant ces comités "*perme[t] à la Commission et aux États membres de se nourrir de leurs expériences respectives, de reconnaître certaines spécificités nationales, d'anticiper les problèmes de mise en œuvre et d'y apporter des solutions*"<sup>1168</sup>.

**1019.** Le Conseil accompagne la délégation de compétence d'exécution à la Commission de comités composés de représentants d'Etats membres. Cet encadrement s'est tout d'abord développé sur une base *ad hoc* validée par la Cour de justice<sup>1169</sup>. L'Acte Unique a ensuite donné une base juridique à l'établissement de ces comités, l'art.145 CEE précisant que le Conseil "*peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités*", sur la base de laquelle la décision dite "comitologie" a été adoptée en 1987. Cette décision fait une présentation rationalisée des différentes procédures de comité existantes<sup>1170</sup>. Le 28 juin 1999 une nouvelle décision comitologie<sup>1171</sup> a été adoptée qui a simplifié les procédures, et augmenté les pouvoirs de la Commission. Elles ont été complétées par une nouvelle procédure en 2006<sup>1172</sup> qui a

---

<sup>1163</sup> *Ibid.*, p.50.

<sup>1164</sup> *Ibid.*

<sup>1165</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...* (*op.cit.* note 912), p.128.

<sup>1166</sup> BLUMANN (C.), *Le Parlement européen et la comitologie*, p.21.

<sup>1167</sup> JACQUE (J.-P.), *Pouvoir législatif...* (*op.cit.* note 767), p.39.

<sup>1168</sup> SZAPIRO (M.), *Comitologie : rétrospective et prospective après la réforme de 2006*, *RDUE*, 2006, n°3, p.560. Voir aussi en ce sens : DIEDRICHS (U.), WESSELS (W.), *The Commission...* (*op.cit.* note 1097), p.227.

<sup>1169</sup> CJCE 17 décembre 1970, *Köster*, aff. C-25/70, Rec.1970 p.1161.

<sup>1170</sup> Décision n°87/373 du Conseil du 13 juillet 1987 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOCE*, n°L 197 du 18 juillet 1987 p.33.

<sup>1171</sup> Décision n°1999/468 du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOCE*, n°L 184 du 17 juillet 1999, p.23.

<sup>1172</sup> Décision n°2006/512 du Conseil du 17 juillet 2006 modifiant la décision n°1999/468 fixant les modalités



consacré des pouvoirs renforcés de contrôle du Parlement européen. Enfin, le en 2011, un règlement a été adopté qui a établi de nouvelles règles renforçant encore les pouvoirs exécutifs de la Commission<sup>1173</sup> et réduisant le Conseil dans le cadre de la comitologie aux mêmes pouvoirs de contrôle que le Parlement européen. Comme le note Claude Blumann, la volonté de rapprocher le système institutionnel européen du schéma de la séparation des pouvoirs a poussé les rédacteurs des traités à cette solution de même qu'à parler des "*modalités de contrôle par les Etats membres*" de l'exercice des compétences d'exécution de la Commission à l'art.291 §3 TFUE, là où si les comités étaient déjà antérieurement composés de représentants de ces mêmes Etats ils étaient considérés comme des "micro-conseils"<sup>1174</sup>. Toutefois, la logique au cœur de la procédure de comitologie demeure celui de la prise en compte des intérêts étatiques ; il y a toujours une volonté de compromis par rapport à l'intérêt général européen que cherche à promouvoir la Commission. En outre, comme le souligne Claude Blumann, il s'agit pour une large part d'un affichage idéologique marquant la volonté de réduire formellement la fonction exécutive du Conseil en tant qu'institution<sup>1175</sup>, de restreindre sa compétence à celle de législateur dans le cadre de la comitologie.

## b) L'augmentation des pouvoirs de la Commission

**1020.** La Commission loin d'être une simple autorité de proposition de texte exécutif a toujours joué un rôle important au sein de ces comités. Selon l'art.2 de la décision de 1987 (art.3§1, art.4§1 et §2, art.5§1 et §2 de la décision de 1999 ; art.3§2 du règlement de 2011), le président des différents types de comité est un représentant de la Commission et il ne prend pas part au vote. Cette présidence confère à la Commission un rôle important de direction. La Commission établit l'agenda et modère les discussions qui ont lieu à l'intérieur de ces comités en étant efficace dans la présidence des réunions<sup>1176</sup>. Ainsi elle "*peut décider ou non de modifier son projet de mesures à cet effet et fait passer au vote au moment qu'elle juge opportun*"<sup>1177</sup>.

**1021.** Il convient par contre ensuite de distinguer entre les différents textes encadrant la comitologie afin de mettre en évidence l'évolution des pouvoirs de la Commission. La décision de 1987 distingue trois procédures qui impliquent un pouvoir plus ou moins grand de la Commission, et dans certains cas la possibilité pour le Conseil de récupérer la compétence exécutive<sup>1178</sup>. Dans la procédure I dite de consultation, la Commission doit seulement "*tenir le plus grand compte de l'avis*" du comité et informer ce dernier de la manière dont elle a tenu compte dudit avis. Etant donné cette portée limitée, le vote en son sein est facultatif, et aucune différenciation des voix n'est appliquée entre les représentants des Etats. Au contraire, dans la procédure II dite de gestion, et dans la procédure III, dite de réglementation la décision renvoie au calcul de la majorité qualifiée tel qu'il est appliqué au sein du Conseil, car l'avis ou l'absence

---

de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOUE*, n° L 200 du 22 juillet 2006, p.11.

<sup>1173</sup> Règlement n°182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *JOUE*, n°L 55 du 28.02.2011, p.13.

<sup>1174</sup> BLUMANN (C.), Un nouveau...(*op.cit.* note 745), pp.28-29. Voir aussi : *Ibid.*, p.35 : "*le règlement 182/2011 innove car c'est de la séparation des pouvoirs qu'il s'inspire*".

<sup>1175</sup> *Ibid.*, p.36 et p.47 : l'auteur vise le "*choix « idéologique » d'exclusion du conseil en tant que tel de la comitologie*".

<sup>1176</sup> PEDLER (R.), SCHAEFER (G.) (ed.), *Shaping European law and policy : the role of committees and comitology in the political process*, European Institute of Public Administration, 1996, p.21 ; DIEDRICHS (U.), WESSELS (W.), *The Commission...*(*op.cit.* note 1097), p.227.

<sup>1177</sup> SZAPIRO (M.), *Comitologie...*(*op.cit.* note 1168), p.561.

<sup>1178</sup> Nous présentons ici pour simplifier un cadre réglementaire déjà complexe uniquement le cas général, par opposition à celui des mesures de sauvegarde prévu à l'art.3 de la décision.

d'avis ont des conséquences sur la fin de la procédure. Dans le cas de la procédure de gestion, un avis négatif implique la communication du texte au Conseil. Selon les domaines, la Commission a alors soit la faculté, soit l'obligation, de différer l'application des mesures jusqu'à ce que le Conseil se prononce, voire adopte le cas échéant un texte différent. Dans le cas de la procédure de réglementation, en cas d'avis négatif ou en l'absence d'avis, c'est-à-dire si la majorité qualifiée n'a pu être atteinte ni pour un avis négatif ni pour un avis positif, la Commission doit soumettre une proposition de texte au Conseil statue à la majorité qualifiée sur cette dernière. La Commission retrouve toutefois sa compétence si aucune majorité qualifiée ne peut être trouvée au Conseil ; dans certains domaines toutefois cela n'est le cas que si la majorité simple des Etats ne s'est pas prononcée contre le texte.

La décision comitologie de 1999 a apporté une simplification par rapport à celle de 1987 et renforcé les pouvoirs de la Commission. Elle élimine tout d'abord le cas de l'obligation pour la Commission de différer l'application de son texte dans la procédure de gestion. Dans le cas de la procédure de réglementation ensuite, quand le Conseil ne parvient pas à un vote à la majorité qualifiée, la Commission récupère dans tous les cas sa compétence, et le texte qui était antérieurement muet quand son vote était négatif précise désormais que la Commission a le choix entre proposer à nouveau le même texte, une version modifiée, ou encore une proposition d'acte législatif. Alors que la décision de 1987 ne donnait aucune indication concernant le choix des comités en fonction des questions, l'art.2 de la décision de 1999 donne un certain nombre de critères, le considérant n°5 de la décision précisant toutefois qu'ils n'ont pas de caractère contraignant. En dépit de cette précision, la Cour a cherché à limiter le recours trop fréquent aux procédures les plus contraignantes, précisant dans un arrêt dit *LIFE* de 2003 que cela "*n'exclu[ra]it pas que cette disposition puisse avoir certains effets juridiques et notamment que le législateur communautaire soit soumis à l'obligation de motiver sur ce point l'acte de base qu'il adopte, lorsqu'il s'écarte de ces critères*"<sup>1179</sup>. En l'espèce le juge européen a ainsi estimé que selon les critères posés, la procédure de gestion semblait applicable, et annulé le règlement faisant l'objet du recours pour défaut de motivation. Malgré cela, Manuel Szapiro notait en 2006 que dans près de la moitié des mesures d'exécution, c'était la procédure de réglementation qui était suivie<sup>1180</sup>.

Le règlement n°182/2011 renforce encore les pouvoirs de la Commission. Il n'y a désormais que deux procédures, la procédure consultative pour laquelle il est désormais explicitement précisé qu'en cas de vote, c'est la majorité simple qui s'applique, et la procédure d'examen qui remplace les anciennes procédures de réglementation et de gestion où la majorité qualifiée prévue pour le vote au Conseil continue à s'appliquer. Toutefois, la simplification n'est pour une large part qu'apparente. En cas d'absence d'avis du comité, la Commission peut selon l'art.5§4a.1 adopter le texte présenté, mais l'art.5§4a.2 prévoit un ensemble d'exceptions conduisant au même résultat qu'un avis négatif : quand le texte concerne un certain nombre de domaines énumérés, quand l'acte de base le précise ou quand une majorité simple des membres émettent un vote négatif.<sup>1181</sup>

En cas d'avis négatif, l'art.5 §3 précise que la Commission peut soit présenter une version modifiée du texte au comité, soit soumettre son texte à un comité d'appel. Il est par ailleurs à noter que l'art.3§4 du règlement prévoit désormais la possibilité pour tout membre d'un comité de proposer des modifications au texte étudié ; le président peut alors décider de présenter une version modifiée du texte indiquant aux membres dans quelle mesure il a été tenu compte dans

<sup>1179</sup> CJCE, 21 janvier 2003, *Commission c/ Parlement et Conseil* dit "*LIFE*", aff.C-378/00, *Rec.*2003, p.I-937, pt.50. Elle ajoute que ces critères ont été posés dans le souci d'une plus grande cohérence et prévisibilité" et que cet "*objectif serait compromis si le législateur pouvait [...] s'écarter des critères*" sans l'expliquer (*Ibid.*, pt.53).

<sup>1180</sup> SZAPIRO (M.), *Comitologie...*(*op.cit.* note 1168), p.559.

<sup>1181</sup> Le règlement prévoit en outre d'autres exceptions aux art.5§5, art.7 et art.8.



cette version modifiée des débats en son sein et des propositions de modifications. Toutefois, il s'agit uniquement formellement d'une novation car antérieurement l'avis rendu par les comités faisait déjà l'objet de réunions de préparation, expliquant le faible nombre d'avis négatifs<sup>1182</sup>. Manuel Szapiro notait ainsi en 2006 que les comités saisissaient le Conseil uniquement si aucun *"accord n'a[vait] pu être trouvé [...] et que la situation nécessit[ait] réellement un arbitrage politique au niveau ministériel"* ; il estimait que les contacts étroits avec les administrations nationales pourraient expliquer que *"dans plus de 99 % des cas les membres des comités laissent le soin d'adopter la mesure d'exécution à la Commission"*<sup>1183</sup>.

Concernant la répartition des procédures, si l'art.2 du règlement maintient le principe de critères non contraignants en inversant le principe de l'obligation de motivation<sup>1184</sup>, Claude Blumann note que le Conseil procédait classiquement dans un certain nombre de cas à une modification à l'unanimité de la proposition d'acte législatif de la Commission pour introduire la procédure de comitologie la plus stricte<sup>1185</sup>, mais qu'avec l'extension de la procédure législative ordinaire, un tel choix devait obtenir le soutien du Parlement européen alors qu'il était prévisible qu'il préférerait être dans ce cas *"l'allié objectif de la Commission"*<sup>1186</sup>.

La novation importante du règlement provient du comité d'appel qui occupe le rôle qu'avait le Conseil dans les anciennes procédures de comitologie. Le considérant n°7 précise simplement qu'il se réunit *"au niveau approprié"* et l'art.3§7 al.5 reprend cette formule indiquant que la date de sa réunion doit être fixée *"afin de permettre aux États membres et à la Commission d'être représentés au niveau approprié"*. Comme le note Claude Blumann, un comité d'appel n'aurait pas de sens si sa composition était du même niveau que celui du comité ayant étudié en premier lieu le texte, et relève en ce sens que le règlement intérieur du comité d'appel<sup>1187</sup> précise dans son art.1§5 que les Etats indiquent *"le niveau de représentation qu'ils jugent approprié, qui doit être suffisamment élevé et de nature horizontale, y compris le niveau ministériel"*, sachant que celui-ci *"ne doit pas être inférieur à celui des membres du comité des représentants permanents des gouvernements des États membres"*<sup>1188</sup>. Le pouvoir de la Commission se voit renforcé par le remplacement du Conseil par ce comité d'appel pour plusieurs raisons. Le comité d'appel est tout d'abord présidé comme les comités de 1<sup>er</sup> degré par un représentant de la Commission (art.3§7al.4). Ensuite ces comités rendent un avis, ils ne décident pas contrairement à ce qui était le cas du Conseil. En cas d'avis positif ou d'absence d'avis, la Commission peut adopter le texte proposé, et c'est seulement en cas d'avis négatif que le projet tombe (art.6§3).

## **b) La problématique de l'attribution de pouvoirs au Parlement européen**

**1022.** Claude Blumann indique que le terme même de comitologie employé pour qualifier ce phénomène, et qui est *"chargé d'une certaine connotation péjorative, provient du Parlement européen"* qui désirait pas ce biais *"dénoncer une pratique du Conseil consistant à obliger la*

<sup>1182</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), Un nouveau...(*op.cit.* note 745), p.32.

<sup>1183</sup> SZAPIRO (M.), Comitologie...(*op.cit.* note 1168), p.561. L'auteur renvoie aux rapports annuels de la Commission sur les travaux des comités de 2000 à 2006.

<sup>1184</sup> Désormais elle s'applique en vertu de l'art.2§3 du règlement quand la procédure consultative est choisie pour un des domaines qui selon l'art.2§2 relèvent en principe de la procédure d'examen. Cette dernière n'est pas restreinte aux domaines qui y sont énumérés à l'art.2§2, elle s'applique uniquement "en particulier" à ces derniers.

<sup>1185</sup> Contrairement à d'autres modifications sur lesquelles une telle unanimité peut apparaître difficile à réunir, les Etats ont tous un intérêt à ce que leurs représentants aient le maximum de pouvoir d'encadrement de la Commission.

<sup>1186</sup> BLUMANN (C.), Un nouveau...(*op.cit.* note 745), p.41.

<sup>1187</sup> Règlement intérieur du comité d'appel du 29 mars 2011, *JOUE*, n°C 183 du 24 juin 2011, p.13.

<sup>1188</sup> BLUMANN (C.), Le Parlement européen et la comitologie : une complication pour la Conférence intergouvernementale de 1996, *RTDE*, 1996, n°1, p.47.



*Commission*<sup>1189</sup>. Mais ce souci n'est pas altruiste, le Parlement européen a tout intérêt à soutenir la Commission dans ses reproches par rapport à la comitologie puisque son contrôle ne s'exerce effectivement que sur cette dernière et non sur le Conseil<sup>1190</sup>, une reprise en main par le Conseil lui ôte ainsi proportionnellement du pouvoir. Le Parlement européen indique notamment dans un rapport de 1990 que "*toute restriction des compétences d'exécution de [la Commission] entraîne nécessairement une restriction égale du contrôle parlementaire sur l'exécutif*"<sup>1191</sup>. Il a au départ tenté de faire annuler le système de la comitologie<sup>1192</sup>. Puis, après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, il a cherché à imposer la procédure du comité consultatif et à avoir un pouvoir de contrôle équivalent au Conseil, provoquant la saisine d'un comité de conciliation dès qu'un texte adopté par codécision prévoyait une délégation de compétence d'exécution à la Commission<sup>1193</sup>. Le Parlement européen estimait en effet que "*la codécision législative entraîne une forme de codécision exécutive*"<sup>1194</sup>. Pour débloquer la situation, un texte commun a été adopté par la Commission, le Parlement européen et le Conseil en 1994<sup>1195</sup>. Il prévoyait la transmission des projets à la commission compétente du Parlement européen, et que la Commission informe ce dernier des raisons du non suivi de son avis (pt.4). Il précisait par ailleurs que dans le cas d'une reprise en main par le Conseil, ce dernier recherche une solution avec le Parlement européen quand son avis était négatif (pt.5).

Au sein même du Parlement européen, les avis sur les pouvoirs dont il doit bénéficier dans le cadre de la comitologie divergent. Certains députés suivent une lecture marquée par le modèle étatique de la séparation des pouvoirs et pensent que le Parlement ne doit rien avoir à dire par rapport aux mesures d'exécution, mais d'autres au contraire cherchent par tous les moyens à avoir plus de pouvoirs dans le cadre de la comitologie afin que le système soit plus démocratique et plus transparent<sup>1196</sup>. Les positions des députés dépendent des traditions parlementaires de leur Etat d'origine. Claude Blumann notait en 1996 que "*la spécificité du droit communautaire [pouvait] venir en renfort de l'intervention du Parlement européen en matière de comitologie car [...] on [pouvait] faire valoir que toutes les institutions [étaient] des attributions réparties sur l'ensemble des grandes fonctions communautaires*"<sup>1197</sup>. Jean-Paul Jacqué estime quant à lui dans une étude de 2007 qu'on doit différencier entre l'exercice du pouvoir d'exécution, le contrôle qu'on peut appeler de "satisfaction" quant au contenu, qui ne peut se justifier que dans une perspective de défense des intérêts étatiques et pas dans une perspective de contrôle démocratique, et le contrôle en tant que législateur où une intervention des deux législateurs se justifie<sup>1198</sup>. Il soulignait dans cette perspective qu'il n'y avait aucune justification à l'intervention directe du Parlement européen<sup>1199</sup>. Par contre, il considère que le Parlement européen a une légitimité à contrôler que la Commission ne va pas au-delà de sa compétence<sup>1200</sup>. Il souligne qu'il dispose pour cela des informations fournies par la Commission et qu'il participe dans le cas de la procédure législative ordinaire à l'habilitation de la

<sup>1189</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...*(*op.cit.* note 912), p.123.

<sup>1190</sup> En ce sens : SZAPIRO (M.), *Comitologie...*(*op.cit.* note 1168), p.552.

<sup>1191</sup> PARLEMENT EUROPEEN, *Rapport sur les compétences exécutives de la Commission (comitologie) et le rôle de la Commission dans les relations extérieures de la Communauté*, A3-0310/90 du 15 novembre 1990, p.12.

<sup>1192</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Parlement c/ Conseil*, aff.302/87, Rec.1988 p.5615.

<sup>1193</sup> Voir : SZAPIRO (M.), *Comitologie...*(*op.cit.* note 1168), p.553.

<sup>1194</sup> PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 16 décembre 1993*, JOCE, n° C 20 du 24 janvier 1994, p.176.

<sup>1195</sup> *Modus vivendi* conclu le 20 décembre 1994, entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission concernant les ires d'exécution des actes arrêtés selon la procédure visée à l'article 189B du traité CE, JOCE, n° C 293 du 8 novembre 1995, p.1.

<sup>1196</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.204.

<sup>1197</sup> BLUMANN (C.), *Le Parlement...*(*op.cit.* note 1188), p.2.

<sup>1198</sup> JACQUE (J.-P.), *Pouvoir législatif...*(*op.cit.* note 767), p.39.

<sup>1199</sup> *Ibid.*

<sup>1200</sup> *Ibid.*, p.42, dans le même sens : GARCIA URETA (A.), *La Commission européenne*, in : AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Droit...*(*op.cit.* note 767), p.96



Commission dans l'acte législatif, et peut saisir la Cour de justice en cas de dépassement des compétences indiquées.

**1023.** Pour peser sur les contours de la décision comitologie de 1999 dont le projet ne prévoyait que sa consultation, le Parlement européen a eu recours au "gel des crédits alloués aux réunions des comités et des groupes d'experts dans le budget de 1999, [...] soumettant le déblocage de ces fonds à une modification « satisfaisante » de la décision comitologie"<sup>1201</sup>. Il a tout d'abord obtenu une amélioration de la transparence des travaux. Martin Shapiro notait en effet encore en 1997 que "le processus de Conseil-Commission-comitologie [était] parmi les processus de décision politique les moins transparents du monde"<sup>1202</sup>, ce qui rendait notamment difficile le contrôle du Parlement européen<sup>1203</sup>. L'art.7§3 de la décision de 1999 prévoit une information régulière du Parlement européen sur les travaux des comités. En outre, un accord entre le Parlement européen et la Commission relatif aux modalités d'application de la décision de 1999 a complété ces droits d'information<sup>1204</sup>. Enfin, l'art.8 de la décision de 1999 confère au Parlement européen le pouvoir avertir la Commission que son projet d'acte d'exécution dépasse son pouvoir d'exécution lorsque l'acte de base qui a prévu le comité a été pris selon la procédure de codécision, celle-ci restant toutefois libre de son choix.

Le Parlement ne se contente toutefois pas de ces avancées, estimant toujours que puisqu'il habilite conjointement avec le Conseil la Commission à exercer une compétence d'exécution lorsque l'acte est pris selon la procédure de codécision, le parallélisme des procédures voudrait qu'il contrôle son exercice à égalité avec le Conseil, le contrôle opéré étant selon lui le fait du législateur<sup>1205</sup>. Face à cette revendication, il était souligné par différents auteurs que le Parlement européen devrait déjà utilisé les pouvoirs qu'il a avant d'en réclamer d'autres. Ainsi, Manuel Szapiro notait en 2006 que "depuis 1999, le Parlement a adopté seulement six résolutions valant objection à des mesures d'exécution de la Commission"<sup>1206</sup> et Jean-Paul Jacqué estimait que le Parlement européen était peut-être "plus intéressé à l'élargissement de ses pouvoirs qu'à l'usage raisonné de ceux qu'il dét[enait]"<sup>1207</sup>.

**1024.** Si le Parlement européen n'obtient pas "l'inclusion d'observateurs issus du secrétariat des commissions parlementaires au sein des comités comitologie" comme il le demandait, la modification de la décision comitologie en 2006<sup>1208</sup> constitue néanmoins un nouveau pas dans le sens recherché de renforcement de ses pouvoirs de contrôle. La décision du Conseil de 2006 ajoute une nouvelle procédure dite de réglementation avec contrôle qui selon l'art.2 b) ajouté peut s'appliquer aux mesures de portée générale ayant pour objet de modifier des éléments non essentiels". Selon l'art.5 bis §3, en cas d'avis favorable du comité, le projet de mesure est soumis au Parlement et au Conseil "pour contrôle". Si l'un des deux s'oppose au texte, la Commission doit soumettre au comité un projet modifié ou présenter une proposition législative. Le Parlement et le Conseil doivent motiver leur opposition : soit par un dépassement de ses compétences d'exécution par la Commission, soit par l'incompatibilité du projet avec le

<sup>1201</sup> SZAPIRO (M.), *Comitologie...*(*op.cit.* note 1168), p.554

<sup>1202</sup> SHAPIRO (M.), *The problems of Independent agencies in the United States and the European Union*, *Journal of European public policy*, vol.4, n°2, 1997, p.291.

<sup>1203</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.201.

<sup>1204</sup> Accord entre le Parlement européen et la Commission relatif aux modalités d'application de la décision n°1999/468 du Conseil fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, telle que modifiée par la décision n°2006/512, *JOUE*, n° L 256 du 10 octobre 2000 p.19. Son pt.2 précise que le Parlement européen reçoit aussi les projets de "mesures d'exécution dont les actes de base n'ont pas été adoptés en codécision, mais qui revêtent une importance particulière" pour lui.

<sup>1205</sup> SZAPIRO (M.), *Comitologie...*(*op.cit.* note 1168), pp.568-569.

<sup>1206</sup> *Ibid.*, p.558 : l'auteur y donne les références des actes concernés.

<sup>1207</sup> JACQUE (J.-P.), *Pouvoir législatif...*(*op.cit.* note 767), p.43

<sup>1208</sup> SZAPIRO (M.), *Comitologie...*(*op.cit.* note 1168), p.579

but ou le contenu de l'acte de base, soit enfin pour violation des principes de subsidiarité ou de proportionnalité. Selon l'art.5 bis§4, en cas d'avis défavorable ou d'absence d'avis du comité, la Commission transmet le projet au Conseil qui peut le rejeter ou l'adopter à la majorité qualifiée, ce qui, malgré une absence de pouvoir d'amendement, fait écrire à Manuel Szapiro que dans cette procédure le Conseil continue "*d'intervenir en tant qu'exécutif*"<sup>1209</sup>. S'il envisage de l'adopter ou s'il ne se prononce pas, le projet est transmis au Parlement européen qui peut s'y opposer sur la base d'une des motivations évoquées art.5 bis §3. Enfin selon l'art.5 bis§4 g, si ce dernier ne s'y est pas opposé, le Conseil, ou s'il ne s'était pas prononcé la Commission, adopte le projet.

**1025.** L'art.12§2 du règlement n°182/2011 tire les conséquences de la nouvelle procédure de délégation à la Commission du pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale complétant ou modifiant des éléments non essentiels de l'acte législatif introduite par le Traité de Lisbonne à l'art.290 TFUE. La procédure de réglementation avec contrôle est maintenue uniquement pour les actes de base existants qui la prévoyaient. Pour l'avenir, elle est amenée à être remplacée par la procédure de délégation.

Au-delà, ce règlement peut être vu de façon partagée relativement aux pouvoirs du parlement européen. Certes, ce dernier a obtenu avec le Traité de Lisbonne le pouvoir d'adopter conjointement avec le Conseil la réglementation comitologie qui encadre la compétence d'exécution de la Commission (art.291§3 TFUE), là où jusqu'alors le Conseil était seul compétent, et où le Parlement européen n'avait qu'un pouvoir d'avis (art.202 CE (145 CEE)). Dans la procédure d'exécution par contre il n'obtient pas de nouveaux pouvoirs, alors qu'il aurait pu chercher à renforcer ses compétences en la matière s'il l'avait vraiment voulu. A cet égard Claude Blumann note que de toute façon avec l'extension de la procédure de codécision et la création de la procédure de délégation, les pouvoirs de contrôle du Parlement européen sur l'exercice des pouvoirs de Commission ont été augmentés et qu'il n'avait donc plus autant d'intérêt que par le passé à voir son rôle dans le cadre de la fonction exécutive augmenter<sup>1210</sup>.

Plus globalement, Claude Blumann souligne que la procédure de réglementation avec contrôle a marqué le sommet d'une application de la logique de l'équilibre institutionnel en complet décalage avec celle de la séparation des pouvoirs, et que le règlement n°182/2011 "*semble enrayer cette évolution*"<sup>1211</sup>. Il indique en effet la volonté dans ce règlement de "*bien marquer la limite des pouvoirs des deux co-législateurs*", d'afficher le suivi du principe de séparation des pouvoirs dans le cadre de l'UE<sup>1212</sup>.

**1026.** Si l'équilibre des intérêts semble devoir s'adapter sans trop de problème en matière exécutive où le paradigme démocratique est moins prégnant, il n'en est pas de même dans tous les domaines.

### ***§3. Les difficultés d'adaptation de l'équilibre des intérêts au contexte de l'Union européenne***

**1027.** L'adaptation de l'équilibre des intérêts au contexte du niveau d'intégration élevé atteint par l'UE implique de renforcer sa légitimation démocratique<sup>1213</sup>, mais la démocratisation ne peut atteindre le niveau connu dans des systèmes non fédéraux qui ne connaissent pas l'impératif d'équilibre des intérêts dans le processus décisionnel (A). L'autre défi concerne la

---

<sup>1209</sup> *Ibid.*, p.576.

<sup>1210</sup> BLUMANN (C.), Un nouveau...(*op.cit.* note 745), p.39.

<sup>1211</sup> *Ibid.*, p.37.

<sup>1212</sup> *Ibid.*, p.35.

<sup>1213</sup> Sur les différentes expressions du principe démocratique dans l'UE, voir : CASTOR (C.), Le principe...(*op.cit.* note 1041).

détermination d'un régime politique fédéral adapté à l'équilibre des intérêts impliqués par l'Union européenne alors que celui-ci conduit à un régime consociatif qui ne correspond pas aux systèmes connus par la plupart des Etats membres (B).

## **A. L'enjeu du renforcement de la légitimation démocratique**

**1028.** Une meilleure légitimation démocratique suppose non seulement de donner plus de poids aux institutions disposant d'une légitimité démocratique directe dans le processus décisionnel (1), mais encore de clarifier le processus décisionnel, et le rapport hiérarchique entre les actes juridiques européens, éléments dont nous avons déjà indiqué qu'ils étaient indispensables au développement du sentiment d'appartenance européenne (2). Cependant, ces deux objectifs sont encadrés respectivement par l'impératif d'efficacité du processus décisionnel et l'équilibre des intérêts lui-même qui engendre une certaine complexité irréductible.

### ***1) Un processus décisionnel plus démocratique***

**1029.** Le Parlement européen est devenu au fur et à mesure du renforcement de ses pouvoirs le vecteur principal de légitimation démocratique de l'Union européenne (a). Néanmoins, la lutte contre le déficit démocratique ne peut être poursuivie par le biais du seul renforcement de la place du Parlement européen, les parlements nationaux ont un rôle complémentaire à jouer à cet égard par le biais de leurs pouvoirs de contrôle sur les gouvernements nationaux représentés au sein du Conseil<sup>1214</sup> (b).

#### **a) Le Parlement européen, vecteur principal de légitimation démocratique européenne**

**1030.** En 1972, le rapport Vedel résumait le déficit démocratique européen en énonçant que "*les parlements nationaux se trouvent [...] dépossédés d'une partie croissante de leurs pouvoirs dont l'exercice par la collectivité des gouvernements représentés par le Conseil échappe dorénavant en fait en majeure partie à leur contrôle*" et que "*la logique du système démocratique voudrait que cette dépossession parlementaire au plan national trouve une compensation sur le plan européen*"<sup>1215</sup>. Des règlements communautaires ont ainsi été contestés dans certains Etats membres en ce qu'ils avaient été adoptés par une autorité exécutive, le Conseil, alors que les constitutions nationales imposaient une intervention du pouvoir législatif<sup>1216</sup>. L'argument avait été soulevé en Allemagne, mais la Cour constitutionnelle l'a écarté par un arrêt *Solange I* de 1967. De même, l'art.189 CEE avait été déclaré pour cette raison contraire à l'art.70 de la Constitution italienne par une juridiction ordinaire en 1972 avant que la Cour constitutionnelle règle la question par un arrêt *Frontini* de 1973<sup>1217</sup>. Fernand Schockweiler écrivait encore en 1992 que par déficit démocratique, on dénonce "*le fait que les actes normatifs, relevant dans les Etats membres de la compétence législative des Parlements, soient adoptés au niveau communautaire par les gouvernements des Etats membres sans que le Parlement européen ait le pouvoir de décision*"<sup>1218</sup>.

<sup>1214</sup> Voir pour un tableau des différentes chambres des affaires européennes des parlements nationaux : <http://www.cosac.eu/commissions-des-affaires-europ/>. Voir pour des informations détaillées par pays sur les contrôles par ces chambres : <http://www.cosac.eu/informations-detailles-sur-chaq/>.

<sup>1215</sup> Rapport du groupe *ad hoc* pour l'examen du problème de l'accroissement des compétences du Parlement européen, dit "rapport Vedel". *Bull. CE*, supplément n°4/72, p.34, chap.III sect.III §1 (décision Conseil). Voir aussi le rapport TOUSSAINT sur le déficit démocratique des Communautés européennes dans le cadre de la commission institutionnelle du Parlement européen PE. DOC. A2-276-87 du 1<sup>er</sup> février 1988 p.9 et la résolution du 17 juillet 1988 au même intitulé, *JOCE*, n°C n°187 du 18 juillet 1988, p.213, pt.8.

<sup>1216</sup> BLUMANN (C.), *La fonction...* (op.cit. note 912), pp.13-14.

<sup>1217</sup> Exemples cités par : *Ibid.*

<sup>1218</sup> SCHOCKWEILER (F.), Le prétendu déficit démocratique. *Journal des tribunaux. Droit européen*, 18 février

Entre-temps les pouvoirs du Parlement européen ont été largement développés, notamment au plan législatif, et pour Jean-Paul Jacqué, qui renvoie au caractère comparativement moins démocratique des Etats membres, le déficit démocratique n'est plus qu'un "*argument politique sans fondement dans la réalité des traités*"<sup>1219</sup>. Il est vrai que le Parlement européen exerce un pouvoir bien plus important sur les lois que la plupart des parlements étatiques et que ce pouvoir est souvent méconnu par les citoyens. Nous relativisons toutefois l'affirmation de Didier Blanc et Nicolas Moussi selon laquelle "*la rhétorique concernant le « déficit démocratique » de l'Union européenne n'est plus fondée*" et qu'il s'agit plutôt d'un déficit d'information<sup>1220</sup>.

Tout d'abord l'absence de pouvoirs du Parlement européen dans certains secteurs demeure un problème du point de vue démocratique.

En matière internationale, tout d'abord. Ses pouvoirs ont certes augmenté au fur et à mesure des traités. Le Parlement européen a notamment obtenu un pouvoir d'avis conforme pour les accords d'association depuis l'Acte Unique, puis avec le Traité de Maastricht pour les accords qui créent un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération ou qui impliquent une modification d'un acte interne adopté selon la procédure de codécision. De même le Traité de Lisbonne a étendu ses compétences en matière de conclusions d'accords internationaux en mettant fin au principe posé à l'art.300§3 al.1 CE de rejet du parallélisme des procédures entre les compétences européennes internes et externes<sup>1221</sup>. Désormais l'art.218 §6 a) v) prévoit le pouvoir d'approbation du Parlement européen dès lors que la procédure législative ordinaire ou une procédure législative spéciale incluant son pouvoir d'approbation est posée pour la réglementation interne des domaines concernés par l'accord. Toutefois, la règle demeure celle de sa compétence consultative en matière de PESC et de PSDC<sup>1222</sup>. Il est certes un certain nombre de domaines qui relèvent classiquement des exécutifs au plan national, qui nécessitent une légitimation démocratique plus limitée, la restriction générale des pouvoirs du Parlement européen en la matière ne saurait toutefois être justifiée par ce biais. L'argument de la nature fédérale de l'UE ne peut pas non plus être avancé pour justifier une distinction par rapport à la pratique au sein des Etats car si celle-ci appelle une limitation du principe démocratique pour permettre la prise d'autres bases de légitimation, elle ne permet pas de réduire son expression à un simple pouvoir d'avis du Parlement européen. Ce dernier peut certes utiliser son pouvoir budgétaire ou jouer sur le fait que les accords ont souvent différents volets et utiliser son pouvoir sur l'aide extérieure de l'UE pour peser sur d'autres aspects de l'accord<sup>1223</sup>, mais outre qu'il ne s'agit que d'un pouvoir indirect, il n'est pas toujours à sa disposition.

Un autre domaine d'actualité pose un problème réel en matière de légitimité démocratique, il s'agit de l'UEM. Cette absence de compétence en la matière renforce le sentiment d'opacité de la prise de décision au niveau européen relativement à des questions essentielles comme celle de la solidarité entre les Etats membres de la zone euro. Il peut notamment apparaître discutable du point de vue démocratique que des réglementations d'aides à des Etats en difficulté, à l'instar du règlement n°407/2010 établissant un mécanisme européen de

---

1994, n°6, p.25.

<sup>1219</sup> JACQUE (J.-P.), *Les réformes...* (*op.cit.* note 785), p.68.

<sup>1220</sup> En ce sens : BLANC (D.), *Les parlements européen et français face à la fonction législative communautaire : aspects du déficit démocratique*, l'Harmattan, 2004, p.8 ; MOUSSIS (N.), *La construction européenne et le citoyen : déficit démocratique ou déficit d'information ?*, *RMCUE*, mars 2000, n°436, p.157.

<sup>1221</sup> Il précisait que la procédure de simple consultation du Parlement s'appliquait même lorsque les procédures de coopération ou de codécision étaient applicables pour l'adoption de règles communautaires "internes".

<sup>1222</sup> Voir sur l'augmentation lente des pouvoirs du Parlement européen en matière internationale : BOSSE-PLATIERE (I.), *L'article 3 du traité UE : recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, pp.359-405.

<sup>1223</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 744), p.168.



stabilité financière, aient pu être adoptées par le seul Conseil. Il peut être rétorqué à l'argument parfois avancé que sont également présents en son sein des députés issus d'Etats non membres de la zone euro que les députés européens représentent les citoyens européens et non les Etats membres. Wolfgang Schäuble a néanmoins plaidé pour une formation du Parlement européen restreint aux seuls députés européens issus des Etats membres de la zone euro<sup>1224</sup>.

**1031.** Mais au-delà, des pouvoirs du Parlement européen, c'est la capacité même de cette institution à apporter la légitimité démocratique à l'UE qui est posée.

Fritz Scharpf soulève un premier argument dans le cadre de la problématique de déficit démocratique du système institutionnel européen en distinguant deux types de légitimités, la légitimité "input" qui renvoie à l'idée de gouvernement par le peuple et à la responsabilité des élus qui prennent les décisions, ainsi qu'au processus de prise de décision, et la légitimité "output" qui suggère le gouvernement pour le peuple, en mettant l'accent sur les résultats et l'efficacité des politiques menées<sup>1225</sup>. Le débat au regard de la légitimité output est mené quand on argumente en faveur d'une prise de décision à la majorité par rapport à l'unanimité<sup>1226</sup>. Cette légitimité est "*plutôt fondée sur l'intérêt que sur l'identité*" au contraire de la légitimité "input" qui suppose un certain sentiment commun d'appartenance, indispensable notamment pour l'acceptation de sacrifices dans la perspective de l'action solidaire<sup>1227</sup>. Dans un système étatique, on combine les deux légitimités, si bien que des décisions de juridictions ou d'autorités exécutives traduisant la légitimité output peuvent être surmontées dans des cas extrêmes par des assemblées législatives responsables exprimant la légitimité input<sup>1228</sup>. Dans l'UE au contraire, il n'y a pas de majorité parlementaire responsable devant un électeurat, et Fritz Scharpf en conclut que la légitimité des décisions ne dépend que de leur efficacité et que l'UE ne peut donc traiter des questions sensibles d'un point de vue politique ou nécessitant une redistribution des ressources ; elle dispose de moyens d'action plus restreint que cela n'est le cas dans le cas d'un système bénéficiant des deux légitimités<sup>1229</sup>. Jean-Pierre Cot note également que "*pendant longtemps, la construction européenne a pu se contenter de la légitimité du produit (output legitimacy)*" car on était face à des matières techniques, mais poursuit que "*la procédure diplomatique traditionnelle ne suffit plus à répondre à l'exigence de légitimité*", il faut y ajouter une "*légitimité du processus (input legitimacy)*"<sup>1230</sup>. Fritz Scharpf illustre ce décalage, qui pose problème dans une perspective de "*légitimité démocratique d'un système politique européen multi-niveaux*", en donnant l'exemple des contraintes posées par l'UE dans des domaines importants pour les systèmes d'Etat providence des Etats membres et qui ne font pas l'objet en contrepartie d'une régulation au niveau européen en raison du blocage des accords au niveau du Conseil. Il reconnaît toutefois une évolution de la jurisprudence et de la pratique de la Commission relative à l'intégration négative plus respectueuse d'un équilibre avec les autres intérêts politiques en jeu, et estime que l'intégration positive serait possible dans de nombreux domaines par le biais d'une différenciation<sup>1231</sup>.

---

<sup>1224</sup> Zukunft der Währungsunion. Schäuble präsentiert Masterplan für den Euro, *Spiegel online*, 21 octobre 2012 :

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/euro-krise-schaeuble-praesentiert-masterplan-a-861475.html>.

<sup>1225</sup> SCHARPF (F.), *Governing in Europe : effective and democratic*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p.2.

<sup>1226</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>1227</sup> *Ibid.*, p.12.

<sup>1228</sup> *Ibid.*, p.21.

<sup>1229</sup> *Ibid.*, pp.21-23.

<sup>1230</sup> COT (J.-P.), Les défis de la Convention européenne : ou comment rattraper un retard de légitimité, in : BEAUD (O.), LECHEVALIER (A.), PERNICE (I.), STRUDEL (S.) (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, 2004, pp.82-83. Cf. aussi : LENAERTS (K.), New models of constitution-making in Europe : the quest of legitimacy, *CMLR*, 2002, vol.39 n°6, p.1222-1233.

<sup>1231</sup> SCHARPF (F.), *Governing...* (op.cit. note 1225), pp.3-4.

Ingolf Pernice et Franz Mayer soulignent un autre point de la question du déficit démocratique. Ils estiment que ce déficit est lié au "à un certain manque de clarté en ce qui concerne la responsabilité au niveau européen", y ajoutant également un "problème de la transparence insuffisante des procédures"<sup>1232</sup>.

Olivier Beaud en évoque un troisième, la question de l'absence d'alternative partisane. Il parlait au sujet du projet de Traité constitutionnel du "paradoxe d'un projet plus fédéral que démocratique", estimant notamment qu'une démocratisation appellerait une parlementarisation véritable du système européen, la légitimation provenant de la responsabilité politique<sup>1233</sup>. Il y a certes actuellement une possibilité pour le Parlement européen de censurer la Commission, mais qui n'a pas le même sens que dans les régimes parlementaires en l'absence de majorité partisane à la Commission.

Certes l'argument d'un déficit démocratique se basant sur un mimétisme entre l'UE fondé sur plusieurs légitimités et un système étatique légitimé par le seul principe démocratique qui conduirait à rapprocher à tous prix le Parlement européen d'un parlement national est critiquable<sup>1234</sup>. Ainsi, nous avons déjà souligné qu'un raisonnement partant de l'impossibilité du Parlement européen à légitimer l'UE en l'absence de peuple européen, que suit notamment la Cour constitutionnelle allemande, était incompatible avec la logique d'une Fédération<sup>1235</sup>. Mais il faut d'un autre côté souligner que la difficulté de la légitimité input est qu'elle est à la fois facteur et résultat du sentiment d'appartenance commun. En effet, si nous avons indiqué que l'UE devait avoir une certaine légitimité démocratique pour permettre le développement d'une identité fédérale, le Parlement européen ne peut effectivement jouer un rôle de légitimation démocratique que si un minimum d'identité européenne existe. En outre, il faut reconnaître que l'absence de fonctionnement sur la base d'une alternative partisane déstabilise un certain nombre de citoyens européens qui ne sont pas habitués à un fonctionnement consociatif de la prise de décision dans leur Etat d'origine. Toutefois, nous verrons que cet aspect du déficit démocratique renvoyant à l'absence d'alternative partisane apparaît le plus difficile à modifier, le contexte européen nous semblant peu approprié à une évolution dans un prochain avenir vers un régime parlementaire au niveau européen.

## **b) Le rôle complémentaire des parlements nationaux**

**1032.** Le déficit démocratique est également soulevé sous un autre angle, relativement à la diminution des pouvoirs des parlements des Etats membres par rapport à leurs gouvernements représentés au Conseil à laquelle conduit le transfert de compétences à l'UE<sup>1236</sup>. Outre, la perte de pouvoir lorsque les textes européens adoptés sont des règlements, les Parlements ont de moins en moins de marge de manœuvre lors de la transposition des directives qui sont de plus en plus précises, ne se réduisant pas à la prescription des objectifs comme sa définition à

---

<sup>1232</sup> PERNICE (I.), MAYER (F.), De la constitution composée de l'Europe, *RTDE*, 2000, n°4, p.645.

<sup>1233</sup> BEAUD (O.), Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel, *Annuaire de droit européen*, 2003 (publié en 2005), vol.1, p.96.

<sup>1234</sup> BLUMANN (C.), Le Parlement européen après Maastricht : l'émergence d'une institution majeure, in : *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, Presses universitaires de Poitiers, 1996, p.146. Voir aussi en ce sens : FORSYTH (M.), Vers un nouveau concept de confédération, in : COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le concept contemporain de confédération*, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, n°11, p.68 ; MORAVCISK (A.), Le mythe du déficit démocratique européen, *Raisons politiques*, n°10, mai-juillet 2003, p.87-105.

<sup>1235</sup> Cf. *supra* : partie I chap.II sect.I §1 A 1).

<sup>1236</sup> En ce sens : QUERMONNE (J.-L.), Le rôle...(*op.cit.* note 1093), p.80 : "en exerçant au nom de sa mission diplomatique la fonction législative européenne, [le Conseil] soustrait [...] aux parlements nationaux une fonction qui devrait leur revenir légitimement; ainsi il bafoue le principe de la séparation des pouvoirs".



l'art.288 TFUE l'énonce<sup>1237</sup>. Rostane Medhi souligne en outre à cet égard que "*la hiérarchie des normes peut être insidieusement faussée par la modification de l'équilibre constitutionnel des pouvoirs qui place l'exécutif au centre du dispositif de création du droit*", ce qui peut entraîner "*une altération des piliers de l'Etat de droit*"<sup>1238</sup>. Dans cette perspective, Hubert Haenel salue la décision *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle allemande en ce qu'elle souligne le problème de l'affaiblissement des pouvoirs des parlements nationaux et impose de leur garantir un pouvoir de contrôle voire de leur donner un pouvoir d'habilitation à l'action du gouvernement, contribuant à compléter la légitimation démocratique de l'UE que ne peut à lui seul assurer le Parlement européen en l'absence de peuple européen<sup>1239</sup>.

**1033.** Au-delà de la volonté de lutter contre le déséquilibre entre exécutif et législatif dû au transfert de compétences, une plus grande implication des parlements nationaux par le biais d'un vrai contrôle de l'action des ministres au sein du Conseil peut être un moyen complémentaire de légitimation démocratique au niveau européen<sup>1240</sup>. A cet égard, l'art.10§2 al.2 TUE faisant partie du nouveau titre II de ce traité sur les dispositions relatives aux principes démocratiques, énonce que "*les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen*" et que les "*États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements*" sachant qu'il s'agit d'une représentation des peuples des Etats, l'article poursuivant que ceux-ci sont "*eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens*".

Les parlements étatiques sont qualifiés par Ingolf Pernice et Meinhard Schröder d'institutions "*fonctionnelles-européennes*" (funktional-europäisch), d'organes de création et de contrôle<sup>1241</sup>, et par Hans-Georg Kamann d'organes indirects de l'UE<sup>1242</sup>. Si les traités européens évoquaient dans le protocole n°9 d'Amsterdam leur rôle dans l'UE, ce dernier se contentait d'évoquer les informations qui devaient leur être communiquées et la coopération interparlementaire dans le cadre de la COSAC. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, un art.12 TUE souligne solennellement leur rôle de légitimation démocratique mais surtout des pouvoirs leur sont conférés. Outre les pouvoirs évoqués en matière de contrôle du principe de subsidiarité<sup>1243</sup>, le Traité de Lisbonne introduit un pouvoir d'opposition à l'art.48§7 TUE contre la décision du Conseil européen pour remplacer dans un domaine précis une prise de décision au Conseil à l'unanimité par un vote à la majorité qualifiée, ou une procédure législative spéciale par la procédure législative ordinaire, ainsi qu'à l'art.81 §3 al.2 TFUE contre une proposition sur les aspects du droit de la famille en matière transfrontière. Par contre, la proposition faite dans

<sup>1237</sup> MEDHI (R.), Les retombées de la communauté de droit dans les Etats de droit, in : RIDEAU (J.) (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, 2000, p.392. Voir aussi en ce sens : PERNICE (I.), Diskontinuität und Europäisches Recht, in : *Festschrift für M. Zuleeg*, 2005, p.152 ; MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente : eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p.43.

<sup>1238</sup> MEDHI (R.), *Ibid.*, p.390.

<sup>1239</sup> HAENEL (H.), Une salutaire leçon de démocratie, *La Croix*, 13 août 2009 : [www.ump-senat.fr/Une-salutaire-lecon-de-democratie.html?debut\\_arts=30](http://www.ump-senat.fr/Une-salutaire-lecon-de-democratie.html?debut_arts=30).

<sup>1240</sup> En ce sens : WEILER (J.), The State 'über alles'. Demos, Telos, and the German Maastricht decision, *Festschrift für Everling*, Nomos, 1995, p.1667 ; MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle... (op.cit. note 1237)*, p.82 ; WEATHERILL (S.), Using national parliaments to improve scrutiny of the limits of EU action, *ELRev.*, 2003, Vol.28 n°6, p.909 ; MEYER-HEINE (A.), La participation des parlements au fonctionnement de l'Union européenne : quand la subsidiarité renforce la démocratisation de l'union, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, pp.39-44.

<sup>1241</sup> PERNICE (I.), *Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL*, 2002, p.177 ; SCHRÖDER (M.), *Die Parlamente im europäischen Entscheidungsgefüge, EuR*, 2002, p.304.

<sup>1242</sup> KAMANN (H.-G.), *Die Mitwirkung der Parlamente der Mitgliedstaaten an der europäischen Gesetzgebung*, Frankfurt am Main, Peter Lang - Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1997, pp.316 et s.

<sup>1243</sup> Voir : *supra* chap.I sect.II §2 B.



le cadre de la Convention, d'avoir dans l'ensemble des parlements nationaux une semaine sur les questions européennes au cours desquelles les parlementaires nationaux, européens et aussi possiblement les membres de la Commission et les membres des gouvernements nationaux se rencontreraient et échangeraient sur l'UE<sup>1244</sup> n'a pas été reprise, les seuls échanges restant dans le cadre de la coopération interparlementaire.

Dans certains Etats membres, cette révision des traités n'avait pas été attendue pour conférer des pouvoirs aux parlements nationaux en matière de contrôle des décisions prises au niveau européen. Le contrôle du Folketing, le parlement monocaméral danois, souvent présenté comme un modèle, est l'un des plus poussés. Si en principe seules les "décisions de grande portée" sont soumises à la procédure de mandat donné par la commission des affaires européennes, Marc Culot souligne qu'en pratique toutes les propositions d'actes législatifs européens le sont<sup>1245</sup>. Selon cette procédure, le gouvernement présente un plan de négociation à la commission. Le mandat est accordé sauf si une majorité au sein de cette dernière s'y oppose. Le représentant du gouvernement danois doit alors négocier dans ce cadre au sein du Conseil et en rendre compte à la commission, le ministre concerné pouvant le cas échéant voir sa responsabilité engagée. Les suédois ont introduit récemment un système équivalent<sup>1246</sup>. La Finlande, les Pays-Bas, voient leur parlement, et l'Autriche l'une de ses chambres, le Conseil national, disposer de larges pouvoirs pouvant aller selon les cas jusqu'à un mandat impératif<sup>1247</sup>. Suivant ce modèle, certains membres de la Convention avaient sans succès soutenu l'introduction d'un mandat impératif donné par les parlements nationaux à leur gouvernement au Conseil comme moyen de renforcer la légitimation démocratique de l'UE<sup>1248</sup>. Contrairement aux pouvoirs conférés par le Traité de Lisbonne, cette proposition constituait une immixtion sur les relations internes aux Etats entre le gouvernement et le parlement qui pouvait être considérée comme heurtant l'autonomie institutionnelle des Etats membres. En outre, un autre argument qui était déjà énoncé par le rapport Vedel de 1972 pouvait être repris. Ce dernier indiquait que "*les efforts destinés à réaliser un contrôle effectif [...] risqueraient d'aboutir à ce que les parlements nationaux lient d'avance les gouvernements par des instructions, ce qui rendrait encore plus difficile et plus laborieuse que maintenant la recherche d'un accord au sein du Conseil*"<sup>1249</sup>. Enfin, Anne-Lise Barrière et Benoit Roussel émettent des doutes sur la possibilité de transposer le modèle de contrôle scandinave en rappelant qu'on est habitué dans les Etats scandinaves à la "*grande transparence de la vie politique et sociale et [...] au va-et-vient entre exécutif et peuple*", ce qui est loin d'être le cas dans tous les Etats membres<sup>1250</sup>.

L'existence d'un tel mandat n'a pas non plus de conséquence reconnue officiellement au niveau européen. S'il est possible pour un gouvernement au sein du Conseil de mettre en avant une réserve parlementaire, elle doit être levée pendant la séance au Conseil<sup>1251</sup>. Certains membres de la Convention avaient demandé là encore en vain une reconnaissance de cette

<sup>1244</sup> A. Duff, WG IV/WD 4, 05.07.2002, p.5; P. De Rossa, WG IV/WD 10, 12.07.2002, p.4; P. Vastagh, WG IV/WD 27, 25.09.2002, p.5; rapport final du groupe IV, CONV 353/02, 22.10.2002, p.15, pt.35.

<sup>1245</sup> CULOT (M.), La place du parlement national dans l'Union européenne : étude comparée entre la France et le Danemark, RIDC, 2004, n°3, p.679 et p.681.

<sup>1246</sup> Scandinavians show how to use the EU, The Daily Telegraph, 8 octobre 2009. Le journaliste plaide dans l'article pour son introduction au Royaume-Uni :

<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/6189574/Scandinavians-show-how-to-use-the-EU.html>.

<sup>1247</sup> MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle...* (op.cit. note 1237), p.46.

<sup>1248</sup> Voir par exemple : G.Kurzmann, CONV 119/02 18.06.2002, p.1.

<sup>1249</sup> Rapport Vedel, p.34, chap. III sect. III §1 (Décision Conseil).

<sup>1250</sup> BARRIERE (A.-L.), ROUSSEL (B.), Le Traité de Lisbonne, étape ultime de l'intégration européenne ? Le jugement du 30 juin 2009 de la Cour constitutionnelle allemande, *Note du Cerfa*, n°66, septembre 2009, p.11.

<sup>1251</sup> En ce sens : JACQUÉ (J.-P.), art.205 CE, in : GROEBEN (H. von der), SCHWARZE (J.) (hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd.4*, 6. Auf., 2004, pt.32 (cité par : MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle...* (op.cit. note 1237), p.46.

réserve parlementaire dans l'ordre du jour du Conseil<sup>1252</sup>.

A l'opposé de ces Etats, la France ne prévoit qu'un pouvoir d'avis du Parlement. La possibilité prévue à l'art.88-4 de la Constitution française pour les assemblées de prendre des résolutions européennes sur les textes des institutions européennes avait certes été présentée comme moyen de remettre du politique dans un "*dialogue technocratique*"<sup>1253</sup>. Et si elle n'avait pas de caractère juridiquement contraignant, cette résolution était censée pouvoir lier dans une certaine mesure le gouvernement lorsqu'il négociera à Bruxelles<sup>1254</sup>. Toutefois la pratique ne s'est pas développée dans ce sens, ce qui n'est pas étonnant dans le contexte institutionnel de la V<sup>e</sup> République.

Enfin, on notera le cas particulier de l'Allemagne qui peut être désormais considéré par certains égards comme présentant un système plus strict qu'au Danemark. Le Parlement avait certes vu jusqu'en 2009 ses compétences augmenter<sup>1255</sup>, mais elles restaient assez limitées dans leur portée. Les pouvoirs les plus importants qui lui ont été donnés l'ont été sous l'influence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande depuis 2009. Ainsi les pouvoirs d'approbation concernant la position du représentant du gouvernement au Conseil ou au Conseil européen qui lui ont été conférés par la loi sur la garantie de la responsabilité d'intégration du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'UE de 2009<sup>1256</sup> l'ont été suite à la décision *Lisbonne* de Karlsruhe<sup>1257</sup>. La Cour avait notamment jugé insuffisant le pouvoir d'opposition prévu dans les cas du recours à l'art.48§7 TUE ou à l'art.81§3 al.2 TFUE et exigé que le vote du représentant allemand au Conseil en faveur d'une proposition sur l'une de ces bases fasse l'objet de l'adoption préalable d'une loi d'habilitation par le Parlement ; il a aussi exigé une telle loi dans le cas du recours à l'art.352 TFUE. La décision rendue dans le cadre du recours contre la participation de l'Allemagne à la première aide à la Grèce et au mécanisme européen de stabilité financière temporaire a donné lieu à la consécration par Karlsruhe de nouveaux pouvoirs d'approbation du Parlement allemand. Ce dernier doit donner son accord préalable à tout accord du gouvernement allemand au Conseil à une aide à un autre Etat membre de la zone euro<sup>1258</sup>. Plus globalement, l'action du gouvernement allemand est sous contrôle étroit du Bundestag pour toutes les mesures européennes en matière de politique économique et budgétaire. La généralisation de ce modèle n'est toutefois pas la solution pour démocratiser l'UE car si tous les parlements des Etats de la zone euro devaient effectuer un contrôle aussi strict, cela poserait un problème d'efficacité<sup>1259</sup>, la seule solution à terme ne peut être que dans une extension du pouvoir de codécision du Parlement européen en la matière avec un parlement national restant dans les limites d'un contrôle général de l'action gouvernemental et disposant uniquement dans des cas restreints d'un pouvoir d'approbation. La difficulté est de trouver le juste milieu avec une légitimation complémentaire des parlements nationaux qui ne remettrait pas en cause l'efficacité de la décision au niveau européen.

<sup>1252</sup> Rapport final groupe IV, CONV 353/02, du 22.10.2002, p.9, n°20. Présidium de la Convention, Le rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne, CONV 67/02, 29.05.2002, pp. 6 et s.

<sup>1253</sup> En ce sens : SAURON (J.-L.), Le COREPER et l'appareil politico-administratif national, in : CONSTANTINESCO (V.) et SIMON (D.) (dir.), *Le Coreper dans tous ses états*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp.30-31 ; BLUMANN (C.), *La fonction...*(*op.cit.* note 912), p.18.

<sup>1254</sup> En ce sens : BLUMANN (C.), *Ibid.*, p.18.

<sup>1255</sup> Pour une présentation de l'évolution des pouvoirs du Parlement allemand en matière de questions européennes, cf. : MELLEIN (C.), *Subsidiaritätskontrolle...*(*op.cit.* note 1237), pp.278-397. Voir aussi dans ce même ouvrage les développements sur l'évolution des pouvoirs du Parlement britannique : *Ibid.*, pp.401-451.

<sup>1256</sup> BGBl, 2009 I, p.3022. La liste des différents domaines soumis soit à une loi d'approbation préalable du Parlement (avec selon les cas pouvoir de codécision du Bundesrat) ou à une décision préalable du Bundestag autorisant le représentant allemand au Conseil à voter pour la proposition est longue.

<sup>1257</sup> BVerfGE 123, 267 (pts.414-415).

<sup>1258</sup> BVerfGE 129, 124 (2<sup>e</sup> sénat, 7 septembre 2011 *Eurorettungsschirm*) (pt.128).

<sup>1259</sup> Voir sur le problème en général de la capacité de réaction des parlements nationaux aux besoins d'action rapide au niveau européen, le risque de ralentissement important de la prise de décision au niveau européen est aussi soulevé : BARRIERE (A.-L.), ROUSSEL (B.), *Le Traité...*(*op.cit.* note 1250), p.11.

**1034.** On retrouve le phénomène de perte de compétences des parlements au profit de leur gouvernement dans le cas des Landtag allemands en raison du transfert de compétences au niveau fédéral que l'on avait cru pouvoir compenser en donnant un pouvoir de codécision au Bundesrat dans les domaines transférés<sup>1260</sup>. Or, seuls les gouvernements des Länder sont représentés au Bundesrat. La question de la possibilité de conférer un pouvoir d'influence des Landtag dans la formation des instructions gouvernementales au sein du Bundesrat a pour cette raison été posée à plusieurs reprises.

La loi fondamentale ne précise pas ce qu'il en est. La perspective historique ne permet pas d'être utilisée comme soutien à une telle interprétation. En effet, dans le cas du Bundesrat du Second Empire, Mathias Heger estime que la question de savoir si les instructions viennent du gouvernement décidant seul ou sur instruction des Landtag n'était pas réglée par le droit fédéral mais indique que devant le risque de conflit entre les deux organes pouvant aboutir à l'absence d'instruction, on avait écarté le rôle des Landtag<sup>1261</sup>. Ernst Rudolf Huber prend même une position plus radicale estimant que l'imposition du suivi des instructions d'un Landtag par son gouvernement au sein du Bundesrat par la constitution d'un Land aurait été contraire à la constitution fédérale<sup>1262</sup>. Cette impossibilité ne peut *a contrario* être toutefois utilisée comme argument contre l'introduction de telles instructions sous la Loi fondamentale car le système bien que mixte entre monarchie et démocratie, visait par l'institution du Bundesrat à assurer le poids des monarques des Länder.

Une autre source d'interprétation est par contre classiquement lue au profit des gouvernements des Länder<sup>1263</sup>, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et notamment une décision de 1959<sup>1264</sup>. Karlsruhe y affirme que "*le principe d'Etat de droit au sens de la Loi fondamentale [...] suppose nécessairement un gouvernement capable d'exercer ses fonctions et responsable*". Elle y ajoute que si "*la délimitation des compétences gouvernementales et la forme de sa responsabilité peuvent certes au cas par cas être diverses [...] le gouvernement doit conserver les compétences qui sont nécessaires afin de réaliser ses fonctions de façon autonome et en toute responsabilité vis-à-vis du peuple et du parlement*". Enfin, elle conclut en indiquant que "*ne peut être responsable celui qui dans sa décision est complètement lié à l'accord de volonté d'un autre*"<sup>1265</sup>. La Cour donne un exemple de cette intrusion dans les compétences essentielles de l'exécutif dans une décision de 1984<sup>1266</sup>. Or la participation à législation fédérale par l'intermédiaire du Bundesrat peut apparaître comme un élément essentiel en ce sens. Cela signifierait que si le gouvernement est responsable devant son Landtag pour un vote au

---

<sup>1260</sup> Voir par exemple en ce sens : SCHWANENGEL (W.), Die Malaise des deutschen Bundesstaates, *DÖV*, Juli 2004-Heft 13, p.559 ; ARNIM (H. von), Das föderative Deutschland – Motor oder Hemmschuh notwendiger politischer Reform, in : ARNIM (H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p.22.

<sup>1261</sup> HEGER (M.), *Deutscher ...*(*op.cit.* note 738), p. 31. La possibilité d'instructions par les Landtag n'était pas non plus jugée possible dans le cadre du Reichsrat de la République de Weimar.

<sup>1262</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 771), *Bd.III*, pp.855-856.

<sup>1263</sup> En ce sens lors des réflexions sur la réforme du fédéralisme par exemple : pour les années 1960-70 (ESCHENBURG (T.), *Bundesrat...*(*op.cit.* note 779), p.38) ; pour les réflexions dans les années 1990-2000 (ARNIM (H. von), *Das föderative...*(*op.cit.* note 1260), p.23.

<sup>1264</sup> BVerfGE 9, 268 (2<sup>e</sup> sénat 27 Avril 1959).

<sup>1265</sup> BVerfGE 9, 268 (pp.281-282).

<sup>1266</sup> BVerfGE 68, 1 (2<sup>e</sup> sénat 18 décembre 1984) (pp.86-87, pt.144) : Elle y affirme que "*l'article 59 II 1 LF est à interpréter à la lumière de l'article 20 II LF*" et que "*la concentration des pouvoirs qui consisterait dans l'attribution au Bundestag de compétences de décisions centrales de nature exécutive dans les affaires étrangères dépassant celles prévues par la Loi fondamentale serait contraire à la structure de répartition de pouvoir, responsabilité et contrôle posé par la Loi fondamentale*". Puis elle indique qu' "*une augmentation du domaine d'application matériel de l'article 59 II 1 LF à des actes non contractuel (nichtvertragliche) du gouvernement avec des sujets de droit international [...] constituerait une intrusion dans un domaine de compétence central de l'exécutif*".



Bundesrat, comme a eu l'occasion de le souligner la Cour dès 1958<sup>1267</sup>, on ne peut faire dépendre sa position au sein du Bundesrat d'un vote de son Landtag car la responsabilité suppose une certaine liberté de décision. Theodor Eschenburg estimait ainsi en 1974 que les membres du Bundesrat étant responsables devant leur Landtag, ils pouvaient s'ils le jugeaient nécessaire voter une motion de censure du gouvernement, et que le seul reproche à faire était que ces parlements ne se saisissent pas de cette responsabilité<sup>1268</sup>. Cette interprétation a été vue comme confirmée par la décision de 1984 précitée dans laquelle la Cour énonce que la répartition des pouvoirs prévue par la Loi fondamentale "ne peut être contournée par un monisme du pouvoir dans la forme d'une réserve totale de compétence du parlement, faussement déduit du principe de démocratie", estimant qu'il "reste au Bundestag son pouvoir de contrôle", qu' "il peut choisir le cas échéant un nouveau chancelier" si nécessaire<sup>1269</sup>. Mais il est possible de rétorquer que celle-ci ne saurait à elle seule constituer un gage pour les Landtag, renverser un gouvernement en ce que la position défendue sur une question au Bundesrat déplaît apparaissant en effet un moyen disproportionné difficilement utilisable en pratique. S'il est vrai que les gouvernements doivent disposer d'une autonomie, contrepartie de leur responsabilité, refuser en principe tout pouvoir d'intervention des Landtag dans les instructions données aux membres du Bundesrat par leurs gouvernements apparaît un autre extrême. En effet, dans le cas où une loi fédérale intervient dans un domaine dans lequel les Landtag avaient une compétence, défendre l'interdiction d'influence de ces derniers sur les instructions gouvernementales aux membres du Bundesrat au nom du principe de responsabilité du gouvernement revient à porter atteinte à la séparation des pouvoirs au nom de la séparation des pouvoirs. Certes, là encore, les compromis entre les deux chambres ne peuvent se faire que si une marge de négociation existe et lorsqu'un partenaire a un mandat impératif, cela ne peut fonctionner que s'il peut demander à tout moment l'avis de son mandant sans perte de temps, ce qui n'est pas possible si un vote d'une assemblée doit avoir lieu<sup>1270</sup>. Mais une solution intermédiaire est possible comme le soulignait en 1974 Günther Kisker qui indiquait la possibilité d'un contrôle du Landtag pour les quelques affaires qui ont une signification politique particulière<sup>1271</sup>. Xavier Volmerange aboutit en 2000 à la même conclusion de pouvoir des Landtag sur des questions restreintes en estimant que cela serait la seule exception qui pourrait être déduite de la lecture de la jurisprudence de la Cour<sup>1272</sup>.

Devant le large rejet de la possibilité de lier par un vote au Landtag le gouvernement, une autre proposition de pouvoirs plus limités a été lancée en s'appuyant sur d'autres passages de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, celle de débats en leur sein ouvrant la voie à des recommandations ne liant pas les gouvernements. La Cour a en effet indiqué dans sa décision précitée de 1958 qu'un Landtag ne se rend pas coupable d'interférence dans les décisions du Bundesrat lorsqu'il tient compte du comportement adopté par les représentants de son gouvernement lors du vote au Bundesrat car il considère qu'il s'occupe "du gouvernement qui dépend de lui et non des affaires fédérales"<sup>1273</sup>. Et de cette jurisprudence, Günther Kisker tirait en 1974 qu'en donnant des recommandations, un Landtag ne ferait que s'occuper du gouvernement qui dépend de lui et non des affaires fédérales<sup>1274</sup>. Mais même cette pression politique indirecte est considérée comme limitant la liberté du gouvernement par certains auteurs qui estimaient qu'il serait difficile de passer outre même un simple avis donné par une assemblée qui a une

<sup>1267</sup> BVerfGE 8, 104 (2<sup>e</sup> sénat 30 juillet 1958).

<sup>1268</sup> ESCHENBURG (T.), Bundesrat...(*op.cit.* note 779), p.38.

<sup>1269</sup> BVerfGE 68, 1 (p.87 et p.89).

<sup>1270</sup> KISKER (G.), Die Beziehungen des Bundesrates zu den Ländern, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat...*(*op.cit.* note 779), pp.166-167.

<sup>1271</sup> *Ibid.*, p.168.

<sup>1272</sup> En sens : VOLMERANGE (X.), *Le Fédéralisme allemand face au droit communautaire*, L'Harmattan, 2000, p.164.

<sup>1273</sup> BVerfGE 8, 104 (p.121).

<sup>1274</sup> KISKER (G.), *Die Beziehungen...*(*op.cit.* note 1270), p.164.

légitimation directe contrairement à lui<sup>1275</sup>. Un rapport de la commission d'enquête sur la réforme de la constitution de 1976 considère en ce sens qu'il serait certes juridiquement conforme à la jurisprudence de la Cour, mais inopportun politiquement, de permettre aux Landtag de donner des avis ne liant pas leurs gouvernements<sup>1276</sup>.

Il n'est pas sûr que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant les compétences de contrôle du Bundestag vis-à-vis du gouvernement fédéral dans le contexte européen permettrait une extension en faveur du renforcement du contrôle des Landtag. La Cour a en effet à plusieurs reprises assumé un décalage d'interprétation entre le cadre européen et le cadre allemand : dans le cas de la jurisprudence sur la clause de nécessité de l'art.72§2 LF<sup>1277</sup>, ou plus récemment sur la clause de 5% pour la répartition des sièges au Parlement européen entre les députés européens allemands<sup>1278</sup>.

## 2) L'objectif de clarification du processus décisionnel et des actes européens

**1035.** Rostane Medhi et Fabrice Picod note que "*perçu comme opaque, les citoyens finissent par se détourner du projet européen lui-même*" et que "*la principale limite du modèle européen est d'ordre « cognitif »*"<sup>1279</sup>. La clarté du processus décisionnel, des différents actes européens et de leurs rapports hiérarchiques pose en particulier problème (a). Des améliorations sur ce point ont été apportées par le Traité de Lisbonne, mais les possibilités d'aller au-delà sont limitées par l'équilibre des intérêts (b).

### a) Les problèmes suscités par l'absence de hiérarchisation clairs des actes européens

**1036.** Concernant tout d'abord la terminologie même employée, le manque de lisibilité est important. Quelle que soit la raison originelle du recours à l'expression de règlement<sup>1280</sup>, ce terme se révèle inapproprié. Les termes de directives ou de décisions ne permettent pas non plus au citoyen de connaître la nature de l'acte.

En outre, le Traité de Maastricht a augmenté la complexité des types d'actes juridiques avec les piliers avec notamment les déclarations communes, stratégies communes, actions communes, positions communes, décisions-cadre. Un rapport du Parlement européen évoque même un "*choix systématique de termes retenus tout exprès pour ne rien dire de clair*"<sup>1281</sup>.

**1037.** Ces différentes dénominations ne facilitent pas la hiérarchisation entre ces actes. S'il n'est pas problématique qu'une même institution participe à l'exercice de la fonction législative et de la fonction exécutive, il est par contre nécessaire du point de vue de l'Etat de droit que des actes juridiques soient clairement hiérarchisés, non seulement dans un souci pour le citoyen de pouvoir s'assurer d'un niveau de légitimation démocratique suffisant en fonction de l'acte, mais

<sup>1275</sup> Position majoritaire rapportée par : HEGER (M.), *Deutscher ...*(*op.cit.* note 738), p.109

<sup>1276</sup> Schlußbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform, Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/524 vom 9.12.1976, p.101.

<sup>1277</sup> Voir *supra* : chap.I sect.II §3 A 2).

<sup>1278</sup> BVerfGE 129, 300 (2<sup>e</sup> sénat 9 novembre 2011 *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG*) : la Cour refuse une clause qui est pourtant validé au plan national car elle estime que le Parlement européen n'a pas besoin de majorité stable en l'absence d'un gouvernement reposant sur une majorité partisane.

<sup>1279</sup> MEDHI (R.), PICOD (F.), Article I-33, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...*(*op.cit.* note 765), p.444

<sup>1280</sup> Voir pour des précisions : BLUMANN (C.), *La fonction...*(*op.cit.* note 912), pp.6-7. L'auteur évoque comme explication à l'utilisation du terme de règlement que les domaines d'action transférés à l'UE correspondaient au départ essentiellement à des domaines de compétence de l'autorité réglementaire dans les ordres internes des Etats.

<sup>1281</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur la typologie des actes et la hiérarchie des normes dans l'Union européenne, 2002/2140(INI), 3 décembre 2002, p.25.



encore en tant que justiciable dans la perspective des recours juridictionnels<sup>1282</sup>.

Il existe classiquement des réponses partielles à la hiérarchie entre les actes juridiques européens<sup>1283</sup>. Comme le rappelle Sébastien Roland, ces derniers "*ont été pensés [...], dans une perspective de répartition verticale des compétences, une gradation de l'intervention communautaire variant précisément selon l'importance politique que les Etats attachaient au domaine concerné*", leurs rapports respectifs n'ont pas été intégrés à cette construction<sup>1284</sup>. Les actes de l'art.288 TFUE (249 CE) "*sont définis quant à leur structure et à leurs effets*", selon des critères (caractère obligatoire, effet direct, généralité) qui se révèlent eux-mêmes limités dans leur portée, "*mais non quant à leur rang respectif ou quant au degré de leur force normative, de sorte qu'il est impossible d'établir une hiérarchie quelconque entre lesdits actes ou à l'intérieur de ceux-ci*"<sup>1285</sup>. Pierre-Yves Monjal parle pour cette raison à l'égard de l'art.249 CE (288 TFUE) d' "*horizontalité normative*"<sup>1286</sup>. Or, l'absence de hiérarchie des normes constitue un problème pour une construction qui se veut une "Communauté de droit"<sup>1287</sup>.

Il existe des règlements de base et d'exécution, mais c'est également le cas des décisions, et même des directives dont les caractéristiques auraient plutôt laissé penser qu'elles appelaient l'intervention directe du législateur ou du pouvoir réglementaire interne<sup>1288</sup>. Il existe même des règlements d'exécution d'une directive<sup>1289</sup>.

La Cour précise qu'un règlement d'exécution pris par la Commission doit respecter le règlement de base du Conseil sur lequel il se fonde<sup>1290</sup>. De même, le Conseil est tenu de respecter l'acte de base sur lequel il prend un acte d'exécution même s'il en a été le seul auteur<sup>1291</sup>. Mais ces indications sont bien insuffisantes pour régler les problèmes de conflits entre normes de droit dérivé comme l'illustre l'arrêt de 1979, *Salumificio di Cornuda*<sup>1292</sup>. Des mesures de sauvegarde prises par l'Italie dans le domaine de la viande bovine, prises sur la base d'un règlement, ont été notifiées à la Commission qui les refuse et oblige l'Italie à les retirer. Mais le même jour, le Conseil sur proposition de la Commission adopte sur la base du règlement une décision permettant à l'Italie d'augmenter les prélèvements sur les produits venant des Etats tiers. L'Italie abroge les mesures de sauvegarde et les remplace par l'augmentation des prélèvements. La requérante devant le juge italien a importé de la viande bovine congelée qui était d'abord en franchise de prélèvement, puis par application de cette mesure est soumise à un tel prélèvement. Saisie d'un renvoi préjudiciel concernant notamment

<sup>1282</sup> En ce sens : TIZZANO (A.), La hiérarchie des normes communautaires, *RMCUE*, 1995, n°3, p.226 ; ID., La hiérarchisation des normes, in : RIDEAU (J.) (dir.), De la Communauté...(op.cit. note 1237), p.165 ; BLANC (D.), *Les parlements...*(op.cit. note 1220), p.220.

<sup>1283</sup> GAUTRON (J.-C.), Un ordre juridique autonome et hiérarchisé, in : RIDEAU (J.) (dir.), De la Communauté...(op.cit. note 1237), p.26. TIZZANO (A.), La hiérarchisation...(op.cit. note 1282), p.157. On n'évoquera pas ici la question des rapports avec le droit international (voir à cet égard : GAUTRON (J.-C.), *Ibid.*, p.42 ; MONJAL (P.-Y.), *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, LGDJ, 2000, p.29) ou de la place des principes généraux du droit (voir sur ce point : RIDEAU (J.), Sources non écrites, *JCl. Europe Traité*, avril 2011, pts.85-91).

<sup>1284</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...*(op.cit. note 737), p.90. Dans le même sens : BROSSET (E.), Clartés et obscurités des actes de l'Union européenne, in : BROSSET (E.), CHEVALLIER-GOVERS (C.), EDJAHARIAN (V.), SCHNEIDER (C.) (dir), *Le Traité ...*(op.cit. note 1018), p.118.

<sup>1285</sup> TIZZANO (A.), La hiérarchisation...(op.cit. note 1282), p.158.

<sup>1286</sup> MONJAL (P.-Y.), *Recherches...*(op.cit. note 1283), p. 303.

<sup>1287</sup> Voir en ce sens notamment : BLUMANN (C.), *La fonction...*(op.cit. note 912), p.5 ; RIDEAU (J.), Sources...(op.cit. note 1283), pt.271. TIZZANO (A.), La hiérarchisation...(op.cit. note 1282), p.160

<sup>1288</sup> Voir sur ces différents cas les exemples donnés par : ROLAND (S.), *Le triangle...*(op.cit. note 737), p.116.

<sup>1289</sup> Voir pour des exemples : BLUMANN (C.), Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de Constitution pour l'Europe, in : *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Ed. Pédone, 2004, p. 258.

<sup>1290</sup> CJCE, 10 mars 1971, *Tradax*, aff.38/70, *Rec.* 1971 p.145, pt.10 §3.

<sup>1291</sup> CJCE 9 mars 1979, *NTN Toyo Bearing c/ Conseil*, aff.113/77, *Rec.*1979, p.1185, pt.22.

<sup>1292</sup> CJCE, 8 mars 1979, *Salumificio di Cornuda*, Aff.130/78, *Rec.* 1979, p.867.



la hiérarchisation à opérer entre les deux décisions, de la Commission et du Conseil, la CJCE indique qu'elles ont été prises sur des bases distinctes, que les mesures qu'elles contiennent ne coïncident pas, et conclut qu'il n'existe aucun lien juridique entre elles ni *a fortiori* de rapport hiérarchique<sup>1293</sup>. Un rapport hiérarchique n'existe qu'entre un acte du Conseil et les actes du Conseil ou de la Commission qui se fondent sur lui. Un acte de droit dérivé pris directement sur la base du traité ne se voit pas appliquer ce rapport hiérarchique par rapport à un acte d'exécution qui ne se fonde pas sur lui.

La question de la hiérarchisation entre les actes juridiques européens avait été traitée par le Parlement européen dans son projet de Traité sur l'Union européenne en 1984<sup>1294</sup>. Au niveau des révisions des traités, malgré la déclaration n°16 annexée au Traité de Maastricht énonçant que la CIG de 1996 examinerait les possibilités de modifier les classifications des actes communautaires pour permettre une meilleure hiérarchie des normes, le Traité d'Amsterdam n'a rien amélioré sur ce plan. La déclaration de Laeken de 2001 sur l'avenir de l'Union reprend cette idée en indiquant viser notamment "*la simplification des instruments de l'Union*". Le rapport final du groupe mis en place dans ce but de simplification au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe notait ainsi que le système de décision dans l'UE était "*peu « lisible », peu compréhensible pour les citoyens*", qu'il fallait que "*les citoyens puissent comprendre le système pour en identifier les problèmes, le critiquer et en fin de compte le contrôler*"<sup>1295</sup>. Le même rapport soulignait par ailleurs la nécessité de garantir que les actes ayant la même force juridique devaient avoir la même légitimité démocratique<sup>1296</sup>. Il appelait ainsi à une "*plus claire hiérarchie des normes, conséquence d'une meilleure séparation des pouvoirs [...] non dans le but de rendre hommage à Montesquieu, mais en raison d'un souci de démocratie*"<sup>1297</sup>.

## **b) Des possibilités de clarification limitées par l'impératif d'équilibre des intérêts**

**1038.** Concernant la terminologie, la Convention sur l'avenir de l'Europe avait défendu le remplacement des termes directives et règlements par ceux de lois et lois-cadres pour les actes législatifs d'une part et de règlements pour les actes exécutifs d'autre part, en expliquant qu'il avait pour but de rendre perceptible pour les citoyens les différents effets entre ces actes<sup>1298</sup>. La majorité de la doctrine saluait cette avancée, apportant une pierre à l'amélioration de la hiérarchie des normes en droit de l'Union européenne<sup>1299</sup>. Le Traité de Lisbonne, s'il confirme la simplification des actes avec la fin des piliers et des actes spécifiques en découlant<sup>1300</sup>, est par contre revenu sur cette modification pour des raisons politiques, les aspects "constitutionnels" introduits par le traité constitutionnel devant disparaître pour permettre l'adoption du nouveau traité dans les Etats qui avaient rejeté ledit traité constitutionnel. Comme le souligne le rapport

<sup>1293</sup> *Ibid.*, pts.29 à 31.

<sup>1294</sup> Voir aussi pour d'autres appels à une hiérarchie claire : PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du 11 mars 1993 sur le rapport du Conseil européen concernant les progrès réalisés sur la voie de l'Union européenne, JOCE, n° C 115 du 26 avril 1993, p.72 pt.9. ID., Résolution du 29 novembre 2001 sur le processus constitutionnel et l'avenir de l'Union, JOCE, n° C 153 du 27 juin 2002, p.310, pt.4 i).

<sup>1295</sup> Rapport final du groupe de travail IX "simplification", CONV 424/02, 29 novembre 2003, p.1.

<sup>1296</sup> Rapport final, CONV 424/02, p.2.

<sup>1297</sup> *Ibid.*

<sup>1298</sup> CONV 271/02. Voir sur ce point : MEDHI (R.), PICOD (F.), Article I-33 (*op.cit.* note 1279), p.448.

<sup>1299</sup> Voir par exemple : BLUMANN (C.), Article I-34, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité... (op.cit.* note 765), p.465. Voir pour un exemple *a contrario* Jérôme ROUX qui voit dans l'abandon des termes de lois et lois-cadre un élément positif "*au regard de l'exigence de clarté*" (Les actes... (*op.cit.* note 765), pt.4).

<sup>1300</sup> L'utilisation du terme décision avec la mention PESC ou PSDC pour souligner le maintien d'une différence de régime juridique de cet acte juridique dans le contexte de la PESC par rapport aux décisions visées à l'article 288 TFUE n'est pas un cas à part.



du Parlement européen sur le Traité de Lisbonne, au contraire du traité constitutionnel "on maintient [...] un langage obscur, susceptible de véhiculer pour le citoyen la notion d'une émanation d'un pouvoir bureaucratique et non transparent, et trompeur, dont le paradoxe le plus évident (en tout cas pour les pays qui utilisent cette terminologie) est celui d'appeler un acte législatif un "règlement"!"<sup>1301</sup>. Le Traité de Lisbonne a par contre repris les adjectifs législatif, réglementaire pour qualifier les procédures, on note également que l'art.291§4 TFUE précise que "le mot « d'exécution » est inséré dans l'intitulé des actes d'exécution". De même, les actes adoptés par la Commission selon la procédure de délégation de l'art.290 TFUE incluent dans leur énoncé le terme délégué.

Dans tous les cas, un problème provient de ce que l'utilisation des adjectifs législatifs et exécutifs pour désigner les procédures ne permet pas d'aider véritablement à la qualification de l'acte juridique dans une perspective de meilleure hiérarchie entre les normes adoptées au niveau européen. Certes, la Convention a conclu que la différenciation entre les actes législatifs et exécutifs devait dépendre de la procédure applicable, qu'elle devait être "fonction des exigences de légitimité démocratique et d'efficacité" et non des auteurs de l'acte<sup>1302</sup>. Cette définition procédurale et organique de l'acte législatif est reprise dans le Traité de Lisbonne. L'art.289§3 TFUE précise que la procédure législative est une adoption conjointe par le Parlement et le Conseil ou par l'un des deux "avec la participation" de l'autre<sup>1303</sup>. Mais la diversité des pouvoirs pouvant être exercés par le Parlement brouille la clarté de la distinction. Jérôme Roux se demande à cet égard si les cas où le Parlement est seulement consulté n'auraient pas pu conduire à la qualification automatique d'acte non législatif, mais répond par la négative car il relève que cela reviendrait à écarter du domaine législatif des actes portant sur des matières importantes comme la citoyenneté, la fiscalité, ...<sup>1304</sup>. De même, Vlad Constantinesco relève que l'art.311 TFUE parle de procédure législative spéciale alors même que la procédure visant à mettre en place de nouvelles ressources propres est vue comme une révision simplifiée des traités et conclut que "la frontière entre le « constitutionnel » et le « législatif » semble devenir, avec cette dernière disposition, quelque peu floue"<sup>1305</sup>.

Un critère matériel est également utilisé à l'art.290§1 al.2 TFUE pour distinguer un acte exécutif d'un acte législatif, celui de l'intensité de l'action, les éléments essentiels doivent avoir été prévus dans un acte législatif. Il s'agit d'une codification de la jurisprudence<sup>1306</sup>. À cet égard Sébastien Roland soulignait certes en 2006, par rapport aux décisions comitologie de 1987 et 1999 qui comportaient ce critère, "que la notion d'éléments essentiels est le critère pertinent de distinction entre les actes législatifs et exécutifs communautaires"<sup>1307</sup>. Mais il poursuivait que si un acte non législatif ne pouvait intervenir concernant ces éléments, un acte législatif pouvait *a contrario* prévoir des éléments très précis, réduisant à une peau de chagrin le rôle de l'acte non législatif et relativisant la capacité de ce critère à délimiter la notion d'acte législatif<sup>1308</sup>.

<sup>1301</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur le Traité de Lisbonne de la Commission des affaires constitutionnelles du 29 janvier 2008, 2007/2286(INI), p.36 pt. II.7.2.

<sup>1302</sup> MEDHI (R.), PICOD (F.), Article I-33 (*op.cit.* note 1279), p.446.

<sup>1303</sup> En ce sens : ROUX (J.), Les actes...(*op.cit.* note 765), pt.6. Voir aussi : JACQUE (J.-P.), Pouvoir législatif...(*op.cit.* note 767), p.30. L'auteur indique que pour "préserver le critère organique" on qualifie d'acte d'exécution des actes pris directement sur la base des traités "même si rien dans leur contenu ne justifie cette appellation.

<sup>1304</sup> ROUX (J.), *Ibid.*, pt.7.

<sup>1305</sup> CONSTANTINESCO (V.), Le processus de décision : vers une nouvelle gouvernance ?, *Europe*, Juillet 2008, n° 7, pt.16.

<sup>1306</sup> Dès l'arrêt *Köster*, la Cour énonce "qu'on ne saurait donc exiger que tous les détails des règlements concernant la politique agricole commune soient établis par le conseil selon la procédure de l'article 43" et "qu'il est satisfait à cette disposition des lors que les éléments essentiels de la matière à régler ont été arrêtés conformément à la procédure qu'elle prévoit" (aff.25/70, pt.6).

<sup>1307</sup> ROLAND (S.), *Le triangle*...(*op.cit.* note 737), p.118.

<sup>1308</sup> *Ibid.* Voir aussi en ce sens : JACQUE (J.-P.), Pouvoir législatif...(*op.cit.* note 767), p.29 ; ROUX (J.), Les actes...(*op.cit.* note 765), pt.8.

A cet égard, si la terminologie proposée par le projet de Traité-constitutionnel apportait une meilleure lisibilité pour le citoyen européen, la simplification était pourtant jugée au fond comme "*largement cosmétique*"<sup>1309</sup>, Pierre-Yves Monjal parlant même de "*démarche particulièrement démagogique et superficielle [...] puisque rien n'[était] changé au fond*"<sup>1310</sup>. Le Traité-constitutionnel reprenait en effet les définitions de l'art.249 du règlement et de la directive pour respectivement les lois et lois-cadres ainsi que pour les règlements d'application.

Le seul moyen de clarifier aurait été de suivre le projet de la Commission pour la CIG qui préparait le Traité de Maastricht ; ce projet visait une différenciation claire entre législatif et exécutif<sup>1311</sup>. La loi se définissait formellement en tant qu'acte du Parlement et du Conseil selon la procédure de codécision, et matériellement en tant que celle devait "*déterminer les principes et orientations générales ainsi que les éléments des matières à régler*". L'exécution revenait à la Commission avec la possibilité soit d'une assistance par des comités consultatifs ou de gestion, soit que le Parlement et le Conseil l'oblige à revoir l'acte d'exécution ou de le soumettre à la procédure législative.

Didier Blanc note à cet égard que lier une catégorie d'acte à une procédure aurait l'avantage d'une plus grande lisibilité du droit communautaire, et de limiter les cas de contentieux liés au conflit de bases juridiques<sup>1312</sup> ; il encourage à lier procédure législative ordinaire et matière législative<sup>1313</sup>. Plus globalement, il voit un problème dans ce qu'on veut obtenir une hiérarchie "*sans avoir à toucher en profondeur au système institutionnel, afin d'en préserver la spécificité, alors qu'au contraire la survenance de la hiérarchie des normes devait permettre une simplification du système parce qu'elle était pensée précisément hors de lui*"<sup>1314</sup>.

Toutefois, si une simplification des types d'actes et des procédures de décision est en soi justifiée par un souci de lisibilité pour les citoyens, elle est potentiellement en tension avec l'équilibre des intérêts, on ne peut ainsi attendre un système aussi "simple" qu'au niveau national. Didier Blanc le reconnaît d'ailleurs d'une certaine façon en indiquant que si "*les normes les plus élevées doivent être adoptées par les institutions disposant de la plus forte légitimité*", il n'y a pas de sens à hiérarchiser les légitimités intégrative, étatique et démocratique<sup>1315</sup>. La Convention sur l'avenir de l'Europe a aussi souligné les difficultés de la simplification<sup>1316</sup>. En outre, comme le notaient Fabienne Kauff-Gazin et Martin Pietri au regard du traité constitutionnel, "*la simplification apparente cache parfois un maintien ou une réapparition de la complication*"<sup>1317</sup>. Mais il est possible d'aller plus loin, à l'instar de Pierre-Yves Monjal qui dénonce la tendance à tout vouloir simplifier<sup>1318</sup>, expliquant que cela ne signifie pas qu'il veut conserver à tous prix les spécificités de l'UE, mais qu'une telle simplification passe par la transposition de notions à partir des droits constitutionnels nationaux qui n'est pas forcément possible dans un système comme l'Union européenne. Il critique le choix d'une impossible simplification "*au détriment de l'explication*", l'estimant contraire même du but de démocratisation recherché<sup>1319</sup>. Il faudrait en effet expliquer la logique d'équilibre des intérêts propre à un système fédéral comme l'Union européenne et qui empêche les souhaits de simplification extrêmes du système décisionnel. Il est possible de réduire le nombre de

<sup>1309</sup> JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel...* (op.cit. note 743), 3<sup>e</sup> éd., 2004, p.532.

<sup>1310</sup> MONJAL (P.-Y.), Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne : les limites de la simplification, *Actualité juridique - Droit administratif*, 2003, n°41, p.2178.

<sup>1311</sup> *Bull. CE*, supp. n°2/1991, pp.119-120. BLANC (D.), *Les parlements...* (op.cit. note 1220), pp.222-223.

<sup>1312</sup> En ce sens : BLANC (D.), *Ibid.*, p.219.

<sup>1313</sup> *Ibid.*, p.236.

<sup>1314</sup> *Ibid.*, p.234.

<sup>1315</sup> *Ibid.*, p.233.

<sup>1316</sup> Rapport final du groupe de travail IX "simplification" (CONV 424/02). 29 nov. 2003, p.1.

<sup>1317</sup> KAUFF-GAZIN (F.), PIETRI (M.), Premières analyses du projet de Constitution européenne, *Europe*, août-septembre 2003, p.8.

<sup>1318</sup> MONJAL (P.-Y.), Les instruments... (op.cit. note 1310), p.2182.

<sup>1319</sup> *Ibid.*, p.2183.

procédures législatives, mais les processus décisionnels des Etats membres ne peuvent être pris comme modèles de référence.

**1039.** Reconnaître les limites de la simplification en raison de l'impératif d'équilibre des compétences ne signifie pas qu'aucune amélioration qui respecterait ce postulat serait, au-delà du résultat jusqu'alors atteint, impossible.

Nous relèverons tout d'abord une nécessité de clarification à l'art.263§4 TFUE. Cette disposition donne un statut contentieux particulier aux "actes réglementaires" qui ne font pas l'objet de mesures d'exécution, reprenant la même expression que l'art.III-365 TC. Si le but était de lutter contre une lacune juridique en matière de voie de recours contre certains actes juridiques européens<sup>1320</sup> en ouvrant une voie de recours facilitée pour les requérants non privilégiés<sup>1321</sup>, le maintien d'une expression qui n'est plus utilisée dans le Traité de Lisbonne ne va pas dans le sens d'une clarification.

Il pourrait par ailleurs être mis fin à l'expression "*actes non législatifs*" qui a été reprise par le Traité de Lisbonne alors qu'elle avait déjà été qualifiée dans le contexte du traité constitutionnel d' "*intitulé très décevant car purement résiduel*" s'expliquant par la seule considération que les actes visés ne seraient pas forcément exécutif<sup>1322</sup>. Deux types d'actes sont plus particulièrement visés par cette dénomination : les décisions et les actes adoptés par la Commission sur la base de la procédure de délégation.

Concernant les décisions, cette dénomination est employée pour désigner des actes juridiques de nature très diverses<sup>1323</sup>. Or, une partie des membres de la Convention avaient soutenu une amélioration constituant en la mise en place de la catégorie des lois organiques<sup>1324</sup> pour les décisions ressources propres, le statut de la CJCE, certains accords interinstitutionnels, mais aussi pour une prise de décision sur la base de l'art.308 CE avec des conditions de majorités renforcées au sein du Parlement et du Conseil, la décision finale du Conseil devant être prise au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement. Le présidium de la Convention avait rejeté les amendements proposant de créer la catégorie des lois organiques en indiquant que de nombreux Etats ne les connaissaient pas dans leur ordre juridique, que l'ajout d'un nouveau type d'acte n'améliorerait pas la "*clarté du système juridique de l'Union*", mais surtout que le "*système des bases juridiques produi[sait] un isolement parmi les matières qui rend[ait] inutile un [tel] concept*"<sup>1325</sup>. Concernant la clarté, le recours à la catégorie de loi organique aurait pourtant permis d'éviter l'utilisation du terme de décision qui vise également des actes ayant une simple valeur exécutive. Concernant l'argument de la base juridique, il s'agit en creux de dire que pour déterminer la procédure à suivre pour l'adoption d'un acte il est toujours nécessaire de regarder l'article sur lequel on veut se fonder, la simple dénomination de l'acte ne suffisant pas à la déterminer. Mais il demeure qu'au moins sur le plan de la lisibilité pour les citoyens, la lecture des actes de l'Union aurait été améliorée. Apprendre une nouvelle expression est en effet plus simple que de se demander ce que l'expression décision vise.

Concernant les actes délégués, la qualification d'acte non législatif est critiquable car si la Commission a un pouvoir de modification des éléments non essentiels de l'acte législatif, cela revient bien à un pouvoir législatif délégué. Claude Blumann parle d'ailleurs bien de "*délégation de pouvoirs législatifs*"<sup>1326</sup>. Pierre-Yve Monjal estime même qu' "*en privant [...] la Commission*

---

<sup>1320</sup> Sur cette lacune voir : PICOD (F.), Les voies juridictionnelles de garantie des droits fondamentaux, in : COHEN-JONATHAN (G.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, pp. 241-252.

<sup>1321</sup> Souligné par : BLUMANN (C.), Article I-34 (*op.cit.* note 1299), p.465.

<sup>1322</sup> BLUMANN (C.), Article I-35, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité... (op.cit. note 765)*, p.468.

<sup>1323</sup> Critique à cet égard : MEDHI (R.), PICOD (F.), Article I-33 (*op.cit.* note 1279), p.455.

<sup>1324</sup> CONV 271/02 et CONV 363/02.

<sup>1325</sup> Note de transmission du Praesidium à la Convention, CONV 724/03, vol.I, annexe 2 p.50.

<sup>1326</sup> BLUMANN (C.), Un nouveau... (*op.cit.* note 745), p.26. Voir aussi sur la nature de ces actes délégués :



du pouvoir d'agir par délégation sur le matériau normatif législatif de base, c'est-à-dire « les éléments essentiels de la loi »" l'art.290 TFUE "devient assez incohérent au regard de la notion même de délégation"<sup>1327</sup>. Cette procédure de délégation se rapproche de celle de la réglementation avec contrôle, mais cette dernière rattache l'acte adopté à la fonction exécutive comme le souligne la soumission à la procédure de comitologie<sup>1328</sup>. Si les difficultés en pratique à distinguer les actes délégués des actes d'exécution sont soulignées, en dehors même de cette procédure de réglementation avec contrôle amenée à être remplacée par la procédure de délégation<sup>1329</sup>, un certain nombre d'éléments théoriques de différenciation sont toutefois nommés<sup>1330</sup>. Il s'agit d'une délégation de fonction législative, l'acte de délégation étant son seul cadre, là où l'acte d'exécution est soumis aux comités de la comitologie ; par ailleurs, relativement au contenu de l'acte il est possible d'apporter des modifications sauf dans ses éléments essentiels dans le premier cas, alors qu'un simple complément sans pouvoir de modification est possible dans le second.

## **B. L'impératif d'équilibre des intérêts face à la détermination d'un régime politique fédéral**

**1040.** Si au départ les Fédérations étudiées ont souvent un système institutionnel limité, autour d'une Diète composée de représentants des Etats membres, on constate, comme le souligne Olivier Beaud, un phénomène de congruence entre les régimes politiques des Etats membres et le régime politique fédéral avec l'évolution de l'intégration<sup>1331</sup>.

Dans le cas allemand, on a avec la Confédération du Nord et le Second Empire, une Fédération composée de monarchies constitutionnelles dont les gouvernements ne peuvent être renversés par leur parlement. Au niveau fédéral, le modèle est repris avec une assemblée représentant le peuple, le Roi de Prusse comme dirigeant de la Fédération qui prend le titre d'Empereur avec la Constitution de 1871, et un Chancelier responsable devant le Reichstag, mais ne pouvant être renversé, et président le Bundesrat qui représente les intérêts des Etats membres. On doit par ailleurs distinguer le texte de la Constitution et une certaine lecture officielle qui ont été déjà évoqués, de la répartition pratique des pouvoirs entre les institutions : en théorie, le Bundesrat peut largement servir de comparaison au Conseil quant à son poids dans le système constitutionnel, mais en pratique, le rôle du Chancelier, et le poids de l'Empereur sont primordiaux et le Bundesrat se transforme pour une large part en chambre d'enregistrement, une telle évolution ayant été rendue possible par les liens avec la Prusse et là encore l'hégémonie de cette dernière<sup>1332</sup>. Cela conduit à renforcer la "*congruence structurelle' entre la forme fédérée de gouvernement et la forme de gouvernement fédérale*", le mouvement de "*monarchisation' de la forme de gouvernement*"<sup>1333</sup>.

Dans le cas suisse, les niveaux cantonal et fédéral connaissent un régime directorial. Dans le cas des Etats-Unis, les Etats membres connaissent un régime de type présidentiel avec un gouverneur à leur tête et deux chambres (sauf pour le Nebraska qui n'en a qu'une) tout comme le gouvernement fédéral.

Au regard de ces exemples, il n'est pas étonnant qu'il y ait dans l'Union européenne une

---

BLUMANN (C.), A la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués, in : *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Chemins d'Europe, Dalloz, 2010, pp.127-144

<sup>1327</sup> MONJAL (P.-Y.), Les instruments...(*op.cit.* note 1310), p.2181. L'auteur faisait la remarque par rapport à l'art.I-36 TC qui avait le même contenu que l'art.290 TFUE.

<sup>1328</sup> BLUMANN (C.), Un nouveau...(*op.cit.* note 745), pp.26-27.

<sup>1329</sup> En ce sens : MEDHI (R.), PICOD (F.), Article I-33 (*op.cit.* note 1279), p.452

<sup>1330</sup> Souligné par : BLUMANN (C.), Un nouveau...(*op.cit.* note 745), pp.26-27.

<sup>1331</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 740), p.348. Voir aussi en ce sens : FORSYTH (M.), Vers un concept...(*op.cit.* note 1234), p.68

<sup>1332</sup> En ce sens : BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 740), p.412.

<sup>1333</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 740), p.417.



volonté de rapprocher le système institutionnel d'un régime parlementaire étant donné que tous les Etats membres sont des régimes parlementaires (1). Toutefois, il faut regarder l'ensemble du système institutionnel et, même au-delà, pour déterminer l'adaptation d'un type de régime à une Fédération. Ainsi, l'équilibre entre les intérêts représentés par les institutions fédérales est modifié en Suisse par le pouvoir d'initiative des cantons et le référendum<sup>1334</sup>. La structuration des partis fédérale ou plus étatique, leur poids au sein des différentes institutions, et la plus ou moins grande diversité culturelle et linguistique sont des facteurs dont il faut également tenir compte. Ces différents facteurs semblent constituer une limitation à une évolution vers une forme de parlementarisation. La nature consociative suivant le modèle suisse (2) semble plus adaptée à une Fédération européenne caractérisée par la forte diversité culturelle et linguistique de ses Etats membres (3).

### ***1) La parlementarisation par les processus de nomination et de révocation de la Commission***

**1041.** Dans l'Union européenne, la parlementarisation du système, se traduisant dans la procédure de nomination (a) et la mise en jeu de la responsabilité de la Commission (b), "*a contribué à troubler un jeu qui correspondait à un équilibre de représentation entre divers intérêts*"<sup>1335</sup>.

#### **a) La procédure de nomination**

**1042.** La décision concernant le choix du candidat à la présidence de la Commission se faisait classiquement par les gouvernements des Etats membres selon l'art.158§2 al.1 CEE (214§2 al.1 CE). Depuis le Traité de Nice, c'est le Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement qui est instance de nomination, et la majorité qualifiée qui est prévue comme mode de nomination officiel. Dans la pratique, cela ne modifie pas l'état antérieur du processus de nomination. Si d'un point de vue formel, cette évolution permet de renforcer l'ancrage dans le cadre institutionnel européen, on ne peut toutefois voir dans la procédure de vote à la majorité le même type de possibilité de pression que lorsque cette procédure est prévue pour la prise de décision au Conseil pour l'adoption d'un texte. L'enjeu, le choix d'une des personnalités les plus importantes de l'UE, ne le permet pas, car sa légitimité étatique, son poids vis-à-vis du Conseil et au sein du Conseil européen pourrait sortir diminué s'il était le résultat d'une mise en minorité de certains Etats<sup>1336</sup>. Le problème est que cela conduit souvent à s'accorder sur une personnalité par défaut, ce qui n'est pas non plus à l'avantage du poids de cette personnalité. La nomination de Jacques Santer se fait à une courte majorité au Parlement européen car les députés européens étaient nombreux à désapprouver la façon dont le candidat avait été choisi par les Etats, par défaut puisque Jean-Luc Dehaene avait été écarté en raison du refus des britanniques<sup>1337</sup>. José-Manuel Barroso n'était pas non plus le premier choix puisque le Président Chirac soutenait la candidature de Jean-Claude Juncker, et que d'autres noms avaient circulé comme Guy Verhofstadt ou Chris Patten<sup>1338</sup>. Enfin, depuis le Traité de Lisbonne, c'est le Conseil européen qui désigne le candidat à ce poste (art.17§7 al.1 TUE). En effet, si le Président de la Commission en est membre, sa participation aux discussions concernant la nomination de son successeur apparaîtrait étrange<sup>1339</sup>, de même pour ce qui concerne le Haut représentant dont le

<sup>1334</sup> JAAG (T.), *Die Zweite...* (op.cit. note 860), p.4.

<sup>1335</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 744), p.60.

<sup>1336</sup> En ce sens : PERTEK (J.), Article I-26, in : BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité...* (op.cit. note 765), p.357 ; CONSTANTINESCO (V.), GAUTIER (Y.), SIMON (D.) (dir.), *Traité d'Amsterdam et de Nice : commentaire article par article*, Economica, 2007, p.677.

<sup>1337</sup> SPENCE (D.), *The President...* (op.cit. note 1060), p.31.

<sup>1338</sup> *Ibid.*, p.33.

<sup>1339</sup> En ce sens : PERTEK (J.), Article I-26 (op.cit. note 1336), p.357

traité précise qu'il participe à ses travaux.

Concernant les candidats aux postes de commissaire, il était classiquement prévu que les gouvernements les désignaient, mais le Traité d'Amsterdam a ajouté que la liste des candidats était déterminée d'un commun accord avec le président de la Commission. C'est depuis le Traité de Nice, le Conseil qui détermine cette liste avec la Président de la Commission conformément aux propositions des Etats (art.214§2 al.2 CE, art.17§7 al.2 TUE).

**1043.** Les pouvoirs du Parlement européen qui se résumaient au départ à un simple pouvoir d'avis ont été peu à peu étendus, rapprochant la nomination de la Commission de la forme parlementaire suivie dans les Etats membres.

Concernant les candidatures à la présidence de la Commission, la déclaration solennelle du Conseil européen de Stuttgart de 1983 sur l'UE<sup>1340</sup> précise en outre qu'elles seraient soumises au bureau élargi du Parlement européen<sup>1341</sup>. Mais c'est uniquement depuis le Traité d'Amsterdam que le Parlement européen dispose d'un pouvoir d'approbation (art.17§7al.1 TUE (214 §1 CE)) et non plus un simple pouvoir d'avis (art.158§2 al.1 CEE) pour la désignation du président de la Commission. Il pouvait toutefois auparavant s'y opposer en rejetant la nomination de l'ensemble du collège. Ce pouvoir se justifie en dépit du caractère collégial de la Commission par les pouvoirs importants de son Président et notamment en matière de codésignation avec le Conseil des autres membres de la Commission, même si ce pouvoir est variable. Si le Parlement européen rejette le candidat, le Conseil européen doit proposer un nouveau candidat selon l'art.17§7 al.1 TUE. Le Traité de Lisbonne a précisé que le vote d'approbation du Parlement européen se fait à la majorité de ses membres, là où jusqu'alors c'était son règlement intérieur qui précisait les modalités du vote dans le silence des traités ; il pouvait à cet égard apparaître problématique de laisser à l'institution concernée le soin de déterminer les modalités de la prise d'une décision aussi importante<sup>1342</sup>. En pratique, ce vote au Parlement européen n'est pas partisan, il y a au moins un vote positif des deux principaux groupes PPE et PSE, un tel soutien large apparaissant nécessaire pour éviter une trop grande incertitude dans l'adoption des propositions législatives faite par une Commission qui ne disposerait que d'un faible soutien partisan. Le vote du Parlement européen se fait ainsi sur les compétences du candidat pour le poste.

Il est à noter qu'avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'art. 17§7al.1 TFUE prévoit désormais que le Conseil européen propose un candidat "*en tenant compte des élections au Parlement européen, et après avoir procédé aux consultations appropriées*" ; à cet égard José Manuel Barroso qui a été proposé comme candidat à sa succession en 2009 est bien membre du PPE qui est arrivé en tête aux élections européennes. On ne peut comme on le voit déduire de cette modification des traités un gouvernement formé par une coalition au sein de laquelle le principal parti, arrivé en tête aux élections européennes, aurait la présidence. Le choix des commissaires n'est pas issu d'un accord de coalition, mais l'image des partis représentés au sein des Etats. Le seul impact de cette disposition introduite par le Traité de Lisbonne est qu'il est possible d'imaginer une majorité de commissaires de gauche, avec un Président de droite en cas de différence au niveau des partis majoritairement au pouvoir dans les Etats et du parti ayant remporté les élections européennes. Une telle modification ne permet pas de provoquer une plus grande participation aux élections européennes car le candidat reste choisi par les Etats. On pourrait par contre imaginer un impact si le candidat était choisi par les partis, et si les candidats des différents partis étaient connus avant le scrutin, car même si la Commission européenne reste un collège multipartisan, les pouvoirs de son Président sont importants, son leadership a un impact significatif sur l'action de la Commission, sur la place jouée par cette dernière grâce à sa participation au Conseil européen, comme on l'a vu sous la présidence Delors. Toutefois pour le moment les Etats ne sont pas prêts à laisser échapper le

<sup>1340</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.182.

<sup>1341</sup> *Ibid.*, p.182.

<sup>1342</sup> Souligné par : PERTEK (J.), Article I-26 (*op.cit.* note 1336), p.358.

pouvoir de détermination du candidat. En outre, une telle désignation des candidats supposerait qu'un cadre commun plus strict soit imposé lors des élections européennes aux partis dans les Etats membres.

Pour ce qui concerne le collège des commissaires, le Parlement européen nouvellement élu au suffrage universel direct a, dès une résolution de 1980, déclaré qu'il procéderait à l'investiture de la Commission, même si cela n'était pas prévu par les traités. La Commission Thorn, entrée en fonction en 1981, s'est pliée à cette procédure qui a été reconnue officiellement par la déclaration solennelle du Conseil européen de Stuttgart de 1983 sur l'UE<sup>1343</sup>. Il faudra toutefois attendre le Traité de Maastricht pour que la nomination de la Commission soit soumise sur la base des traités à un vote d'approbation du Parlement européen, et pour que la durée des mandats de la Commission et du Parlement concorde, cinq ans, alors qu'auparavant le mandat de la Commission était de quatre ans. Selon l'art.17§7 al.3 TUE (214§2 al.3 CE), le collège des commissaires, comprenant notamment le Haut représentant et le Président, doivent faire l'objet d'un vote d'approbation par le Parlement européen. L'art.17§7 al.3 TUE ne précise pas la majorité qui doit être ici appliquée, contrairement à la précision apportée dans le cas de l'élection du Président, l'art.106§5 RIPE conserve ainsi le vote à la majorité des suffrages exprimés, ce qui peut apparaître un étrange décalage avec la nécessité de majorité des membres du Parlement européen requise pour l'élection du Président de la Commission.

Des auditions des candidats aux postes de commissaire devant la ou les commissions relevant du domaine de compétence du poste de commissaire ont été mises en place unilatéralement par le Parlement européen. Aucune base juridique n'existait dans les traités, mais le président de la Commission qui avait été alors désigné, Jacques Santer, a soutenu la pratique des auditions afin d' "amadouer" un Parlement européen qui était hostile à sa nomination<sup>1344</sup>. On retrouve une illustration de l'absence de caractère partisan avec les auditions et le vote d'approbation du collège par le Parlement européen, les députés faisant uniquement pressions pour écarter des membres dont ils jugent que la candidature est incompatible avec le but d'intérêt général que doit poursuivre la Commission et les capacités requises pour occuper le poste de commissaire concerné. Olivier Costa note ainsi que "*l'audition des membres de la Commission Prodi révéla une nette tendance des parlementaires à se focaliser, non pas sur le programme politique des candidats, mais sur leurs compétences techniques, leurs dispositions à collaborer avec le Parlement européen et leur « probité »*"<sup>1345</sup>. Le Parlement européen peut pousser à ce qu'un Etat remplace le candidat au poste de commissaire qu'il avait proposé en menaçant de ne pas valider la formation de la Commission. On pourrait à ce stade également en théorie imaginer une pression du Parlement européen concernant le poste de Haut représentant à la procédure de nomination duquel il n'a pas pu participer. Le poids du Parlement européen sur les candidats à la première Commission Barroso a été loin d'être négligeable. Il a insisté pour que Neelie Kroes abandonne toutes ses responsabilités dans des sociétés afin d'assurer l'absence de conflits d'intérêts potentiels, et des arrangements ont été pris pour qu'elle passe les affaires concernant ces entreprises à un autre commissaire<sup>1346</sup>. José-Manuel Barroso a été ensuite obligé de nommer Andris Pielbargs au lieu de Ingrida Udre comme commissaire de nationalité lettone et de transférer Laslo Kovacs de l'énergie au portefeuille fiscalité et union douanière<sup>1347</sup>. Mais le cas le plus marquant est celui du commissaire de nationalité italienne, puisque le gouvernement Berlusconi a dû proposer un autre candidat suite à l'audition de Rocco Buttiglione par la commission du Parlement européen sur les libertés, le rôle de sa présidence d'alors, Jean-Louis Bourlanges, étant à cet égard à souligner. Pour ce qui est de la seconde

<sup>1343</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.182.

<sup>1344</sup> SPENCE (D.), *The President, the College and the cabinets*, p.31 ; ROLAND (S.), *Le triangle...*(*op.cit.* note 737), p.182. Actuellement prévues par l'art.106 §2 RIPE en combinaison avec annexe XVII)

<sup>1345</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.184.

<sup>1346</sup> Cf. : SPENCE (D.), *The President...*(*op.cit.* note 1060), p.36.

<sup>1347</sup> *Ibid.*, p.37.



Commission Barroso, il est à noter que le Parlement européen est parvenu à faire remplacer le commissaire de nationalité bulgare Rumiana Jeleva par Kristalina Georgieva<sup>1348</sup>. Dans tous les cas, le Parlement européen ne peut toutefois pas remplacer lui-même les candidats, c'est un pouvoir d'empêchement et non de codécision. A cet égard, la Convention sur l'avenir de l'Europe avait, dans le projet initial de Traité-constitutionnel non modifié par la CIG, proposé que le président de la Commission puisse choisir chaque commissaire sur une liste de trois personnes présentée par chacun des Etats membres (art. 26§2), ce qui aurait augmenté le pouvoir du Parlement européen sur le choix des commissaires. Déjà lors de la CIG d'Amsterdam, les députés européens avaient en vain demandé qu'une liste de candidats commissaires leur soit proposée afin de pouvoir éliminer les candidats ne satisfaisant pas les attentes de la majorité des parlementaires à la suite des auditions menées<sup>1349</sup>.

Enfin, la Commission ayant reçu l'approbation du Parlement européen est nommée par le Conseil européen à la majorité qualifiée. Etant donné que le Conseil est en amont, ce vote final est plutôt symbolique, affirmant la place centrale des Etats dans la nomination de la Commission. Dans une contribution à la Convention sur l'avenir de l'Europe, la Commission avait proposé un rééquilibrage dans le processus de son élection entre le Conseil européen et le Parlement européen qui n'a pas été reprise. Le Président de la Commission aurait été élu par le Parlement européen et approuvé *a posteriori* par le Conseil européen, puis les autres membres de la Commission auraient été désignés par ce dernier en accord avec le Président de la Commission avant un vote d'approbation par le Parlement européen<sup>1350</sup>.

**1044.** Il est à noter que le remplacement des commissaires démissionnaires ou empêchés se fait par décision du Conseil à la majorité qualifiée d'un commun accord avec le Président de la Commission, le Parlement européen n'ayant qu'un pouvoir de consultation (art.246§1 TFUE (215§2 CE)). L'absence de pouvoir donné au Parlement européen dans ce contexte semble dictée par la responsabilité collégiale de la Commission. Dans le cas du Haut représentant, il n'est même pas consulté (art.18§1 TUE lu en combinaison avec l'art.246§5 TFUE). Ainsi le seul moyen de s'opposer au remplacement d'un membre de la Commission serait une menace de censure. Par contre, le Président de la Commission, est en vertu du parallélisme des procédures à nouveau désigné sur la base de l'art.17§7 TUE (214§2 CE) et donc avec l'approbation du Parlement européen.

#### **b) La responsabilité politique collégiale et individuelle des commissaires**

**1045.** Contrairement au pouvoir d'approbation de la Commission, la responsabilité de la Commission devant le Parlement européen existe dès l'origine des traités (art.144 CEE (201 CE ; 234 TFUE)). Une motion de censure doit réunir la majorité des deux tiers des suffrages exprimés et la majorité des membres de l'assemblée pour être adoptée. L'accord-cadre sur les relations entre le Parlement européen et la Commission européenne de 2010 précise les conditions de la responsabilité politique de la Commission<sup>1351</sup>.

La Commission et plusieurs contributions de membres de la Convention sur l'avenir de l'Europe ont proposé que le Conseil européen obtienne le pouvoir de la censurer, tout comme le

<sup>1348</sup> Rumiana Jeleva s'en va, Kristalina Georgieva s'en charge, *Touteleurope*, 20 janvier 2010 :

[http://www.touteleurope.eu/index.php?id=2778&cmd=FICHE&uid=4124&no\\_cache=1](http://www.touteleurope.eu/index.php?id=2778&cmd=FICHE&uid=4124&no_cache=1). La candidate bulgare mord la poussière au Parlement, *euractiv*, 13 janvier 2010 :

<http://www.euractiv.com/fr/avenir-europe/candidate-bulgare-mord-poussiere-parlement/article-188811>.

<sup>1349</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 744), pp.183-184.

<sup>1350</sup> COMMISSION EUROPEENNE, Pour l'Union européenne : paix, liberté, solidarité. Communication sur l'architecture institutionnelle, COM (2002) 728 final, 4 décembre 2002, p.18, pt.2.3.1.

<sup>1351</sup> *JOUE*, n°L 304 du 20.11.2010, p.47. On retrouve reproduit dans l'annexe XIV RIPE les éléments de responsabilité politique posés.



Parlement européen<sup>1352</sup>. Emile Noël, ancien secrétaire général de la Commission, défend également cette position dans un article de 1996, affirmant que le dialogue Conseil-Commission, important depuis l'origine, ne devait pas être affaibli par le dialogue Conseil-Parlement, et qu'une responsabilité devant le Conseil européen permettrait de parler à égalité<sup>1353</sup>. Mais cette proposition n'a pas été reprise.

**1046.** L'absence de considération partisane du Parlement européen dans cette procédure ajoutée au poids des Etats dans la nomination fait que la censure ne semble pouvoir aboutir que s'il y a blocage du système et non sur la base d'une divergence partisane<sup>1354</sup>. Une censure ne peut entraîner une modification de la composition partisane de la Commission, sauf à la marge compte tenu des changements de gouvernement dans les Etats, et il n'est pas dans l'intérêt du Parlement de l'affaiblir par rapport au Conseil, si bien que la censure ne peut être qu'une ultime solution<sup>1355</sup>. En effet, s'il y a eu évolution des pouvoirs du Parlement européen conduisant à des intérêts divergents de ceux de la Commission concernant le choix de la base juridique d'un acte, ces deux institutions "*continuent de partager une vision proche de l'architecture de l'UE, qui contribue à rendre assez improbable l'utilisation du mécanisme de la censure tel qu'il a été prévu par les traités*"<sup>1356</sup>.

Il y a eu plusieurs tentatives de motions de censure, mais pour la plupart minoritaires, venant des eurosceptiques, voire d'extrémistes<sup>1357</sup>. Deux motions de censures en lien avec la PAC ont été déposées avant l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct en 1979, elles ont obtenu dans les deux cas moins de 20 voix. Deux motions de censure ont été ensuite déposées par le groupe d'extrême droite en 1990 et 1991 avec aussi moins de 20 voix. En 1992 la motion visait à sanctionner la position défendue par la Commission lors des négociations du GATT et a été rejetée par 246 voix contre 96. En 1997, une motion de censure visant la mauvaise gestion de la crise de la "vache folle" est rejetée par 326 voix contre 118. Enfin en 2004, une motion de censure a été initiée afin de sanctionner la gestion de l'affaire Eurostat, du nom de l'office de statistique européen. En 2003, des révélations concernant des pratiques douteuses à Eurostat avait conduit Romano Prodi à remplacer son directeur général et divers hauts fonctionnaires qui y travaillaient<sup>1358</sup>. L'affaire s'est révélée *a posteriori* avoir été exagérée et récupérée par les eurosceptiques pour déstabiliser la Commission, la motion a reçu 88 votes pour et 515 votes contre.

La seule motion de censure ayant donné lieu à un vote serré, avec 293 voix contre, 232 pour, et 27 abstentions, est celle de 1999. Plusieurs reproches étaient faits à différents membres de la Commission et le Parlement européen avait utilisé le vote sur la décharge du budget de 1996 pour le manifester. Face au refus de décharge et aux conditions strictes posées pour un éventuel accord, la Commission répond que le Parlement européen doit clarifier la situation en adoptant le cas échéant une motion de censure<sup>1359</sup>. Deux motions de censure sont alors déposées,

---

<sup>1352</sup> COM (2002) 728 final, p.18, pt.2.3.1. Voir aussi en ce sens : NOËL (E.), La Commission européenne dans la perspective de la Conférence Intergouvernementale de 1996, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), L'Union...(*op.cit.* note 1093), p.73.

<sup>1353</sup> *Ibid.*, p.75.

<sup>1354</sup> En ce sens : LEQUESNE (C.), RIVAUD (P.), Les comités d'experts indépendants : l'expertise au service d'une démocratie supranationale ?, *Revue française de science politique*, 2001, vol.51 n°6, p.869. Les auteurs parle d' "*incompatibilité structurelle*" au regard de la configuration politique.

<sup>1355</sup> En ce sens : COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.180. CONSTANTINESCO (V.), La responsabilité de la Commission européenne. La crise de 1999, *Pouvoirs*, janvier 2000, n°92, p.120.

<sup>1356</sup> LEQUESNE (C.), RIVAUD (P.), Les comités...(*op.cit.* note 1354), p.870.

<sup>1357</sup> COSTA (O.), *Le parlement...*(*op.cit.* note 744), p.62 ; Voir le document d'août 2011 publié sur le Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe répertoriant les motions de censure depuis 1979 :

[http://www.ena.lu/motions\\_censure\\_presentees\\_election\\_directe\\_parlement\\_europeen\\_1979-012100074.html](http://www.ena.lu/motions_censure_presentees_election_directe_parlement_europeen_1979-012100074.html).

<sup>1358</sup> Scandal may topple Prodi's team, *International Herald Tribune*, 7 August 2003.

<sup>1359</sup> SPENCE (D.), The President...(*op.cit.* note 1060), p.41.



dont l'une soutenue par les différents groupes politiques représentés au Parlement européen qui a été la seule finalement présentée au vote<sup>1360</sup>. Cela soulignait que cette motion de censure contre la Commission Santer n'était pas partisane mais marquée par la volonté de permettre au système institutionnel communautaire de fonctionner à nouveau. Christian Lequesne et Philippe Rivaud soulignent que la nationalité des députés a joué un rôle important dans le vote de la motion. En effet, alors qu'étaient notamment visés indirectement par cette motion la commissaire française socialiste Edith Cresson et le commissaire espagnol socialiste Manuel Marin, ils rapportent que l'ensemble des députés espagnols et la moitié des députés français du groupe PPE/DE ont voté contre "*par solidarité nationale*", et en déduisent que le principe d'une motion de censure est "*incompatible avec la faible transnationalisation partisane au sein du Parlement européen*"<sup>1361</sup>. Quelques jours après l'échec du vote de la censure, le 14 janvier, le Parlement européen a adopté une résolution prévoyant la mise en place d'un comité d'experts indépendants<sup>1362</sup>. L'établissement de ce comité chargé d'établir "*une responsabilité à la fois technique (« mauvaise gestion ») et morale (« fraude » et « népotisme ») de la Commission*" avait été justifié par la difficulté à faire un tel constat par le biais des modes de contrôle classiques<sup>1363</sup>. Mais ce recours à un organe extérieur a été vu comme "*le résultat direct de l'incapacité du Parlement européen à mettre en œuvre les mécanismes formels du contrôle parlementaire que sont la censure ou les commissions d'enquête parlementaires*"<sup>1364</sup>. Finalement, la Commission Santer a démissionné. Dans ce cadre, Jean Joana et Andy Smith soulignent qu'Edith Cresson a poussé à ce que le principe de responsabilité collective du collège soit effectivement mis en œuvre<sup>1365</sup>. Ils précisent également que le Président Santer s'est révélé faible car il ne bénéficiait pas d'un réseau pour le soutenir au sein des institutions en raison de la taille restreinte de son Etat d'origine. Enfin, Jean Joana et Andy Smith relèvent qu'il n'a pas su évaluer la détermination des députés européens à renverser sa Commission ainsi que la réticence des dirigeants français à laisser un commissaire de nationalité française démissionner seul.

La censure de l'ensemble de la Commission apparaît disproportionnée quand un ou quelques commissaires posent uniquement problème, David Spence soulignant que si la Commission Santer était restée en place jusqu'à la fin de son mandat, on se serait souvenu de ses réformes et de ses autres succès, comme l'introduction de l'euro ou le début des pré-négociations sur l'élargissement<sup>1366</sup>. Certains députés avaient pour cette raison proposé de déposer une résolution menaçant d'une censure si les commissaires ne démissionnaient pas dans un tel cas<sup>1367</sup>. A cet égard cela aurait été à l'encontre des systèmes parlementaires dans lesquels le Parlement n'a le pouvoir que de censurer l'ensemble du gouvernement et non un ministre, la solution passant par le Premier ministre qui peut toujours demander la démission d'un de ses ministres. Mais la comparaison trouve sa limite avec la configuration particulière de la Commission. La collégialité pourrait ensuite être évoquée, mais une exception peut être justifiée quand un ou seulement quelques commissaires posent problème. A cet égard, le Parlement européen affirmait, dans une résolution du 15 avril 1999 qui faisait suite à la démission de la Commission Santer, la nécessité de "*garantir un juste équilibre entre la responsabilité collective et la responsabilité individuelle au sein de la Commission*"<sup>1368</sup>, estimant que la

<sup>1360</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 744), p.181.

<sup>1361</sup> LEQUESNE (C.), RIVAUD (P.), *Les comités...* (op.cit. note 1354), p.869.

<sup>1362</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur l'amélioration de la gestion financière de la Commission du 14 janvier 1999, B4-0065, 0109 et 0110/99, *JOCE*, n°C 104 du 10 avril 1999, p.106, pt.1.

<sup>1363</sup> LEQUESNE (C.), RIVAUD (P.), *Les comités...* (op.cit. note 1354), p.874.

<sup>1364</sup> CONSTANTINESCO (V.), *La responsabilité...* (op.cit. note 1355), p. 124.

<sup>1365</sup> *Ibid.*, pp.229-231.

<sup>1366</sup> SPENCE (D.), *The President...* (op.cit. note 1060), p.41.

<sup>1367</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (op.cit. note 744), p.180.

<sup>1368</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur l'amélioration du fonctionnement des institutions sans modification



responsabilité collective "ne saurait servir de prétexte pour dispenser un commissaire d'assumer les conséquences non seulement de toute faute qu'il aurait pu commettre mais aussi d'une gestion incompétente ou négligente dans son domaine de responsabilité"<sup>1369</sup>.

Avec le Traité de Lisbonne, on cherche à renforcer la responsabilité individuelle des commissaires, à éviter la démission collective pour les fautes d'un membre comme dans le cas d'Edith Cresson, en donnant un pouvoir au Président de la Commission de demander la démission d'un commissaire. Le problème est certes que l'Etat d'origine du commissaire concerné pourrait toujours chercher à faire pression sur le Président de la Commission pour qu'il renonce à cette demande. Mais face à un risque de censure de la Commission à cause d'un ou plusieurs commissaires, le Président n'aurait aucune raison de ne pas agir. Au-delà, si le Parlement européen ne peut censurer individuellement les commissaires, ces deniers peuvent toutefois se voir demander de rendre des comptes pour leur politique devant des commissions ou en séance plénière du Parlement européen, et de plus en plus souvent, les députés européens placent des fonds opérationnels dans une "réserve", et ne les libère que quand des concessions politiques sont faites<sup>1370</sup>.

**1047.** La menace de censure peut également être utilisée pour faire pression sur la Commission. Ainsi en 1972, une motion de censure a été déposée puis retirée parce que la Commission s'était engagée à proposer un renforcement des pouvoirs budgétaires du Parlement que ce dernier réclame. De même, à la suite de vacances de José Manuel Barroso passées avec un gros armateur grec de ses anciens amis, des rumeurs de menaces de censure ont commencé à se répandre et l'eurodéputé Daniel Cohn Bendit, avec d'autres parlementaires européens, lui a demandé de transférer à Jacques Barrot, en charge des transports, les dossiers concernant les bateaux qu'il s'était réservé<sup>1371</sup>. Mais c'est une résolution du 19 février 1997<sup>1372</sup>, qualifiée de "motion de censure conditionnelle"<sup>1373</sup>, qui est allée le plus loin dans l'exercice d'une pression sur la Commission. Cette résolution était la réaction du Parlement européen au rapport d'une commission d'enquête sur la crise de la vache folle<sup>1374</sup> qu'il avait mise en place en juillet 1996. Des négligences dans le traitement de cette crise par la Commission y étaient notamment soulignées. La question de "comment on gouverne" était ainsi directement posée<sup>1375</sup>, question à laquelle le livre blanc sur une meilleure gouvernance de 2001 visera à répondre par la suite. Le Parlement européen exigeait que la Commission lui présente au plus tard en novembre 1997 un rapport sur les mesures prises en vue de donner suite à ses recommandations, à défaut de quoi une motion de censure serait déposée. Il demandait notamment que les comités scientifiques et vétérinaires qui fournissent des avis à la Commission européenne ne soient pas tous rattachés à la DG agriculture, que la santé ne soit pas vue par cette seule perspective. Il exigeait également une révision de l'accord interinstitutionnel régissant le fonctionnement des commissions

---

du traité, A4-0158/99, *JOCE*, n°C 219 du 30 juillet 1999, p.427, pt.C.

<sup>1369</sup> *Ibid.*, pt.7.

<sup>1370</sup> SPENCE (D.), *The President...* (*op.cit.* note 1060), p.40. Voir aussi à ce sujet : *supra* §2 A 1).

<sup>1371</sup> Barroso told to reassign his shipping portfolios, *European Voice*, 4-11 mai 2005.

<sup>1372</sup> PARLEMENT EUROPEEN, Résolution sur les conclusions de la commission temporaire d'enquête sur l'ESB du 19 février 1997, *JOCE*, n°C 85 du 13 mars 1997, p.61.

<sup>1373</sup> BLUMANN (C.), ADAM (V.), *La PAC dans la tourmente : la crise de la vache folle*, *RTDE*, avr.-juin 1997, vol.33 n°2, pp.285-286.

<sup>1374</sup> Ce rapport dénonçait le fait que le RU n'avait pas pris suffisamment tôt les mesures de précaution nécessaires, et qu'il n'avait pas averti ses partenaires et la Commission du danger que comportait l'utilisation des farines animales alors que dès 1988, des scientifiques britanniques avaient découvert que des bovins atteints de l'ESB avaient été exposés à l'agent de la tremblante des moutons par l'intermédiaire de farines faite à partir de carcasses de moutons. Il soulevait en outre le problème de l'impartialité dans le traitement du dossier au niveau européen, soulignant une omniprésence des fonctionnaires et experts britanniques dans les services qui en étaient chargés. Enfin, le rapport invitait la Commission à initier un recours en manquement contre le RU pour sa non coopération pendant l'enquête. Sur ces points voir : *Ibid.*, pp.283-284.

<sup>1375</sup> *Ibid.*, p.282.



d'enquête parlementaire pour inclure un système de sanction contre les Etats ou institutions qui refusent de participer à leurs travaux. Cette menace a conduit à un affaiblissement de la Commission qui a dû souscrire à de nombreux engagements, et l'on s'est demandé si l'équilibre institutionnel n'était pas enfreint étant donné que la motion de censure était un instrument à utiliser *a posteriori*<sup>1376</sup>.

**1048.** Dans le cas allemand, il est intéressant d'étudier le cadre et la pratique sous le Second Empire car on retrouve la différence entre un Bundesrat défendant les Etats et un Reichstag représentant les citoyens allemands connaissant une répartition de ses membres selon une base partisane. Nous avons indiqué que le Chancelier ne pouvait être renversé par le Reichstag, que l'Empereur était libre dans l'exercice des pouvoirs de nomination et de renvoi du Chancelier (art.15 RV). Les libéraux ne sont pas parvenus à une responsabilité complète du Chancelier devant le Reichstag car ce dernier n'a pas le pouvoir d'adopter une motion de censure<sup>1377</sup>. Une évolution vers un parlementarisme à l'anglaise a été stoppée par la Grande dépression débutée en 1873<sup>1378</sup>. En outre, le Bundesrat a joué un rôle d' "obstacle à la parlementarisation du régime"<sup>1379</sup> : Bismarck le justifiait officiellement car la démocratie et le parlementarisme auraient selon lui joué un rôle d'unification contre lequel devait jouer le Bundesrat, mais il a en pratique également eu un rôle de défense de la Monarchie. Ainsi, Olivier Beaud écrit qu'il serait "naïf d'affirmer que cette représentation, au niveau fédéral, des exécutifs fédérés s'expliquait par le fait que les Etats membres participaient à l'administration fédérale et avaient besoin d'être associés à la conduite de l'Etat fédéral"<sup>1380</sup>. Hans Boldt souligne à cet égard que le Chancelier ou les ministres fédéraux se présentaient devant le Reichstag non comme membres du gouvernement impérial mais comme membres du Bundesrat ce qui renforçait le caractère gouvernemental du Bundesrat, ce dernier étant surtout un moyen de cacher le gouvernement réel<sup>1381</sup>. Toutefois, par le refus du vote d'une loi, du budget, des pétitions, des interpellations le Reichstag pouvait exercer un certain pouvoir de pression sur le Chancelier<sup>1382</sup>. Ernst Rudolf Huber qualifie ainsi de durs les combats parlementaires sous Bismarck et ses successeurs. En pratique, il y avait une obligation du Chancelier d'être présent si le Reichstag le demandait même si rien ne le prévoyait dans la Constitution ; Ernst Rudolf précise en outre que le public suivait les débats parlementaires dans la presse, si bien qu'une défaite du gouvernement dans le cadre d'une interpellation était évidente même sans vote pour la conclure. Il ajoute que, dans les cas de dissolution, "c'était une manifestation de l'effectivité de la responsabilité du chancelier que dans les situations de crise la victoire électorale de l'opposition pouvait devenir un élément contribuant à un changement de chancelier"<sup>1383</sup>.

En Suisse, le Conseil fédéral sort renforcé de son indépendance du Parlement<sup>1384</sup>, d'autant que ce dernier a peu de ressources, limitant ses capacités de contrôle du Conseil fédéral, et qu'il ne joue donc largement qu'un "rôle de caisse d'enregistrement"<sup>1385</sup>. En outre, on constate un

---

<sup>1376</sup> *Ibid.*, p.286.

<sup>1377</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 775), p.170 et p.177.

<sup>1378</sup> *Ibid.*, p.186.

<sup>1379</sup> BEAUD (O.), *Théorie...*(*op.cit.* note 740), p.410.

<sup>1380</sup> *Ibid.*, p.410 note 4.

<sup>1381</sup> BOLDT (H.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 775), pp.181-182.

<sup>1382</sup> HUBER (E. R.), *Deutsche...*(*op.cit.* note 771), *Bd.III*, p.899 et pp.901-902 ; BOLDT (H.), *Ibid.*, p.177.

<sup>1383</sup> HUBER (E. R.), *Ibid.*, p.900.

<sup>1384</sup> KRIESI (H.), *Le système politique suisse*, Paris, Economica, 1998, p.201 ; SALADIN (P.), *Probleme des Kollegialitätsprinzips*, *RDS*,1985, n°1, p.277 ; UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip : seine Grundsätze und Konkretisierungen im Bereiche von Regierung und Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Bundesrates*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, pp.90-91.

<sup>1385</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...*(*op.cit.* note 1139), pp.97-98 ; dans le même sens KRIESI (H.), *Le gouvernement en mutation : concordance et réforme gouvernementale au niveau fédéral : les perspectives*, in :



affaiblissement du rôle du Parlement du fait de la culture du compromis, la phase préparlementaire servant à trouver un consensus qui rétrécit d'autant les débats au Parlement<sup>1386</sup>. Même si le Conseil fédéral est dans une situation paradoxale qui voit son pouvoir limité par le trop grand nombre de fonctions qu'il exerce et qui engendrent une trop grande charge de travail<sup>1387</sup>, il demeure qu'il ne doit faire face qu'à une responsabilité politique limitée en l'absence de pouvoir du Parlement pour le renverser. Le vote de défiance pourrait avoir une forme adaptée au système suisse, mais le principal problème de cette solution est le danger d'instabilité politique<sup>1388</sup>, si l'on songe notamment au caractère essentiellement "local" des partis, et à la faible discipline partisane qui en découle. La principale différence avec le cas de la Commission est que la Commission n'est pas issue d'un accord entre les partis représentés au Parlement européen qui se répartiraient les postes. Le risque d'instabilité n'existe donc pas au niveau européen du fait de l'existence du pouvoir de censure.

La mise en jeu de la responsabilité en Suisse au niveau fédéral est faible et diffuse. Certes il est possible pour les parlementaires de critiquer les conseillers fédéraux et de leur demander de se justifier, mais seules des sanctions indirectes et pressions à la démission sont envisageables<sup>1389</sup>. Il y a des possibilités de critiques de l'action des conseillers fédéraux grâce aux actes de planification politique (lignes politiques directrices du gouvernement, plan de finance,...), aux rapports de gestion, et aux réponses aux questions des parlementaires<sup>1390</sup>. Mais le rejet d'un projet de loi n'entraîne pas l'affaiblissement du conseiller fédéral l'ayant défendu ou *a fortiori* du Conseil fédéral dans son ensemble, contrairement au système parlementaire où le soutien des projets gouvernementaux au Parlement est primordial ; de même un échec lors d'un référendum n'affaiblit pas le Conseil fédéral alors qu'il affaiblit généralement les gouvernements qui y recourent<sup>1391</sup>. La démission d'un conseiller fédéral dans un tel cas a pu même être critiquée<sup>1392</sup>.

Il reste alors la nomination du Conseil fédéral, le seul moment où le Parlement est libre, mais le système de vote individuel empêche une responsabilité politique du collège<sup>1393</sup>. Les conseillers fédéraux sont responsables pour la direction de leur département, l'élection individuelle souligne lors de la réélection l'aspect département et renforce la responsabilité individuelle, sachant qu'ils sont évalués pour l'essentiel sur leurs qualités de chef de département, et leur respect de la collégialité<sup>1394</sup>. La confidentialité et la solidarité servent certes à renforcer la responsabilité collective en ce qu'ils ne permettent pas de porter à la connaissance du public les contributions des différents membres du collège, mais il s'agit d'une image idéalisée car les médias ont tendance à lier une décision à l'un des membres du collège<sup>1395</sup>. La sanction se traduit par la non réélection ou une réélection avec une faible majorité<sup>1396</sup>. Les cas de non réélection sont rares. Il n'y en a eu que deux cas au XIX<sup>e</sup> siècle, et depuis, on relève le remplacement de la PDC Ruth Metzler-Arnold par l'UDC Christophe Blocher en 2003 due à

---

EMERY (Y.) (éd.), *L'administration dans tous ses états : réalisations et conséquences : Grossbaustelle Verwaltung : Bilanzen und Ausblicke*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2000, p.65

<sup>1386</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Ibid.*, p.115.

<sup>1387</sup> KRIESI (H.), *Le gouvernement...*(*op.cit.* note 1385), p.66.

<sup>1388</sup> EHRENZELLER (B.), *Kollegialität und politische Verantwortlichkeit im schweizerischen Konkordanzsystem*, *ZBl*, 1999, Vol.100 n°3, p.162.

<sup>1389</sup> *Ibid.*, p.155 et note 45.

<sup>1390</sup> SALADIN (P.), *Probleme...*(*op.cit.* note 1384), p.277. Voir aussi : COUCHEPIN (F.), *Coordination des actes d'un gouvernement collégial*, *Pouvoirs*, 1987, n°43, p.66.

<sup>1391</sup> LUZIUS (M.), *Bundesrat...*(*op.cit.* note 1112), p.1049 ; COUCHEPIN (F.), *Ibid.*, p.65 note 2.

<sup>1392</sup> COUCHEPIN (F.), *Ibid.*, p.65 note 2.

<sup>1393</sup> EHRENZELLER (B.), *Kollegialität...*(*op.cit.* note 1388), p.162.

<sup>1394</sup> BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 1069), p.27.

<sup>1395</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...*(*op.cit.* note 1384), pp.56-57.

<sup>1396</sup> COUCHEPIN (F.), *Coordination...*(*op.cit.* note 1390), p.66 ; BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 1069), pp.27-28.

l'augmentation du poids de l'UDC à l'Assemblée fédérale, et la non réélection de ce dernier en 2007 qui s'explique par le reproche de violation de ses obligations de solidarité collégiale.

## 2) *Le modèle de la démocratie consociative suisse*

**1049.** Le respect de la diversité fait partie de l'identité des Fédérations. Dans le cas suisse, on a dû "*pour accompagner toute la richesse institutionnelle, sociologique et spirituelle du pays, [...] développer tout un système d'une extraordinaire complexité, marqué par un sens aigu du consensus et du pragmatisme*"<sup>1397</sup>. Denis de Rougemont affirmait qu' "*à la base du fédéralisme tel qu'il est pratiqué dans ce pays, il y a le sens du compromis vital, il y a la conviction qu'une solution boiteuse, acceptée par la majorité et finalement ralliée par la minorité, vaut mieux qu'une guerre même gagnée, vaut mieux enfin qu'une victoire acquise au prix d'une division durable entre les membres de l'alliance*"<sup>1398</sup>.

L'élection du Conseil fédéral qui procède d'un vote de la réunion des deux chambres formant l'Assemblée fédérale à la majorité absolue des voix (art.175 §2 CS (art.96 aCS 1874 ; 84 aCS 1848)) s'est peu à peu transformée sous l'influence du référendum législatif facultatif introduit dans la Constitution en 1874, jusqu'à conduire à une répartition des postes entre les principaux partis représentés à l'Assemblée fédérale. Ce modèle de démocratie consociative (a) fait cependant l'objet d'un certain nombre de critiques (b).

### a) *La mise en œuvre du modèle consociatif en Suisse et son fondement théorique*

**1050.** Arend Lipjhart, théoricien de la démocratie consociative propose une conceptualisation de l'alternative au système majoritaire en 1968. Dans le modèle de cet auteur néerlandais, les élites politiques réussissent à se mettre d'accord et à former une structure politique stable malgré la segmentation de la société<sup>1399</sup>. Quand il écrit en 1968, il estime qu'aux Pays-Bas il y a quatre piliers (catholiques, protestants, socialistes et libéraux) qui connaissent chacun une structuration permettant à chaque membre de rester dans une micro société, empêchant la formation d'une identité nationale forte<sup>1400</sup>. Pour lui, les élites des groupes s'accordent sur un certain nombre de règles pour assurer leur coexistence pacifique et notamment la représentation proportionnelle au sein des organes : "*le raisonnement est dépolitisé, il est soit technique, soit légal*", les "*négociations restent secrètes*"<sup>1401</sup>. Il ajoute qu'une condition pour que le système fonctionne est que les citoyens acceptent tacitement cet accord, qu'ils laissent les élites négocier entre elles, ce qui a été valable aux Pays-Bas jusque dans les années 1960<sup>1402</sup>.

Se fondant sur cette théorie, Hanspeter Kriesi fait le parallèle entre le système consociatif dans une société segmentée et le fédéralisme, les deux servant une "*segmentation culturelle tout en contribuant à l'intégration des sous-cultures ainsi protégées dans une communauté nationale plus large*"<sup>1403</sup>. Le fédéralisme est adapté à la diversité linguistique car les cantons sont en général homogènes sur ce plan<sup>1404</sup>. La coordination au sein d'une société en piliers est simple puisqu'il revient à des négociations entre les élites des différents piliers ; dans le fédéralisme, la coordination est plus complexe, et c'est plus particulièrement le cas en Suisse où les partis fédéraux sont très peu homogènes, mais cette complexité donne par la nécessité de coordination

---

<sup>1397</sup> MACHERET (A.), buts et spécificités du droit constitutionnel suisse, in : AUBERT (J.-F.), PAUL MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht...* (op.cit. note 1112), p.138.

<sup>1398</sup> ROUGEMONT (D. de), *La Confédération helvétique*, éd. du Rocher Monaco, 1953, p.53.

<sup>1399</sup> KRIESI (H.), *Le système...* (op.cit. note 1384), p.341.

<sup>1400</sup> *Ibid.*, p.324.

<sup>1401</sup> *Ibid.*

<sup>1402</sup> *Ibid.*

<sup>1403</sup> *Ibid.*, p.345.

<sup>1404</sup> *Ibid.*, p.347.



plus de poids aux élites politiques<sup>1405</sup>. En Suisse, la démocratie directe est à la fois condition et limite de ces négociations. Le système de la démocratie directe s'oppose à la logique consociationnelle puisqu'elle est majoritaire, mais le consensus ne s'obtient pas par la suppression mais la simple neutralisation du système majoritaire comme au sein du Parlement où le vote reste formellement majoritaire<sup>1406</sup>. La démocratie directe renforce alors le consociationalisme, les élites politiques cherchant à contrôler l'imprévu par l'intégration des opposants potentiels aux gouvernements. Les théoriciens du consociationalisme ne voient généralement l'origine des pratiques consociationnelles que dans la segmentation de la société et la pacification des relations par les élites, et pas dans des institutions comme la démocratie directe, mais en agissant contre les élites celle-ci les favorisent par l'intégration des forces contestataires<sup>1407</sup>.

**1051.** Le consociationalisme se traduit en Suisse par une composition stable du Conseil fédéral de 1959 à 2003 : 2 membres pour le PRD, le PDC et le PSS, et 1 membre pour le PAB puis son remplaçant l'UDC. L'expression "formule magique" utilisée pour désigner cette composition est d'abord utilisée ironiquement par un député du parti radical pour dénoncer une pseudo représentation proportionnelle au gouvernement, puis elle est récupérée par les partisans de cette entrée du PSS au gouvernement<sup>1408</sup>. Oscar Mazzoleni et Hervé Rayner notent que des années 1960 au début des années 1990, les partis représentés au Conseil fédéral ne se sont pas affrontés réellement lors des élections, une autolimitation provenant de la volonté de ne pas perdre sa place au Conseil fédéral<sup>1409</sup>. Lorsque des conseillers fédéraux démissionnent la règle de la "libre proportion" ("freie Proporz") est appliquée par la majorité des membres du Parlement appartenant aux partis représentés, un membre du même parti étant élu à sa place<sup>1410</sup>.

Cette règle est fortement déterminée par des facteurs extérieurs. Mathias Heger souligne tout d'abord qu'elle suppose une certaine constellation politique, que l'on retrouve en Suisse, l'absence de partis centraux forts et avec des lignes de tensions qui se croisent<sup>1411</sup>. Ainsi, ce qui est ici justifiable en Suisse, est vu comme un manque de légitimité en Allemagne, qui ne connaît pas une telle construction des partis, comme l'illustre la réforme constitutionnelle de 2006 qui vise notamment à réduire les pouvoirs du Bundesrat pour éviter que le seul recours contre un blocage des lois soit une grande coalition<sup>1412</sup>. Au niveau des Länder de telles coalitions sont certes fréquentes, mais la Cour constitutionnelle allemande a énoncé que la possibilité de majorité alternative était une des conditions d'effectivité du principe démocratique.

Une autre raison de la stabilité du multipartisme est la place du référendum en Suisse, la présence des différents partis empêchant l'obstruction<sup>1413</sup>. L'introduction du référendum législatif facultatif suite à la révision totale de la Constitution fédérale en 1874 a ainsi conduit à l'élection d'un catholique conservateur au Conseil fédéral qui était jusqu'alors dominé par les

---

<sup>1405</sup> *Ibid.*, p.349.

<sup>1406</sup> *Ibid.*, p.350 ; PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...* (*op.cit.* note 1139), p.20.

<sup>1407</sup> KRIESI (H.), *Le système...* (*op.cit.* note 1384), pp.352-353.

<sup>1408</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition gouvernementale durable : émergence, institutionnalisation et crise de la "formule magique" en Suisse (1959-2003)*, Université de Lausanne, Institut d'études politiques et internationales, 2008, p.9. On ne trouve pas la nuance terminologique allemande : puisqu'au début on parle de "magische Formel" (souligne le caractère artificiel), et après de "Zauberformel" à la connotation plus positive.

<sup>1409</sup> *Ibid.*, p.21.

<sup>1410</sup> *Ibid.*, p.22 ; BREITENSTEIN (M.), *Reform...* (*op.cit.* note 1069), p.88 ; BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung und ihre Reform im Werk von René Rhinow*, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie - Regierungsreform – Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag*, p.68.

<sup>1411</sup> HEGER (M.), *Deutscher ...* (*op.cit.* note 738), p.226.

<sup>1412</sup> Sur ce problème du Bundesrat voir : *Ibid.*, pp 219-220.

<sup>1413</sup> *Ibid.*, p.201 ; MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...* (*op.cit.* note 1408), p.14 ; BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...* (*op.cit.* note 1410), p.68 ; BREITENSTEIN (M.), *Reform...* (*op.cit.* note 1069), p.85.



radicaux démocrates, à cause des problèmes d'obstruction. Dans ce contexte, Jean-François Flauss souligne le phénomène de l' "élection tacite" comme "une composant naturelle (et importante) de la démocratie de consensus" qui aurait "l'avantage de faire entrer « en douceur » une force politique contestataire dans les assemblées représentatives dès lors que celles-ci renonc[ent] à une confrontation dans les urnes à partir du moment où les partis dominants dans la circonscription électorale lui concéd[ent] un ou plusieurs sièges, au terme d'une négociation préalable"<sup>1414</sup>.

L'introduction du scrutin à la proportionnelle en 1918 a par ailleurs entraîné la fin de la majorité absolue pour les radicaux au Conseil national, et favorisé une représentation proportionnelle au Conseil fédéral, entraînant l'intégration du PAB futur UDC<sup>1415</sup>. L'expérience de coopération entre partis au niveau cantonal le facilite. Le système directorial existe en effet aussi au niveau municipal et cantonal, et les partis sont donc habitués au compromis, à négocier après les élections entre eux<sup>1416</sup>. Ainsi en 1950, le PSS participait déjà à 16 exécutifs cantonaux avant d'avoir des postes de conseillers fédéraux, de même le PAB était représenté dans huit exécutifs cantonaux avant d'obtenir un siège au niveau du Conseil fédéral<sup>1417</sup>.

Il y a aussi dans ce consociationalisme l'effet de caractères des élites suisses, discrètes, qui ont une propension au consensus, à vouloir éviter le conflit par des négociations secrètes, malgré les divergences d'intérêts<sup>1418</sup>. On comprend mieux le problème posé par Christophe Blocher dirigeant de l'UDC, qui dénote par rapport à cette tradition. Oscar Mazzoleni et Hervé Rayner notent que les dispositifs de concordance "doivent une partie de leur efficacité aux productions symboliques des élites politiques", aux louanges des origines anciennes et des vertus du "consensus helvétique"<sup>1419</sup>. Mathias Heger avance à cet égard un terrain favorable au compromis, l'histoire suisse du XIX<sup>e</sup> siècle qui est jalonnée de la guerre du Sonderbund et de phénomènes proches de guerres civiles<sup>1420</sup>. Si la Confédération suisse de 1848 n'a pas été dès le début une démocratie de concordance, la concordance a ses racines dans le dépassement des oppositions culturelles, confessionnelles, linguistiques, régionales<sup>1421</sup>. Comme illustration du système consociatif, après la guerre du Sonderbund, les radicaux qui l'ont emporté, donnent une partie du pouvoir aux catholiques vaincus<sup>1422</sup>.

On souligne enfin parfois le rôle du bicaméralisme égalitaire dans le consociationalisme<sup>1423</sup>.

**1052.** Un élément pourrait pourtant porter atteinte à l'équilibre de la composition du collège, le caractère individuel de son élection. Toutefois, ce risque est écarté par la pratique. En effet, si l'engagement pris lors des discussions entre les représentants des partis de gouvernement n'était pas respecté par l'un d'entre eux lors de l'élection, celui-ci aurait des répercussions pour l'élection de ses propres conseillers. Il a pu par contre être avancé à l'encontre de l'élection séparée des conseillers fédéraux qu'elle renforçait la tendance à l'individualisation de la responsabilité, la question de la réélection étant beaucoup plus personnalisée, et qu'il

<sup>1414</sup> FLAUSS (J.-F.), L'élection tacite. Retour sur une vraie fausse curiosité du droit constitutionnel suisse, *RFDC*, n°61, 2005, p.15

<sup>1415</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...*(*op.cit.* note 1408), p.15 ; BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...*(*op.cit.* note 1410), p.68 ; BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 1069), p.85.

<sup>1416</sup> SEILER (D.-L.), L'apport de l'expérience suisse, in : BELLET (M. de), SIDJANSKI (D.) (dir.), *L'Union...*(*op.cit.* note 1093), p.123.

<sup>1417</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...*(*op.cit.* note 1408), p.16.

<sup>1418</sup> En ce sens : *Ibid.*, p.7 ; PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...*(*op.cit.* note 1139), p.38.

<sup>1419</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Ibid.*, p.13.

<sup>1420</sup> HEGER (M.), *Deutscher ...*(*op.cit.* note 738), p.233.

<sup>1421</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...*(*op.cit.* note 1410), p.69.

<sup>1422</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...*(*op.cit.* note 1139), p.17.

<sup>1423</sup> BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 1069), p.85 ; BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...*(*op.cit.* note 1410), p.68.



correspondrait donc mieux au sens de l'unité collégiale d'avoir un vote collectif sous la forme d'un vote pour une liste formant le collège ; une pression plus grande s'exercerait sur le principe de collégialité au détriment de la solidarité<sup>1424</sup>. Mais si les conseillers fédéraux ne respectent pas la collégialité, le risque est pour eux de ne pas être réélus.

Les contraintes de ces différents critères laissent peu de marge de manœuvre aux parlementaires pour l'élection des conseillers fédéraux, ce qui joue en défaveur des critères de compétences et contribue à une grande hétérogénéité<sup>1425</sup>. D'un autre côté, l'égalité des conseillers issue de cette diversité permet de fonder une confiance de la base politique représentée, et donc une autorité interne plus importante et une meilleure défense face aux fluctuations de l'opinion publique<sup>1426</sup>.

Il est souvent avancé que l'élection du Conseil fédéral par le Parlement permet de réaliser l'équilibre indiqué en son sein, les partis négociant avant les scrutins afin d'obtenir le soutien des autres partis de gouvernement pour leur(s) candidat(s), ce qui ne serait pas possible dans le cas d'une élection directe<sup>1427</sup>. On remarque toutefois que dans les cantons, en dépit d'une élection directe par le peuple, les gouvernements sont normalement des coalitions entre les principaux partis<sup>1428</sup>, ce qui montre l'imprégnation de la concordance en Suisse. En effet, le second tour est souvent écarté au profit d'un arrangement entre partis permettant une élection tacite des membres, ce qui aboutit au même résultat que si l'élection avait lieu par une assemblée<sup>1429</sup>. Si la différence de sensibilité des partis demeure entre les cantons, il y a par contre eu par rapport à la situation des partis jusque dans les années 1980 présentée ci-dessus une homogénéisation de leur présence sur le territoire fédéral, ce qui a favorisé leur représentation au sein des différents gouvernements des cantons<sup>1430</sup>.

Les conseillers fédéraux sont élus avec le soutien de partis différents du leur, ce qui signifie que l'on attend d'eux que chacun garde une indépendance par rapport à son parti une fois élu, ceci expliquant notamment que ce ne sont normalement pas des membres de premier plan du parti qui sont choisis<sup>1431</sup>. C'est la raison pour laquelle de longues négociations sont nécessaires sur les candidatures ; les scrutins multiples ne sont pas rares et il arrive fréquemment que ce soit un autre candidat que le candidat officiel qui soit élu<sup>1432</sup>. Pour pallier ce problème, les partis présentent parfois plusieurs candidats. Le rejet d'une candidature officielle d'un parti provoque à chaque fois une crise, mais les partis ont intérêt à maintenir leur participation au gouvernement, l'opposition ne leur apportant aucun pouvoir. Ils peuvent en effet de toute façon appeler à voter d'une autre façon que le gouvernement pour des référendums si cela n'est pas trop fréquent et il est donc plus intéressant pour eux de participer au gouvernement pour essayer d'influencer les textes. Le PSS a réfléchi à plusieurs reprises à passer dans l'opposition lorsqu'un candidat dissident était élu, mais il s'est finalement toujours ravisé<sup>1433</sup>. Ainsi, en 1983, la candidate socialiste officielle n'ayant pas été élue, ce qui provoque

<sup>1424</sup> En ce sens : RHINOW (R.), *Regieren unter veränderten Bedingungen*, NZZ, n°157, 10. /11.7.1999, p.59 ; BREITENSTEIN (M.), *Ibid.*, pp.108-109.

<sup>1425</sup> En ce sens : MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...*(*op.cit.* note 1408), p.23 Note 33.

<sup>1426</sup> GUT (W.), *Das Kollegialitätsprinzip*, ZBl, 1989, n°1, p.27.

<sup>1427</sup> Voir en ce sens : BREITENSTEIN (M.), *Reform...*(*op.cit.* note 1069), p.108 ; LUZIUS (M.), *Bundesrat...*(*op.cit.* note 1112), p.1052. Les tentatives d'introduction de l'élection directe au niveau fédéral ont échoué aux référendums de 1900 et 1942.

<sup>1428</sup> Le canton de Berne comporte par exemple un gouvernement de coalition, les membres étant répartis comme suit : PS (3), UDC (1), PBD (1), PLR (1), Verts (1)

<sup>1429</sup> SEILER (D.-L.), *Enjeux...*(*op.cit.* note 1416), p.121. Voir aussi : FLAUSS (J.-F.), *L'élection...*(*op.cit.* note 1414), pp.3-18.

<sup>1430</sup> Voir : *supra* sect.I §3 AB 1) b).

<sup>1431</sup> KRIESI (H.), *Le système...*(*op.cit.* note 1384), p.212.

<sup>1432</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...*(*op.cit.* note 1408), pp.21 et 23.

<sup>1433</sup> *Ibid.*, pp. 23-24 ; SEILER (D.-L.), *Enjeux...*(*op.cit.* note 1416), p.121.



une crise au PSS, le comité central soutenant la fin de la participation au Conseil fédéral. Toutefois, les délégués PSS réunis en congrès se prononcent pour le maintien. Le même schéma se reproduit lors du rejet de la candidature officielle PSS en 1993 et en 1995. En se retirant du gouvernement, un parti perd un pouvoir d'influence. Ainsi la démission de Max Weber en 1953 ne s'est pas traduite par une augmentation des voix pour le PSS et le parti a dû attendre 1959 pour revenir au Conseil fédéral<sup>1434</sup>. Le PSS a, *a contrario*, renforcé son rôle d'opposition après la non élection de sa candidate officielle en 1984, tout en restant au gouvernement<sup>1435</sup>.

Par contre, la réélection ne pose normalement pas problème, la règle est la reconduction<sup>1436</sup>.

**1053.** Le Conseil fédéral ne peut pas se reposer sur une majorité sûre, mais doit rechercher une majorité au cas par cas<sup>1437</sup>. La participation des partis au gouvernement n'empêche en effet pas une opposition à des projets gouvernementaux, surtout lors des referenda<sup>1438</sup>. C'est par ce biais surtout que s'expriment les oppositions. Hanspeter Kriesi estime même que "*la possibilité de s'opposer de cas en cas [...] peut représenter une soupape de sécurité pour l'entente mutuelle*". Mais cela ne peut jouer ce rôle, comme il le reconnaît, que si l'opposition à l'Assemblée fédérale aux projets gouvernementaux n'est pas le fait du même parti de gouvernement, sinon le gouvernement de coalition ne sert plus à rien, son rôle de donner une majorité aux projets gouvernementaux n'étant plus rempli, et que si la coalition d'opposition n'est pas constante selon les referendums. L'opposition occasionnelle d'un parti à la politique du Conseil fédéral ne pose pas de problème, mais si elle devient systématique ou porte sur des thèmes essentiels, comme l'UDC lors du référendum de 1992 sur l'adhésion à l'EEE, cela fait naître des débats sur le maintien de ce parti, celui-ci ne respectant plus les règles implicites de la concordance<sup>1439</sup>. Oscar Mazzoleni et Hervé Rayner relèvent d'une façon générale une évolution profonde qui voit les projets du Conseil fédéral de plus en plus souvent contestés par l'UDC et le PSS, poursuivant que la politique menée par le Conseil fédéral perd de sa crédibilité en raison des dissensions internes de plus en plus nette<sup>1440</sup>.

## b) Les critiques formulées à l'encontre du système de concordance

**1054.** Plusieurs critiques ont été formulées à l'encontre du système de concordance suisse. Elles sont pour une partie d'entre elles proches de celles évoquées dans le cadre européen. Une première porte sur la lenteur du processus de décision, et le peu d'ambition des mesures prises résumées par la formule d'Hugo Loetscher selon laquelle "*si le bon Dieu avait été suisse, il attendrait toujours le bon moment pour créer le monde*"<sup>1441</sup>. René Rhinow<sup>1442</sup> critique quant à lui plutôt l'extension trop importante du principe de concordance. Il estime que les aspects positifs de l'accord entre les groupes principaux et la protection des minorités sont si perfectionnés que l'on n'ose plus gérer la Suisse sans s'être au préalable assuré l'accord de tous les autres. Hanspeter Kriesi va plus loin, ne critiquant pas les dérives mais la logique même du modèle du consociationalisme qu'il considère dépassé. Il estime qu'il ne pouvait s'appliquer que

<sup>1434</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...* (*op.cit.* note 1410), p.70.

<sup>1435</sup> KRIESI (H.), *Le système...* (*op.cit.* note 1384), p.52.

<sup>1436</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...* (*op.cit.* note 1408), pp.21 et 23.

<sup>1437</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...* (*op.cit.* note 1410), p.67.

<sup>1438</sup> KRIESI (H.), *Le système...* (*op.cit.* note 1384), p.215.

<sup>1439</sup> MAZZOLENI (O.), RAYNER (H.), *Une coalition...* (*op.cit.* note 1408), p.28.

<sup>1440</sup> *Ibid.*, pp.28 et 32.

<sup>1441</sup> LOETSCHER (H.), *Wenn der Liebe Gott Schweizer wäre*, in : ID., *Der Waschküchenschlüssel oder Was – wenn Gott Schweizer wäre*, Zürich, Diogenes Verlag, 1983, p.168. Voir aussi pour une critique de cette lenteur : KRIESI (H.), *Le système...* (*op.cit.* note 1384), p.354.

<sup>1442</sup> FDP und CVP müssen stärker zusammenarbeiten, *Finanz und Wirtschaft*, 13. 9. 1997.



dans un système où les masses étaient dociles et structurées autour d'organisations<sup>1443</sup>. Pour lui il y a un décalage trop grand avec la réalité du clivage linguistique visible lors de plusieurs scrutins référendaires, le Tessin et la Suisse romande ayant été plusieurs fois mis en minorité. Dans le cadre des relations internationales, il souligne notamment que le clivage linguistique est important : les romands étant par exemples favorables à une intégration européenne par opposition aux suisses allemands<sup>1444</sup>. Ce clivage pourrait conduire à des tensions internes au système suisse.

Heinrich Ueberwasser souligne quant à lui que la renonciation des partis à mobiliser une majorité pour remporter l'ensemble des sièges du gouvernement ne permet pas de remplacer un accord sur les principes, les valeurs, et les buts des actions de l'Etat ; il indique qu' "un *collège ne doit pas simplement être élu, il doit pouvoir travailler*"<sup>1445</sup>. Yannis Papadopoulos critique également "l'absence d'une direction politique claire et homogène" ainsi que la faible cohésion du gouvernement, et plaide pour l'introduction d'un système parlementaire en Suisse pour forcer les partis gouvernementaux à présenter un programme de coalition<sup>1446</sup>. Il estime que cela permettrait de redonner de l'intérêt aux élections, l'enjeu étant la composition du gouvernement<sup>1447</sup>. Pour lui, "sur toute une série de dimensions, le modèle décision helvétique sur le plan fédéral est beaucoup plus majoritaire que consensuel", et le clivage gauche-droite tend à remplacer les autres clivages tels que la religion ou la langue<sup>1448</sup>. Il souligne qu'au Parlement notamment, les positions prises étaient plus à droite, le compromis avec la gauche minoritaire étant moins recherché et le PSS étant mis en minorité se replie sur l'arme référendaire<sup>1449</sup>. Il voit dans l'augmentation de l'intérêt pour les mécanismes de démocratie directe, et la plus forte participation par rapport aux élections, outre une crise de la représentation, un décalage entre le consensus obtenu et le désir des citoyens, une manifestation de la polarisation accrue du système politique suisse<sup>1450</sup>.

Denise Brühl-Moser relève également que depuis les années 1990 la concurrence entre partis pour les élections est devenue plus intense, soulignant que différents partis ont, contrairement à l'usage en Suisse, recherché un lien plus fort des conseillers fédéraux issus de leurs rangs, et que plusieurs conseillers fédéraux ont participé à la campagne électorale<sup>1451</sup>. Si cette tendance s'affirmait, elle conclut que cela pourrait conduire à une modification du système. Il ne s'agit toutefois pas pour elle de faire un plaidoyer contre le système de concordance contrairement à Yannis Papadopoulos, mais plutôt de mettre en évidence de potentielles incompatibilités entre l'évolution des partis et le maintien de la concordance. Traditionnellement dans le système suisse, l'idée était que les membres du gouvernement étaient moins représentants d'un parti que membre d'une équipe, et que les partis devaient montrer un rapprochement de la politique gouvernementale avant d'entrer au Conseil fédéral, comme le PSS avec la défense du pays ; or, Denise Brühl-Moser indique que l'UDC a demandé un deuxième siège sans faire montre d'appui au contenu de la concordance, passant de la logique de concordance politique au regard du contenu, à une simple concordance arithmétique<sup>1452</sup>. Sur cette base, de 2003 à 2007, un représentant du PDC a été remplacé par un représentant de l'UDC. Si la répartition a été modifiée, le principe de participation des principaux partis au Conseil fédéral a été maintenu, mais il est moins solide que par le passé comme l'illustre la non réélection de Christophe Blocher de l'UDC en 2007 en raison de son

<sup>1443</sup> KRIESI (H.), *Le système...* (op.cit. note 1384), p.356.

<sup>1444</sup> *Ibid.*, pp.358-359.

<sup>1445</sup> UEBERWASSER (H.), *Das Kollegialprinzip...* (op.cit. note 1384), pp. 53-54.

<sup>1446</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...* (op.cit. note 1139), pp.117-118 et p.123.

<sup>1447</sup> *Ibid.*, p.130.

<sup>1448</sup> *Ibid.*, p.163.

<sup>1449</sup> *Ibid.*, p.44 et pp.167-168.

<sup>1450</sup> *Ibid.*, p.42, p.44, et p.170.

<sup>1451</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...* (op.cit. note 1410), p.71.

<sup>1452</sup> *Ibid.*, p.71.



attitude contraire au principe de collégialité au cours de son mandat. Le principe de concordance politique appelle des différences de point de vue et des conflits, mais elle demande aussi leur limitation, des discussions empreintes de respect, et Gerhard Schmid souligne dans ce cadre le problème du renforcement des positions d'opposition de l'UDC<sup>1453</sup>. Suite à cette non réélection, l'UDC a indiqué vouloir aller dans l'opposition, mais ce parti a toujours été en opposition avec les positions du Conseil fédéral et du Parlement sur les questions de politique internationale et européenne, et continue *a contrario* à voter concernant les questions d'impôt, d'économie, de social comme les radicaux (PRD) et les chrétiens démocrates (PDC)<sup>1454</sup>. Il a exclu la section grisonne de l'UDC car celle-ci a soutenu la candidate dissidente Eveline Widmer-Schlumpf élue à la place de Christophe Blocher. Un parti dissident a été créé en 2008 auquel elle a adhéré, le PBD (Parti bourgeois démocratique)<sup>1455</sup>, tout comme l'autre conseiller fédéral UDC, Samuel Schmid. L'UDC se retrouve alors formellement sans conseiller fédéral. Avec la démission Samuel Schmitt, Ueli Maurer est élu candidat officiel UDC fin 2008. A cet égard, Oscar Mazzoleni et Hervé Rayner notent qu' "*aussi paradoxal que cela paraisse, l'expérience de l'UDC montre que pour être un parti d'opposition efficace en Suisse, il faut être au gouvernement*"<sup>1456</sup>. En 2011, Eveline Widmer-Schlumpf est réélue en dépit du poids minime de son parti (autour de 5%). L'UDC n'étant pas parvenue à récupérer un second siège au Conseil fédéral menace à nouveau de passer dans l'opposition<sup>1457</sup>, mais là encore se ravise rapidement<sup>1458</sup>. Deux membres de l'UDC l'indiquent clairement en estimant "*la position actuelle du parti assez confortable*", "*membre du gouvernement mais totalement légitime à faire de l'opposition*"<sup>1459</sup>.

Pour la composition du Conseil fédéral depuis 2007, la question se pose d'un retour à la méthode classique, à savoir rechercher la construction de consensus qualitativement les meilleurs, par opposition à un simple calcul arithmétique<sup>1460</sup>, mais en même temps, cela apparaît plutôt comme une stratégie alliant volonté de ne pas rompre totalement avec l'UDC actuellement premier parti suisse, tout en limitant la participation de membres d'un parti qui joue fortement l'opposition<sup>1461</sup>. Dans le même temps, le PBD est issue de la branche classique de l'UDC quand le parti se trouvait au centre droit, la proximité avec le PDC étant illustrée par les négociations poursuivies entre les deux partis sur un projet avant les élections de 2011<sup>1462</sup>, et le

<sup>1453</sup> SCHMID (G.), Überlegungen zur staatlichen Handlungsfähigkeit und zur Regierungsreform, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie...* (op.cit. note 1410), p.97.

<sup>1454</sup> BRÜHL-MOSER (D.), *Die Regierung...* (op.cit. note 1410), p.70.

<sup>1455</sup> Il a été créé par l'aile traditionnelle, plus modérée de l'UDC, l'UDC ayant subi un virage très conservateur sous la houlette de Christophe Blocher.

<sup>1456</sup> Maurer au Conseil fédéral, l'UDC dans l'opposition, *Tribune de Genève*, 12 octobre 2008 :

<http://www.tdg.ch/actu/suisse/maurer-conseil-federal-udc-opposition-2008-12-10>.

<sup>1457</sup> Assemblée du parti : l'UDC se prononce sur les futures votations, *Swissinfo*, 28 janvier 2012 :

[http://www.swissinfo.ch/fre/nouvelles\\_agence/international/LUDC\\_se\\_prononce\\_sur\\_un\\_eventuel\\_passage\\_dans\\_lopposition.html?cid=32022516](http://www.swissinfo.ch/fre/nouvelles_agence/international/LUDC_se_prononce_sur_un_eventuel_passage_dans_lopposition.html?cid=32022516).

<sup>1458</sup> Comme le résume le journal *Le Temps* par le titre d'un de ses articles : L'UDC n'a jamais vraiment songé à quitter le Conseil fédéral, *Le temps*, 30 janvier 2012 : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/b92f135a-4ab3-11e1-a37f-11c0704c0858>.

<sup>1459</sup> Nous resterons dans le château fort pour le défendre, *La Tribune de Genève*, 27 janvier 2012 :

<http://www.tdg.ch/suisse/Nous-resterons-dans-le-chateau-fort-pour-le-defendre/story/17615986>

<sup>1460</sup> En ce sens : Le statu quo bétonné, un jour noir pour l'UDC, *Le temps*, 15 décembre 2011 : "*Le parlement fait le choix d'un consensus qualitatif et non plus arithmétique*".

<http://www.letemps.ch/Page/Uuid/b92f135a-4ab3-11e1-a37f-11c0704c0858>.

<sup>1461</sup> Sur le comportement de l'UDC expliquant cette non récupération d'un second siège voir : L'UDC a bien cherché sa gifle du 14 décembre, *Swissinfo*, 15 décembre 2011 :

[http://www.swissinfo.ch/fre/Dossiers/Le\\_gouvernement\\_change\\_de\\_visages/Elections\\_au\\_Conseil\\_federal/LUDC\\_a\\_bien\\_cherche\\_sa\\_gifle\\_du\\_14\\_decembre.html?cid=31769118](http://www.swissinfo.ch/fre/Dossiers/Le_gouvernement_change_de_visages/Elections_au_Conseil_federal/LUDC_a_bien_cherche_sa_gifle_du_14_decembre.html?cid=31769118).

<sup>1462</sup> Le PDC et le Parti bourgeois-démocratique se cherchent encore, *Le Temps*, 6 décembre 2011 :

[http://www.letemps.ch/Page/Uuid/e36c5842-1f86-11e1-a723-063e17a5b475/Le\\_PDC\\_et\\_le\\_Parti\\_bourgeois-](http://www.letemps.ch/Page/Uuid/e36c5842-1f86-11e1-a723-063e17a5b475/Le_PDC_et_le_Parti_bourgeois-)



nombre d'élus PBD ajoutés à ceux de la fraction PDC atteignant alors plus de membres que le PLR qui dispose de deux conseillers fédéraux<sup>1463</sup>, le maintien en poste pourrait apparaître moins disproportionné que la seule représentation des 10 membres de l'Assemblée fédérale.

**1055.** Un certain nombre d'éléments peuvent être mentionnés en défense de ce système. René Rhinow estime qu'un système présidentiel ou un cabinet à l'anglaise seraient étrangers au système fédéral multiculturel suisse, arguments qui pourraient être là encore en partie transposés à l'Union européenne<sup>1464</sup>. De même, François Couchepin souligne qu'un "*tel bouleversement non assorti de changements de forces politiques en présence au Parlement poserait des problèmes vitaux pour la démocratie helvétique*"<sup>1465</sup>. Mathias Heger reconnaît quant à lui dans le cas de la chambre représentant les cantons, le Conseil des Etats, que le compromis peut être critiqué pour son caractère conservateur, pour l'absence d'alternative possible et dans cette perspective comme une limitation du principe démocratique<sup>1466</sup>, relevant qu'il n'y a ainsi d'opposition qu'occasionnelle au Conseil des Etats ; mais il souligne dans le même temps que l'absence de conflit entre partis est la garantie du bon fonctionnement de l'organe fédératif, de la représentation des intérêts des cantons<sup>1467</sup>. Un élément que l'on ne retrouve pas dans le cadre européen plaide encore en faveur du consociationalisme et en relativise les défauts. S'il est caractérisé par un "bargaining", par l'utilisation de paquets législatifs, chacun faisant une concession sur l'une des lois les composant, il est limité par la démocratie directe, aucun échange ne pouvant être négocié avec le peuple et les mots d'ordre des partis n'étant que faiblement suivis<sup>1468</sup>. En outre, Mathias Heger souligne que souvent les auteurs qui critiquent le système de gouvernement consociatif comme un état pathologique de la démocratie font un lien entre participation des principaux partis au gouvernement et absence d'opposition, alors que cette opposition existe, étant simplement non pas stable, provenant d'un bloc, mais fonction des différentes lois en discussion<sup>1469</sup>.

### **3) Le système consociatif appliqué dans l'Union européenne : critiqué mais sans alternative crédible ?**

**1056.** L'Union européenne présente un contexte favorisant le rapprochement avec la Suisse, comme l'énonce Daniel-Louis Seiler en soulignant que "*le Conseil fédéral évoque cet autre collège, la Commission, tandis que le fonctionnement de l'assemblée fédérale se révèle fort proche de celui du Parlement européen*"<sup>1470</sup>.

On retrouve le même type de critiques que celle évoquées dans le système suisse concernant le suivi du modèle consociatif qui freine dans l'Union européenne le développement d'un sentiment d'appartenance européen (a). Le taux de participation aux élections européennes pâtit de ce contexte, le déficit démocratique européen repose pour une large part sur le sentiment des citoyens de ne pouvoir influencer la prise de décision par les institutions européennes. Mais dans le même temps, l'introduction d'une logique de clivage partisan conduirait à devoir revoir de manière approfondie le système institutionnel européen dont nous avons souligné qu'il était pourtant largement adapté au contexte de l'Union européenne (b).

---

#### [d%C3%A9mocratique se cherchent encore.](#)

<sup>1463</sup> Sommes de sièges à l'Assemblée fédérale pour les différents groupes à l'issue des élections de 2011 : UDC 59, le PSS 57, le PLR 41, le PDC 39, Verts 17, Verts libéraux 14, PBD 10.

<sup>1464</sup> RHINOW (R.), Die Regierungsreform im Bund, in : ZEN-RUFFINEN (P.), AUER (A.) (éd.), de *la constitution : études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1996, p.93.

<sup>1465</sup> COUCHEPIN (F.), Coordination...(*op.cit.* note 1390), p.70.

<sup>1466</sup> HEGER (M.), *Deutscher ...*(*op.cit.* note 738), p.221 et p.231.

<sup>1467</sup> *Ibid.*, p.229

<sup>1468</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Les processus...*(*op.cit.* note 1139), pp.63-64.

<sup>1469</sup> HEGER (M.), *Deutscher ...*(*op.cit.* note 738), pp.229-230.

<sup>1470</sup> SEILER (D.-L.), *Enjeux...*(*op.cit.* note 1416), p.39.

### a) Un handicap pour le développement du sentiment d'appartenance européen

1057. Il n'existe tout d'abord pas cette culture du compromis existant en Suisse dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne. On n'a pas au contraire de la Suisse dans l'UE. Pour Olivier Beaud et Sylvie Strudel, la pratique "consociative" du Parlement européen est un problème car la plupart des citoyens européens n'y sont pas habitués ; ces mêmes auteurs jugent *a contrario* positive la polarisation et la personnalisation par l'élection du Président de la Commission qui doit tenir compte des élections du Parlement européen<sup>1471</sup>. Concernant le choix du Président de la Commission, des craintes ont pu être relevées d'une perte d'autonomie par la pénétration de la question partisane dans la composition de la Commission, mais elle est souvent vue comme une contrepartie inéluctable d'une nécessaire amélioration de la légitimité de la Commission<sup>1472</sup>. Plus globalement, l'enjeu de la désignation de la présidence de la Commission est présenté comme une solution permettant d'améliorer la participation aux élections européennes. Pour que cela ait un impact, les candidats des partis devraient tout d'abord faire campagne dans l'ensemble des Etats membres avec ce que cela comporte comme difficultés : un candidat ne parlant pas les langues des différents Etats, ne connaissant pas les différentes cultures nationales,... Les candidats à la présidence aux EU doivent certes parcourir un large territoire, mais malgré les différences entre les Etats, il existe une homogénéité culturelle globale et surtout une unité de langue comme vecteur de compréhension. En outre, au contraire du cas américain, les promesses de campagne des candidats à la présidence de la Commission ne peuvent être que limitées puisqu'ils doivent former un collège de commissaires composés de membres proposés par des Etats issus de gouvernements de différentes tendances partisans. L'enjeu est alors moins une question de parti qu'une question de personne permettant de renforcer la voix de la Commission européenne vis-à-vis des citoyens mais aussi du Conseil et du Parlement européen. L'élément déterminant est donc dans la détermination du candidat de chaque parti. A la différence du cas américain où seule l'appartenance à un courant et la personnalité joue pour la détermination du candidat au sein d'un parti, se pose dans le cadre européen la question du poids respectif de chaque parti européen, et en leur sein des partis nationaux, et des chefs d'Etats et de gouvernement des Etats membres. Le risque est donc que ce soient encore des candidats de compromis au charisme très limité ou nul qui soient désignés. Même en supposant que l'on parvienne à trouver un système satisfaisant sur ces différents points il peut sembler douteux que la simple désignation d'un Président de la Commission n'ayant pas un impact partisan sur la prise de décision au niveau européen permette de redynamiser la participation aux élections européennes. En étant optimiste, cela pourrait permettre tout au plus de redonner de la force à la Commission, mais l'absence d'alternative partisane critiquée notamment par Karlsruhe et considérée comme un facteur important de la forte abstention aux élections européennes, serait maintenu.

Simon Hix plaide pour cette raison pour une "politisation" du système institutionnel européen. Les blocages institutionnels pourraient être selon lui résolus par la recherche de soutien d'une même coalition partisane pour un projet au sein de chaque institution ; cela permettrait selon lui de renforcer la responsabilisation des membres de ces institutions envers les citoyens qui connaîtraient leurs engagements, et ils ne pourraient modifier leur positionnement sans avoir à le justifier publiquement<sup>1473</sup>. On retrouve en outre chez cet auteur la même critique que dans le système suisse, à savoir que si ce système permet de ne froisser quasiment personne puisqu'associant le plus grand nombre, une minorité peut bloquer des

<sup>1471</sup> BEAUD (O.), STRUDEL (Sylvie), *Démocratie, fédéralisme et constitution*, p.20.

<sup>1472</sup> En ce sens : MAGNETTE (P.), KALYPSO (N.), *Grands...* (*op.cit.* note 792), p.21.

<sup>1473</sup> HIX (S.), *Pourquoi l'UE a-t-elle besoin d'une politique (gauche-droite) ?*, in : *La politisation de l'UE : remède ou poison, Notre Europe, policy paper*, n°19, p.8 :

[http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/Polycypaper19-FR-Hix-Bartolini-Politisation\\_01.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Polycypaper19-FR-Hix-Bartolini-Politisation_01.pdf).



mesures<sup>1474</sup>. Avançant la fin des compromis *a minima*, il ajoute que la politisation obligerait à penser de façon cohérente les différentes mesures prises par l'UE, et notamment à compenser par exemple des mesures économiques par des mesures sociales<sup>1475</sup>. Pour atteindre ce but, il appelle à une évolution vers un régime parlementaire : la Commission reposerait sur une majorité au Parlement et pourrait s'appuyer sur la majorité qui l'a soutenue au Conseil<sup>1476</sup>. Au soutien de cette évolution, il argue qu'au sein du Conseil, en se fondant sur les cas d'application du vote à la majorité qualifiée, les prises de position dépendraient de plus en plus aussi du clivage gauche-droite, et que le Conseil évoluerait certainement vers un clivage plus partisan que national comme au Parlement européen<sup>1477</sup>.

Au soutien de la politisation, il peut être mentionné que des rencontres ont lieu entre commissaires, chefs des gouvernements, parlementaires proches d'un même courant politique avant les Conseil européen. Généralement, il s'agit de préparer des rencontres du Conseil européen. Ainsi, Richard Corbett, Francis Jacobs et Michael Shackleton soulignent le rôle des dirigeants du PPE dans la mise en place d'un agenda pour la mise en place de la monnaie unique en octobre 1990, avec l'isolement de Margaret Thatcher<sup>1478</sup>. De même, le PSE met en place de plus en plus de réunions comprenant le coordinateur du groupe concerné et le commissaire intéressé avant les rencontres du Conseil de l'UE dans le but d'avoir une influence sur les ministres de cette mouvance<sup>1479</sup>. Olivier Costa donne l'exemple des socialistes qui ont réussi à faire inscrire la politique de l'emploi dans les traités à Amsterdam en juin 1997<sup>1480</sup>.

## b) L'inadaptation du clivage partisan au contexte institutionnel européen

**1058.** Stefano Bartolini estime au contraire que les traités européens posent des principes qui empêcheraient de mener une politique partisane en avançant pêle-mêle l'autonomie de la BCE, la jurisprudence de la Cour de justice, le pouvoir de veto du Conseil<sup>1481</sup>. Concernant le blocage par la jurisprudence de la Cour, il proviendrait des traités eux-mêmes, les domaines de compétence de l'UE étant limités. Pour ce qui est du Conseil, il rappelle qu'un certain nombre de compétences sont soumises à l'unanimité comme en matière fiscale, et que même dans les cas de majorité qualifiée il apparaît difficile d'envisager des mesures trop partisans si l'on considère par exemple la matière sociale. Un clivage partisan plus net au Parlement européen ne pourrait fonctionner que si le partisan prenait place également au sein du Conseil<sup>1482</sup>, or le Conseil n'est pas comme le Bundesrat mû par des considérations partisans<sup>1483</sup>. Un changement de parti au pouvoir n'a qu'un impact limité sur les textes, mis à part dans le cas où des partis eurosceptiques ou inversement europhiles arrivent au pouvoir comme en Pologne en 2007. Le rôle déterminant des Etats dans le système européen est une des explications de la réalisation du modèle de concordance démocratique<sup>1484</sup>. Par ailleurs, même en supposant une majorité partisane soutenue par le Parlement européen à la Commission, le Conseil n'aurait pas la même majorité puisque sa

<sup>1474</sup> *Ibid.*, p.14

<sup>1475</sup> *Ibid.*, p.9

<sup>1476</sup> *Ibid.*, p.26

<sup>1477</sup> *Ibid.*, pp.19-20

<sup>1478</sup> CORBETT (R.), JACOBS (F.), SHACKLETON (M.), *The European Parliament* (*op.cit.* note 1061), p.111.

<sup>1479</sup> *Ibid.*, p.111.

<sup>1480</sup> COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 744), pp.321-322.

<sup>1481</sup> BARTOLINI (S.), Faut-il "politiser" l'Union européenne?, in : *La politisation* (*op.cit.* note 1473), p.42.

<sup>1482</sup> En ce sens : COSTA (O.), *Le parlement...* (*op.cit.* note 744), p.488.

<sup>1483</sup> DE SCHOUTHEETE (P.), En réponse à Hix et Bartolini, *Notre Europe*, avril 2006 p.1 :

[http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/Reactions\\_Deschoutheete-fr\\_01.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Reactions_Deschoutheete-fr_01.pdf).

<sup>1484</sup> En ce sens : PERNICE (I.), Plädoyer für Lissabon. Nachbemerungen zur Mündlichen Verhandlung vom 10./11. Febr. 2009 im Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht, *whi-paper*, Mai 2009, p.27 :

<http://www.whi-berlin.de.eu/documents/whi-paper050904.pdf> (consulté en octobre 2009).



composition évolue constamment<sup>1485</sup>. Un dernier argument est par contre réfutable car une évolution est en cours : il s'agit de l'argument qu'une politisation ne pourrait avoir lieu qu'une fois l'égalité complète entre le Conseil et le Parlement européen en matière législative. Selon cet argument, les motivations institutionnelles du Parlement européen d'augmentation de ses compétences, et de volonté d'influence des textes qu'il étudie conduisent ses membres à faire front dans certains cas, et il semble difficilement envisageable d'avoir une Commission reposant sur une majorité partisane au Parlement européen qui n'est pas compétente pour codécider dans un ensemble de domaines législatifs. Par contre, un autre argument demeurerait valable : la Commission serait beaucoup plus instable puisqu'elle reposerait sur une majorité dont les composantes seraient très disparates. En ce sens David Spence estime que "*rendre la Commission dépendante de la majorité politique au Parlement européen*" ne contribuerait pas "*à la revitalisation de la Commission elle-même*", et qu'il y aurait une tension avec la minorité qui s'est opposée à l'élection du Président<sup>1486</sup>.

Stefano Bartoli avance un autre argument, à savoir que les différences entre les positions des partis nationaux se reflétant dans les délégations au sein d'un groupe peuvent être surmontées par la faiblesse de l'opposition idéologique au Parlement européen, et qu'une évolution vers un clivage partisan conduirait à des difficultés de gestion des groupes<sup>1487</sup>. Dans le même sens Philippe de Schoutheete souligne que le rassemblement en groupes politiques a surtout pour but de répartir les postes au Parlement européen et qu'un clivage partisan plus marqué dans la prise de décision conduirait à un éclatement des groupes, donnant l'exemple du parti travailliste britannique considéré plus à droite que beaucoup de partis démocrates chrétiens<sup>1488</sup>. Paul Magnette souligne certes que la lecture faite par Stefano Bartolini le conduit à restreindre la capacité des groupes et partis européens à créer un certain cadre pour favoriser des positions cohérentes et assurer une certaine discipline partisane en l'absence de pouvoirs de sanctions ou de récompenses des membres<sup>1489</sup>. Mais ce suivi des consignes s'inscrit dans un contexte de prise de décision par compromis et celui-ci remis en cause on peut douter d'un *statu quo* en la matière.

Au-delà, Stefano Bartolini souligne qu'étant donné la présence de tendances eurosceptiques et fédéralistes au sein même de partis nationaux, un clivage partisan plus poussé pourrait conduire à des tensions. En outre, les principaux partis étant globalement perçus plus favorables à l'intégration que leurs électeurs, une évolution vers un fonctionnement plus partisan des institutions ne conduirait pas à un choix portant sur des politiques plus ou moins libérales, sociales,... mais sur les fondements du système européen<sup>1490</sup>. Si ces différences de tendance existant au sein des partis nationaux, l'auteur les exagère. On retrouve ce phénomène dans le cadre américain qui sert même de clivage aux débuts de l'Union américaine entre le parti fédéraliste et le parti antifédéraliste, mais même par la suite, on retrouve cette opposition au sein des partis américains, l'aspect sécessionniste ayant simplement disparu postérieurement à la guerre de Sécessions, seule la composante plus ou moins favorable à des compétences fédérales demeurant. Il est à noter que même avec la sécession, il ne s'agit pas d'une remise en cause du fonctionnement de l'Union américaine en tant que telle, mais d'une atteinte à des intérêts essentiels, et notamment d'une crainte de la remise en cause de l'esclavage. Au niveau européen, il est parfois avancé que l'absence de réel clivage partisan ne donne d'alternative en pratique

<sup>1485</sup> Voir en ce sens : BARTOLINI (S.), Faut-il "politiser"...(*op.cit.* note 1481), p.43.

<sup>1486</sup> SPENCE (D.), *The President, the College and the cabinets*, p.32.

<sup>1487</sup> BARTOLINI (S.), Faut-il "politiser"...(*op.cit.* note 1481), pp.39-40

<sup>1488</sup> DE SCHOUTHEETE (P.), *En réponse*...(*op.cit.* note 1483), p.1. Il critique notamment les conclusions de Simon Hix sur le caractère partisan qui marquerait les votes au Conseil soulignant que les résultats se fondent sur des cas minoritaires.

<sup>1489</sup> MAGNETTE (P.), *Politiser l'Union ? Oui, mais comment ?*, avril 2006, p.2 :

[http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/ReactionsMAGnette-fr\\_01.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/ReactionsMAGnette-fr_01.pdf)

<sup>1490</sup> BARTOLINI (S.), Faut-il "politiser"...(*op.cit.* note 1481), pp.44.

qu'entre les partis plus pro européens et ceux plus ou moins eurosceptiques, que la possibilité de rejeter la construction européenne dans son ensemble, ou du moins de rejeter l'UE telle qu'elle est à l'heure actuelle. Or on ne constate pas une force particulière des mouvements eurosceptiques. On ne voit pas en quoi un renforcement du système partisan pourrait avoir pour effet de renforcer la place des débats institutionnels lors des élections européennes. Pour suivre les conséquences développées par Sefano Bartolini, il faudrait que le renforcement du clivage partisan au niveau européen ait pour effet d'exacerber les oppositions entre les membres plus favorables à l'intégration européenne et ceux plus eurosceptiques au sein des partis étatiques. Certes, lors des référendums sur le Traité de Maastricht et sur le Traité constitutionnel une telle division a existé en France, mais l'objet du scrutin était "constitutionnel", il ne portait pas sur la direction d'une politique même si un des thèmes principaux du débat était l'imposition d'un certain cadre économique libéral par les traités européens.

Un dernier argument est celui du statocentrisme caractérisant la réflexion de Simon Hix et largement critiquée par ses commentateurs<sup>1491</sup>. Pour Daniel-Louis Seiler, il est indispensable de *"sortir de « l'obsession du modèle de Westminster » et cesser de vouloir à tout prix, transformer la Commission de Bruxelles en gouvernement responsable devant le Parlement européen, et de rêver qu'il puisse fonctionner au rythme du système majorité-opposition"*<sup>1492</sup>. Il appelle à ne plus *"confondre démocratie représentative et régime parlementaire"*<sup>1493</sup>. Il souligne que *"rien n'est plus dommageable, dans un système multinational, que de voir une partie de l'ensemble gouverner contre l'autre"*, poursuivant que dans un tel contexte, *"une personnalité, aussi brillante soit-elle, ne peut incarner la volonté générale exprimée à travers l'élection"*<sup>1494</sup>. Il cite au soutien de son argumentation l'exemple suisse. Les radicaux suisses étaient favorables à un régime présidentiel à l'américaine, mais sachant qu'un candidat des cantons protestant serait toujours élu, ils ne l'ont pas repris et la même volonté d'équilibre entre les différents groupes au Conseil fédéral a entraîné son élection indirecte par l'Assemblée fédérale. Ajoutant que si le système présidentiel était aujourd'hui appliqué en Suisse, ce serait toujours un alémanique, il souligne l'adéquation d'un système directorial dont il rappelle qu'il était la norme républicaine avant la Constitution des Etats-Unis<sup>1495</sup>. Transposé au cas européen, il semble en effet difficile d'imaginer en l'état actuel les citoyens d'un Etat supporter dans le cas d'une présidentialisation de l'Union européenne un candidat issu d'un Etat présentant une culture et une langue différente. La présidence de la BCE par un représentant des "Etats du Sud" est déjà vue par l'opinion publique allemande comme favorisant le laxisme de la BCE par rapport au soutien indirect des Etats du Sud dans la crise de la dette, il est dès lors possible d'imaginer qu'une présidentialisation du régime européen ne manquerait pas de renforcer les tensions entre les populations des différents Etats membres. Il est donc selon nous nécessaire de conserver un équilibre au niveau des différents postes en dépit des défauts du compromis et de la tendance à avoir des personnalités qui ne correspondent pas toujours à ce qui serait souhaitable.

Sébastien Roland récuse quant à lui la comparaison avec un régime parlementaire pour comprendre le système institutionnel européen et en particulier l'absence d'inclusion dans les traités d'un droit de dissolution. Il souligne en effet qu'il faut l'interpréter *"non comme le défaut d'une compensation du pouvoir qu'a cette institution de mettre un terme au mandat des commissaires"*, mais comme un *"indice fort de ce que le système politique communautaire n'entend pas apporter une réponse organique à un éventuel désaccord de volontés entre les*

---

<sup>1491</sup> En ce sens : QUERMONNE (J.-L.), Commentaires relatifs aux deux rapports de Simon Hix et Stefano Bartolini, Notre Europe, avril 2006, p.2. L'auteur critique aussi la réduction de la politisation au caractère bipartisan : [http://www.notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/R\\_actionQuermonne-fr.pdf](http://www.notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/R_actionQuermonne-fr.pdf) ; MAGNETTE (P.), Politiser...(*op.cit.* note 1489), p.2

<sup>1492</sup> SEILER (D.-L.), Enjeux...(*op.cit.* note 1416), p.37.

<sup>1493</sup> *Ibid.*, p.39.

<sup>1494</sup> *Ibid.*, pp.39-40.

<sup>1495</sup> *Ibid.*, pp.39-40 et p.33.

*institutions*"<sup>1496</sup>. Cela ne provoque pas de déséquilibre institutionnel car l'absence de majorité partisane au Parlement européen et à la Commission conduit à ne faire jouer la responsabilité de cette dernière qu'en cas de critiques objectives de gestion, et non pour divergence de direction politique de ses propositions.

Face à l'impasse constituée par l'impossibilité d'un bouleversement institutionnel conduisant à un régime partisan majoritaire, et la contribution du fonctionnement consociatif de la prise de décision au niveau européen au déficit démocratique européen, Yannis Papadopoulos propose une voie de sortie passant encore une fois par le modèle suisse. Il souligne le parallèle avec la Suisse où le taux de participation aux élections des membres de l'Assemblée fédérale est faible en raison de la même absence d'enjeu que pour les élections européennes, et des mêmes "barrières linguistiques" que dans l'UE<sup>1497</sup>. Concernant l'absence de peuple européen, il considère que cela n'empêche pas des débats communs, il faut simplement que les enjeux le soient. Il estime ainsi qu'une initiative populaire européenne pourrait jouer le rôle de substitut à l'impossibilité pour les citoyens européens de renverser un gouvernement européen, comme un "*antidote à la crise de représentation et comme source de pluralisme*", permettant à des intérêts non représentés ou minoritaires d'avoir un impact sur le processus de décision<sup>1498</sup>. Il souligne que cela aurait "*l'avantage d'assurer une participation effective et soutenue des citoyens, tout en ne requérant pas que l'Union Européenne ait accompli au préalable des pas importants vers le rapprochement avec l'architecture institutionnelle des systèmes démocratiques nationaux*"<sup>1499</sup>. Le renforcement de l'initiative citoyenne dans un sens proche d'une véritable initiative populaire permettrait certes en théorie de jouer ce rôle de soupape de sécurité, mais nous avons vu les difficultés posées par son organisation à l'échelle d'une union fédérale dont le nombre d'habitants est cinquante fois plus important que la Suisse. D'autres mécanismes alternatifs d'expressions citoyennes doivent donc être recherchés qui permettraient de contrebalancer le consociationalisme du processus de décision au niveau européen.

## ***Conclusion du chapitre II***

**1059.** Chaque institution doit être adaptée au contexte de la Fédération dans laquelle elle s'inscrit.

A cet égard, la forme d'un collège, au sein duquel plusieurs personnalités ont le même poids dans la prise de décision, paraît adaptée à un contexte dans lequel existent de fortes différences linguistiques et culturelles comme les cantons suisses et les Etats membres de l'Union européenne. Cette configuration permet de faciliter le dégagement d'un intérêt général.

Le fonctionnement interne de la Commission européenne nécessite néanmoins la poursuite de réformes destinées à renforcer sa cohérence. Par ailleurs, même si ses propositions législatives sont nécessairement le résultat de compromis, il serait bon de renforcer la place du politique dans les débats au sein du collège des commissaires.

La forme du Bundesrat adoptée par le Conseil de l'UE dans laquelle les Etats sont représentés en tant qu'unités politiques par des représentants de leurs gouvernements est appropriée. En effet, les gouvernements des Etats membres de l'UE n'auraient pas accepté d'être mis à l'écart de la prise de décision fédérale et le risque d'un refus de certaines réglementations fédérales aurait alors été important. Lorsque les Etats membres sont des monarchies dans

---

<sup>1496</sup> ROLAND (S.), *Le triangle...* (*op.cit.* note 737), p.169.

<sup>1497</sup> PAPADOPOULOS (Y.), *Peut-on imaginer des référendums à l'échelle européenne et à quelles conditions ?*, *Policy Paper Notre Europe*, n°2, novembre 2002, p.13 : [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/papadopoulos\\_02.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/papadopoulos_02.pdf).

<sup>1498</sup> *Ibid.*, p.4-5

<sup>1499</sup> *Ibid.*, p.5.

lesquelles le poids du Roi ou du Prince est encore déterminante, il est encore plus difficile d'imaginer l'acceptation d'une chambre étatique composée de députés ayant un mandat représentatif ; le seul exemple tenté dans la période révolutionnaire de 1848 a échoué. Le modèle du Bundesrat est *a contrario* susceptible de créer des tensions lorsque deux groupes d'Etats stables se font face lors de nombreuses prises de décisions, comme aux Etats-Unis et en Suisse au XIX<sup>e</sup> siècle. Le modèle du sénat, et son mandat parlementaire qui permet une plus grande souplesse, paraît alors plus adapté.

Le Conseil de l'UE doit néanmoins poursuivre les réformes entreprises au regard du principe démocratique, ainsi que dans la recherche d'un équilibre entre l'efficacité de la prise de décision et la représentation effective de la diversité des intérêts des Etats membres.

La représentation de l'intérêt démocratique trouve une traduction dans le Parlement européen. Comme dans les autres systèmes fédéraux étudiés, la question de la représentation des citoyens des plus petits Etats membres s'est posée ; il a été choisi d'étendre fortement le nombre de membres et de permettre une représentativité d'un minimum de diversité partisane des plus petits Etats même si cela se faisait au détriment du principe démocratique "un homme, une voix", sans remettre pour autant en cause le but de représentation démocratique qui est assigné au Parlement européen. Nous soulignerons notamment à cet égard le souci de respect de l'égalité du droit d'éligibilité des citoyens européens sans considération de capacité linguistique grâce à un système de traduction qui se justifie malgré sa complexité d'organisation et son coût.

Le fonctionnement du Parlement européen se caractérise par un système de partis qui sont plus des groupes de partis nationaux que de véritables partis fédéraux, phénomène qui se retrouve en Suisse et aux Etats-Unis. Il s'explique par la diversité idéologique entre les partis des Etats membres appartenant à un même groupe au Parlement européen. Cette caractéristique induit un fonctionnement marqué par les longues discussions recherchant un compromis au sein des délégations nationales, puis entre les délégations au sein d'un groupe. Il est par ailleurs à noter que le clivage se fait plus souvent entre les fédéralistes et les eurosceptiques qu'entre la gauche et la droite au Parlement européen, ce qui pourrait être rapproché de l'opposition dans l'Union américaine entre les fédéralistes, favorables à un renforcement de l'action fédérale, et les antifédéralistes, soucieux d'un strict respect des droits des Etats membres, ainsi que de l'opposition qui s'est poursuivie entre les partis qui leur ont succédé. Les compromis entre les deux principaux partis, en dehors de cette tendance, s'expliquent aussi par le contexte institutionnel européen conduisant le Parlement européen à négocier avec des institutions transpartisanes et à avoir une large majorité pour pouvoir peser dans les débats.

Mais ce contexte de compromis contribue à renforcer la baisse du taux de participation aux élections européennes, même si les faibles taux de participation s'expliquent aussi par un manque d'information des citoyens sur les pouvoirs du Parlement européen. Si ce facteur doit être relativisé en l'état actuel du développement restreint d'un espace public européen puisque les électeurs se prononcent essentiellement au regard d'enjeux nationaux lors de ces élections, il constitue un facteur négatif pour la participation aux futures élections européennes.

Cependant, le caractère consociatif du régime politique européen semble bien correspondre au contexte de l'Union européenne. En effet, le Conseil de l'UE et le Conseil européen ne prennent pas des positions sur la base de clivages partisans et il semble difficile d'envisager une évolution vers une structure partisane au sein de la Commission européenne. Même en imaginant que le caractère collégial de la prise de décision permette de conserver un équilibre entre les sensibilités des différents Etats européens qui trouvent leur traduction avec les commissaires, cela conduirait à affaiblir considérablement la Commission car la majorité sur laquelle elle pourrait s'appuyer serait limitée et donc sujette à une instabilité. Cela renforcerait fortement le Conseil dans le processus législatif ce qui ne serait pas adapté au niveau de compétences dont dispose actuellement l'Union européenne. Par ailleurs, le renforcement des pouvoirs du Président de la Commission, conduisant à le transformer en une forme de chef de gouvernement, ne semble pas adapté au contexte d'une Union européenne marquée par des



différences culturelles et linguistiques, tout comme en Suisse où le système collégial a été choisi pour éviter le risque de tensions liées à la domination d'une fonction de direction par un membre d'une communauté linguistique ou religieuse. Certes le renforcement des pouvoirs du Président pourrait faciliter l'identification extérieure de l'UE, mais cela pourrait aussi susciter une forme de rejet de la part des citoyens européens. C'est une différence importante avec des systèmes fédéraux comme l'Allemagne et les Etats-Unis marqués par une forte homogénéité culturelle et une unité linguistique qui permet un régime de type parlementaire ou présidentiel.

Les adaptations du système institutionnel européen actuel ne peuvent qu'être limitées, comme nous avons pu le voir avec les difficultés d'acceptation d'une réforme ne visant pourtant qu'à abandonner le principe d'un commissaire national de chaque Etat membre. Il est donc nécessaire de réfléchir à des solutions alternatives permettant aux citoyens de pouvoir trouver des voies afin d'influencer les décisions européennes. A cet égard, dans le système suisse, le système consociatif dispose d'un mécanisme permettant d'éviter les tensions pouvant découler du sentiment des citoyens de ne pouvoir influencer sur le système décisionnel, le référendum facultatif législatif, et depuis peu une possibilité d'initiative populaire en matière législative qui complète celle qui existait en matière constitutionnelle. Une telle possibilité n'existe pas au niveau européen, l'initiative citoyenne est certes un pas dans la direction d'un pouvoir de participation complémentaire, mais il n'a pas d'effet contraignant pour la Commission de faire une proposition législative. Cependant, en imaginant la mise en place de véritables pouvoirs d'initiative populaire et de référendum au niveau européen, l'étendue géographique de l'UE et les difficultés liées à leur mise en œuvre ont été soulignées. La question d'une solution à ce dilemme européen reste donc ouverte.

**1060.** Sur le plan des caractéristiques de l'équilibre des intérêts au niveau européen, nous noterons par ailleurs l'originalité du Conseil européen qui ne trouve pas de réel équivalent dans les systèmes fédéraux que nous avons étudiés. Cette institution a permis de faire avancer l'Union européenne sur de nombreuses questions où les négociations étaient bloquées, et plus globalement de donner des impulsions pour des avancées en matière d'intégration. L'importance de cette institution permet de souligner que le poids des Etats reste très important dans le processus décisionnel.

Il est à souligner que l'équilibre des intérêts posé actuellement dans les traités au niveau des institutions européennes ne pose pas de problèmes d'adaptation au contexte de l'Union européenne, même si quelques réformes sont encore nécessaires. Le renforcement de l'intégration européenne s'est en effet accompagné de réformes parallèles des pouvoirs des institutions dans le processus décisionnel. Les pouvoirs du Parlement européen nécessitent ainsi uniquement d'être augmentés dans certains domaines comme l'union économique et monétaire. Au-delà, le Traité de Lisbonne a conféré un pouvoir de contrôle en matière de subsidiarité aux parlements nationaux qui permet de renforcer la légitimité démocratique de l'Union européenne, permettant une action complémentaire à celle du Parlement européen.

Il doit être enfin indiqué que l'indépendance des institutions est assurée par les traités, et que l'obligation de respect mutuel de leurs compétences, imposée aux institutions européennes, fait l'objet d'un contrôle strict de la part de la Cour de justice. Cette dernière doit toutefois prendre garde dans sa jurisprudence à ne pas trop favoriser le Parlement européen par rapport aux autres institutions. En effet une tentative de modification de l'équilibre institutionnel posé par les traités par voie jurisprudentielle pourrait provoquer des tensions avec les autorités étatiques.

## Conclusion de la partie II

**1061.** Notre but dans cette seconde partie était de vérifier si l'équilibre entre les niveaux fédéral et fédéré était respecté afin de déterminer le degré de stabilité de l'Union européenne, en nous servant des systèmes fédéraux plus contemporains, mieux adaptés au regard des questions étudiées au contexte économique et politique dans lequel l'Union européenne s'est développée,

afin de mettre en exergue certains risques, ou au contraire de souligner des solutions pouvant être reprises au niveau européen.

Pour ce faire, nous avons tout d'abord étudié le fonctionnement de l'Union européenne au regard du respect par les institutions européennes de la répartition des compétences posé par les traités européens.

La Cour de justice a notamment renforcé le contrôle qu'elle effectue dans le cas de bases juridiques destinées à consolider le marché intérieur, ce qui permet une garantie plus effective contre un dépassement par le législateur européen de ses compétences.

Par contre, sa jurisprudence très extensive en matière de liberté de circulation, ainsi que plus récemment en matière de protection des droits fondamentaux pourrait potentiellement conduire à des tensions avec certains Etats membres.

Dans l'Union européenne, l'essentiel des compétences fédérales relèvent, comme en Allemagne ou en Suisse, des compétences partagées et sont très largement définies. Les possibilités d'action sont donc étendues et l'efficacité de l'encadrement de leur exercice est donc un enjeu majeur. A cet égard, le contrôle de la subsidiarité, qui joue ce rôle au plan européen, a été renforcé aussi bien au plan juridique que politique. La Cour de justice effectue en effet un contrôle plus efficace depuis le début des années 2000, contrôle renforcé récemment concernant la motivation de la Commission, notamment en termes de données à fournir pour constater l'insuffisance de l'action étatique et vérifier la valeur ajoutée de l'action européenne. Cette motivation a été elle-même améliorée par le pouvoir donné aux parlements nationaux de contrôler le respect du principe de subsidiarité.

Globalement, l'équilibre des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres est garanti dans l'Union européenne, même si des précisions ou adaptations sont encore nécessaires. Il peut notamment être considéré que, comme le note Thomas Oppermann en 2009, la Cour de justice se développe de plus en plus comme "*honnête courtier entre la Communauté et les Etats membres*"<sup>1500</sup>.

**1062.** Nous avons ensuite étudié l'équilibre des intérêts fédéral, fédéré, et démocratique, posé par les traités européens afin de déterminer si l'Union européenne comportait un risque de déstabilisation liée à une inadéquation de cet équilibre avec son contexte d'intégration actuel.

La Cour de justice assure le respect des compétences respectives des institutions prévues par les traités, même s'il est nécessaire de limiter son souci de soutenir la légitimité démocratique directe européenne assurée par le Parlement européen.

L'équilibre des intérêts présente la particularité d'ajouter aux intérêts fédéral et fédéré l'intérêt démocratique, en fonction du niveau de développement de la démocratie au sein des Etats membres. Cet équilibre est également adapté au niveau d'intégration actuel de l'Union européenne. Un renforcement des pouvoirs du Parlement européen est certes nécessaire dans quelques domaines, mais la légitimité démocratique de l'Union européenne a globalement crû parallèlement à l'extension des compétences conférées aux institutions européennes, le Traité de Lisbonne complétant la légitimité directe du Parlement européen par un renforcement de la légitimité démocratique indirecte assurée par le contrôle des parlements nationaux.

Enfin, le régime politique européen est consociatif, tout comme en Suisse, et il ne faut pas s'attendre à des bouleversements sur ce point en raison de son adaptation à la gestion de la diversité culturelle et linguistique caractérisant les Etats membres de l'Union européenne. Une capacité d'influence des citoyens européens, alternative aux élections au Parlement européen, qui permette de corriger des directions politiques qui ne les satisferaient pas reste à développer afin d'éviter une montée du sentiment de défiance envers l'Union européenne.

---

<sup>1500</sup> OPPERMANN (T.), CLASSEN (C.), NETTESHEIM (M.), *Europarecht*, München, Beck, 4. Aufl., 2009, p.159. Dans le même sens : MOLSBERGER (P.), *Das Subsidiaritätsprinzip...*(*op.cit.* note 612), p.63.

## CONCLUSION GENERALE

**1063.**Le fédéralisme est généralement présenté par les détracteurs de l'Union européenne, mais aussi par ses soutiens, à l'aune du modèle de l'Etat fédéral. Les eurosceptiques utilisent le terme comme repoussoir en arguant qu'il conduit à la fin de l'autonomie des Etats membres. Les europhiles l'emploient fréquemment pour exprimer la nécessité d'augmenter les compétences de l'Union européenne dans certains domaines ; en outre, ils le présentent comme un schéma d'organisation que devrait suivre l'Union européenne. Or, le fédéralisme caractérise déjà l'Union européenne et il est important de souligner qu'il ne constitue pas un processus de centralisation, mais vise au contraire l'équilibre entre les autorités étatiques fondatrices et les autorités fédérales créées.

Le but de notre thèse était de contribuer à établir une compréhension débarrassée de cette lecture statocentrique du fédéralisme. Au plan théorique, il s'agissait tout d'abord de contribuer au renouvellement de la réflexion sur les unions fédérales et de vérifier si l'Union européenne respecte les critères de la définition présentée. Le but était ensuite de donner une qualification juridique permettant de servir de référentiel pour des réformes des modes de fonctionnement de l'Union européenne. Enfin, toujours sur le plan du fonctionnement de l'Union européenne, il s'agissait de fournir un cadre explicatif clair du fédéralisme afin de permettre le débat sur des sujets tels que la pertinence du transfert d'une compétence aux autorités européennes, ou encore la question même de l'appartenance à l'Union européenne, sans que les discussions soient biaisées par le modèle de l'Etat fédéral.

### **a) Contribution théorique de la thèse aux réflexions doctrinales sur les unions fédérales**

**1064.**Sur le plan théorique, notre proposition de définition du pacte fédératif est partie de travaux existants qu'elle a adapté à l'aune de l'étude des Fédérations américaine, suisse et allemande des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles et du contexte contemporain.

L'étude des pactes fédératifs et du début de fonctionnement des Fédérations établies nous a permis de dégager une lecture du fédéralisme non déformée par les évolutions ultérieures ou par certaines interprétations d'acteurs ou commentateurs de l'époque marquées par des velléités politiques. Mais il était ensuite nécessaire de faire la part de ce qui devait donner lieu à des adaptations dans la définition, pour permettre d'appréhender les unions fédérales contemporaines. La difficulté était alors de vérifier si certains aspects propres à l'Union européenne relevaient d'une différence de contexte historique ou constituaient des éléments conduisant à écarter la qualification de Fédération.

**1065.**La première partie de notre proposition de définition du pacte fédératif est commune avec celle proposée par Schmitt, Olivier Beaud et Anton Greber. Il s'agit ainsi d'un acte conclu volontairement par des Etats en vue de fonder une union politique, la Fédération. A la différence d'un traité ordinaire, il conduit à imposer des obligations à chacun des Etats, non seulement dans les domaines de compétences transférés aux autorités fédérales, mais encore dans l'exercice des compétences qu'ils conservent. Mais l'élément distinctif le plus important est qu'un pacte fédératif confère aux ressortissants des Etats membres un statut d'appartenance, contrairement à un traité ordinaire établissant une organisation internationale.

En tenant compte de la différence de contexte historique, nous avons dégagé un modèle général à partir de trois éléments qui se retrouvent selon nous dans une Fédération à un niveau variable : la défense, les relations économiques et le statut d'appartenance fédérale.

Au regard de la défense, le seul élément indispensable est, selon nous, qu'il soit garanti une impossibilité pour les Etats membres d'être amenés à une confrontation militaire, directe ou indirecte, par le biais d'alliances. Or une telle garantie existe, comme nous l'avons vu, dans le cas européen. Au-delà, l'Union européenne a, comme toute Fédération, vocation à disposer

d'une compétence en matière de politique étrangère et de défense ne serait-ce qu'au niveau de la cohérence de la défense des intérêts de ses membres au plan international.

Le commerce est un facteur de pacification des relations entre les Etats membres. La libéralisation des échanges n'est pas forcément très développée au début des Fédérations et nous avons vu qu'il n'existait pas toujours à l'origine d'union douanière dans les Fédérations allemande, suisse et américaine. Toutefois, une évolution doit avoir lieu sur ce point afin d'empêcher des conflits commerciaux internes à la Fédération, dangereux pour son unité. C'est un des éléments qui expliquent la réunion de la Convention de Philadelphie dans le cas américain et qui a permis de développer des liens étroits entre la Prusse et les Etats allemands du Sud et de faciliter l'unification allemande. Dans le cas européen, la création d'un marché commun est au cœur des traités européens. Il vise la création d'une interdépendance entre les Etats fondateurs de la CEE dans le but d'assurer le maintien durable de la paix.

Que la Fédération soit basée sur la défense ou sur un marché commun, ce qui compte est qu'il y ait la volonté des auteurs du pacte de conférer un statut d'appartenance à l'entité créée, c'est ce qui permet de la distinguer d'une organisation internationale ou régionale à but commercial comme l'ALENA <sup>1501</sup> ou traduisant une alliance militaire comme l'OTAN.

Ce pacte se caractérise enfin par un équilibre entre les niveaux fédéral et fédéré, les Etats membres demeurant en tant qu'unités politiques et les autorités étatiques ayant un statut d'égalité avec les autorités fédérales. Il faut à cette fin à la fois que la stabilité de la Fédération soit assurée et que l'intégrité des Etats membres soit préservée.

**1066.** Le phénomène d'institutionnalisation ou de stabilisation de la Fédération exige tout d'abord de garantir sa cohérence et l'effectivité de son droit.

Une certaine homogénéité préalable entre les Etats membres est indispensable au regard des régimes politiques et des valeurs sur lesquels ils reposent. Des moyens d'assurer sa cohérence et l'effectivité de son droit, et le respect d'une fidélité fédérale sont également nécessaires. A cet égard, l'Union américaine connaissait un problème d'homogénéité au regard des valeurs en raison de la pratique de l'esclavage par certains Etats membres qui déstabilisait la Fédération et a ultimement conduit à une guerre. Aucun problème majeur d'homogénéité ne se pose par contre concernant l'Union européenne du fait des valeurs et des droits fondamentaux partagés par les populations des Etats membres.

Dans le cadre européen se pose par contre potentiellement un problème de cohérence dans son fonctionnement qui ne se posait pas dans les autres Fédérations étudiées. A ce propos, nous avons pu voir que l'incohérence pouvait jusqu'à présent être relativisée. Toutefois, le renforcement de la zone euro pourrait conduire certains Etats, qui souhaitent écarter durablement l'adoption de la monnaie unique, à se poser la question de l'appartenance à l'Union européenne. En soi, un statut particulier ne pose pas problème, même s'il porte sur des domaines essentiels comme l'UEM, dans la mesure où il n'est que "temporaire", c'est-à-dire si une perspective d'entrée dans la zone euro, même assez éloignée, est envisageable.

Sur le plan de l'effectivité du droit fédéral, même si l'Union européenne ne dispose pas de l'ensemble des moyens existant dans les autres systèmes fédéraux étudiés, la Cour de justice et le relais des juges étatiques permettent une bonne application du droit européen. Par ailleurs, si la participation différenciée à certaines politiques soulève des problèmes potentiels de cohérence dans son fonctionnement, ils doivent être relativisés car ils ne mettent pas en danger la pérennité de l'UE en l'état actuel.

Enfin, nous avons vu que la fidélité fédérale était particulièrement importante comme facteur de cohérence et d'effectivité du droit fédéral dans des Fédérations où l'application du droit repose sur une coopération des Etats comme en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne. Sur ce plan également, la Cour de justice assure un contrôle efficace des différentes

---

<sup>1501</sup> Alliance de libre échange nord américain.

obligations qui découlent de ce principe.

Le phénomène d'institutionnalisation nécessite également le développement d'un sentiment d'appartenance fédérale. Il est plus aisé à obtenir dans le cas de Fédérations qui prenaient la suite d'unions entre Etats, surtout s'il existait déjà une certaine homogénéité culturelle et linguistique comme les Fédérations allemande ou américaine. De ce point de vue, la situation de l'UE avec sa diversité linguistique et culturelle est plus délicate. Nous avons exposé quelques pistes destinées à renforcer ce sentiment d'appartenance fédérale : l'action des dirigeants tout d'abord, qui doit s'appuyer sur des symboles pour communiquer sur l'UE et la mise en avant de la spécificité de l'interprétation des droits fondamentaux en Europe, suivant la logique du patriotisme constitutionnel ; l'accent mis sur les droits politiques et surtout sur les droits sociaux auxquels donne accès le statut de citoyen européen. Ce sentiment d'appartenance reste toutefois encore le point faible de l'Union européenne comme le montrent notamment les variations conjoncturelles des taux de réponses positives concernant l'appartenance à l'UE données dans les études eurobaromètres.

**1067.** Le pacte fédératif doit également préserver l'intégrité des Etats membres.

Cette obligation implique tout d'abord pour les autorités fédérales de ne pas dépasser les compétences qui leur sont conférées par le pacte en empiétant sur celles des Etats membres. Elle inclut ensuite un respect de l'identité des Etats membres, notion qui renvoie notamment aux valeurs ou institutions qui apparaissent essentielles aux citoyens de ces Etats. Enfin, le respect de l'intégrité des Etats membres conduit à ne pas les empêcher de se retirer de la Fédération lorsqu'ils estiment qu'ils n'y ont plus leur place. Le droit de retrait ne peut toutefois être exercé sans cadre par un Etat membre. De la nature existentielle du pacte fédératif découle l'obligation de respecter les intérêts des autres Etats membres et donc de négocier loyalement avec ces derniers un accord de sortie de la Fédération. Si un Etat membre est empêché de se retirer d'une Fédération, l'équilibre fédéral est rompu puisqu'il a été porté atteinte à son intégrité et la Fédération se transforme en Etat fédéral, comme nous l'avons illustré avec la guerre de Sécession américaine.

Dans l'Union européenne, la Cour de justice a développé une jurisprudence respectueuse de l'identité des Etats membres. En outre, il est à noter que les menaces de contrôle de dépassement de compétence, ainsi que les menaces de contrôle d'identité formulées par Karlsruhe n'ont pour le moment pas été mises à exécution, et les juges constitutionnels ont même laissé une large marge au juge européen pour l'interprétation du droit européen dans la perspective du dépassement de compétence.

Une des contributions de notre thèse a été d'envisager le cas du conflit ultime dans le cadre du pacte fédératif. L'existence implicite d'un droit de retrait est selon nous un moyen de dernier recours permettant de maintenir l'équilibre de la Fédération. Par ailleurs, nous considérons que dans le cas où les Etats fondateurs sont des démocraties, il ne leur est pas possible de renoncer par un acte de volonté à la possibilité de recouvrer entièrement leur autonomie.

En principe, la décision de sortie d'un ou plusieurs Etats ne remet pas en cause le maintien de la Fédération, alors que le refus d'accepter le retrait conduit selon les cas à sa transformation en Etat fédéral comme dans le cas américain ou à l'implosion de la Fédération, comme dans le cas de la Confédération germanique si l'on interprète l'action militaire menée sous l'égide de la Diète fédérale contre la Prusse comme visant à l'empêcher de se retirer de l'union fédérale.

Si le principe du recours au retrait doit être libre, son exercice est encadré par le principe de fidélité fédérale. L'union politique étroite qui caractérise le pacte fédératif oblige en effet à procéder à la conclusion d'un accord de sortie négocié avec les autorités fédérales et les Etats demeurant dans la Fédération.

Dans le cadre européen, la question est de déterminer si l'explicitation du droit de retrait constitue un risque d'instabilité. Nous avons souligné qu'à la différence d'un pouvoir de veto la menace de retrait ne pouvait être utilisée de manière exagérée pour obtenir des concessions dans

le cadre du processus décisionnel. Outre le facteur crédibilité, une telle menace suppose en effet une consultation préalable par le gouvernement concerné de sa population. Par contre, nous avons critiqué le droit laissé à un Etat de se retirer au bout de deux ans de négociation, même en l'absence d'un accord comme étant en contradiction avec la qualité de pacte fédératif des traités européens. Nous avons toutefois conclu qu'étant donné les conséquences d'un retrait pour l'Etat membre et ses citoyens, il serait très peu probable qu'il ne se plie pas à la conclusion préalable d'un tel accord.

## **b) Un fil conducteur pour les réformes futures de l'Union européenne**

**1068.** La qualification juridique de Fédération de l'Union européenne permet ensuite de répondre à l'attente, présentée en introduction de notre thèse, d'un fil conducteur servant le cas échéant à des réformes des traités, de la législation ou simplement des pratiques institutionnelles au niveau européen.

L'étude de l'Union européenne nous a permis de mettre en évidence que la protection de la répartition des compétences fonctionne globalement bien et que le contrôle de l'exercice des compétences européennes s'est amélioré.

En ce qui concerne le contrôle de subsidiarité, le rôle de contrôleur conféré aux parlements nationaux apparaît comme un facteur prévenant le risque d'un excès d'intervention des institutions européennes. Au-delà, et même si aucune compétence expresse en la matière ne leur a été conférée, il serait bon que les parlements nationaux assurent également un meilleur respect du principe de proportionnalité dans l'action législative européenne afin d'éviter le reproche de focalisation de l'Union européenne sur les actions de détail qui a tendance à nuire à son image auprès des citoyens européens.

En ce qui concerne le respect de la répartition des compétences posée par le traité, quelques ajustements restent nécessaires. Même si nous avons vu que la Cour de justice s'autolimité quand un élément de l'identité constitutionnelle des Etats est en jeu, elle doit toutefois encore prendre garde à ne pas se montrer trop offensive en matière d'intégration négative sur la base des libertés de circulation ainsi qu'en matière de protection des droits fondamentaux afin de ne pas se voir reprocher de dépassement de compétences.

Au niveau de la répartition des compétences, l'enjeu essentiel se situe toutefois au sein de la zone euro. Il s'agit du soutien des populations de ses Etats membres respectivement à des transferts de compétences en matière budgétaire et à une solidarité plus poussée. A cet égard, le débat actuel oppose les visions française et allemande concernant la poursuite des réformes. La France pousse, par l'intermédiaire de son Président François Hollande<sup>1502</sup>, à un renforcement préalable de la solidarité entre les Etats membres de la zone euro, avec un pouvoir de contrôle européen renforcé avant de poursuivre l'intégration politique. Elle soutient notamment une mise en commun des dettes des Etats membres. L'Allemagne estime au contraire, par le biais de sa Chancelière Angela Merkel et de son ministre des finances Wolfgang Schäuble, que le renforcement de l'intégration politique est une condition de cette évolution de l'UEM. Elle considère que les pouvoirs du Parlement européen en matière d'UEM doivent être renforcés et, qu'au-delà, des pouvoirs plus importants de contrôle des budgets des Etats membres doivent être conférés à la Commission européenne. Ce débat traduit des différences culturelles, mais aussi de situation économique, et juridique (poids du Parlement et de la Cour constitutionnelle en Allemagne à la différence de la France) entre ces deux Etats. Le débat lancé par Wolfgang Schäuble sur l'organisation d'un référendum sur le renforcement de l'intégration européenne en Allemagne, référendum qui serait nécessaire pour passer outre la jurisprudence de Karlsruhe,

---

<sup>1502</sup> Voir son interview : L'Europe ne peut plus être en retard, *Le Monde*, 17.10.2012 : [http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/10/17/francois-hollande-l-europe-ne-peut-plus-etre-en-retard\\_1776532\\_823448.html](http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/10/17/francois-hollande-l-europe-ne-peut-plus-etre-en-retard_1776532_823448.html).

s'inscrit dans ce cadre<sup>1503</sup>.

On retrouve ici l'opposition entre les populations des Etats du Nord et celles des Etats du Sud au sein de la zone euro, opposition classique entre donateurs et bénéficiaires. On retrouve ces divergences d'intérêts dans tout système de transferts importants d'argent entre deux régions y compris au sein d'un Etat comme on le voit en Belgique, en Italie et même dans le cas allemand. Le transfert de nouvelles compétences aux autorités européennes est essentiel pour la stabilité de la monnaie unique et, au-delà, de l'Union européenne, mais la question est celle de l'obtention du soutien des populations.

**1069.** Enfin, l'équilibre des intérêts fédéral et fédéré au niveau de la prise de décision fédérale est nécessaire dans les Fédérations. S'ajoute en outre la nécessité d'une représentation de l'intérêt démocratique en fonction du degré de développement démocratique des Etats membres et du degré d'intégration.

Le poids essentiel du Conseil dans le processus décisionnel originel n'était pas un problème, mais, au fur et à mesure de l'augmentation des compétences européennes, il a fallu donner plus de pouvoirs au Parlement européen, car la légitimité démocratique indirecte du Conseil et de la Commission ne suffisait plus. Un phénomène comparable, même s'il est moins progressif, est à constater dans les autres Fédérations étudiées.

L'Union européenne assure actuellement un équilibre des intérêts qui apparaît globalement satisfaisant. L'intérêt démocratique, qui pouvait encore sembler insuffisamment représenté par le seul Parlement européen, a fait l'objet d'un renforcement par le biais des pouvoirs de contrôle en matière de subsidiarité conférés aux parlements nationaux par le Traité de Lisbonne. A cet égard, les pouvoirs qui leur ont ainsi été conférés sont aussi l'occasion pour eux de se réorganiser afin d'assurer un contrôle plus efficace du travail des ministres et des autres représentants nationaux au sein du Conseil. Il reste toutefois quelques domaines dans lesquels un déficit démocratique demeure, et en premier lieu dans le domaine de l'UEM. Nous citerons à titre symbolique la confirmation en cours par les gouvernements des Etats de la nomination d'un membre du directoire de la BCE contre l'avis du Parlement européen. Ce dernier avait en effet protesté contre l'absence totale de femme au sein du directoire, alors que tous les gouverneurs des banques centrales des Etats membres de la zone euro étaient déjà des hommes.

La Cour de justice s'assure quant à elle du respect par les institutions de leurs compétences mutuelles. Sa jurisprudence récente peut toutefois apparaître un peu trop favorable au Parlement européen au détriment notamment des intérêts étatiques, ce qui pourrait, à terme, provoquer des tensions avec certains Etats membres si elle ne prenait pas garde de modérer sa position.

Enfin, une traduction de cet équilibre des intérêts se trouve dans le régime consociatif européen. Si aux Etats-Unis un régime présidentiel a été établi qui permet une alternative partisane, la perspective d'un "grand soir" institutionnel qui conduirait à une évolution vers un régime présidentiel ou un régime parlementaire au niveau européen semble devoir être écartée. A rebours des propositions de simplifications, "simplificatrices" pourrait-on dire, du système institutionnel européen, la diversité culturelle et linguistique européenne appelle à comparer avec la Suisse qui connaît un système directorial caractérisé par le consociationalisme. Le Conseil européen est également à citer comme soutien du maintien de ce consociationalisme. L'évolution des traités européens va dans le sens du renforcement de son rôle de moteur de l'Union européenne : symboliquement avec son nouveau statut d'institution, et plus concrètement avec son rôle décisif dans la gestion de la crise de la zone euro. Par le biais de

---

<sup>1503</sup> Shäuble prophezeit baldiges Europa-referendum, *Spiegel online*, 23.06.2012 : <http://www.spiegel.de/politik/ausland/euro-krise-schaeuble-prophezeit-baldiges-europa-referendum-a-840549.html>.



cette institution, les chefs d'Etats et de gouvernement désirent exercer un pouvoir plus important sur le processus décisionnel européen, en raison de l'extension des compétences européennes.

Si le consociationalisme présente l'avantage de permettre une véritable prise en compte des différents intérêts, la contrepartie en est l'absence d'alternative partisane à proposer aux citoyens européens. Ce dernier point ne favorise pas une participation importante aux élections européennes. Plus globalement le régime consociatif européen contribue au reproche de déficit démocratique fait à l'Union européenne. Les citoyens européens ne perçoivent pas, en effet, le contrôle effectué par les députés européens, ils n'ont pas connaissance des longues discussions destinées à trouver un compromis entre les positions du Conseil et du Parlement européen, sous le contrôle de la Commission européenne. Il est donc nécessaire d'ouvrir des voies d'expression alternatives à la seule élection du Parlement européen, dans la lignée de l'initiative citoyenne européenne, afin d'éviter que l'unique moyen de protester contre des mesures européennes soit de voter pour des partis rejetant la construction européenne.

**1070.**La stabilité de l'Union européenne se joue sur ces deux plans institutionnel et matériel. Les dirigeants européens doivent trouver des solutions appropriées permettant d'assurer un soutien des citoyens européens à la fois aux transferts de compétences qui s'avèrent nécessaires et au système institutionnel européen. La pédagogie sur le fédéralisme pourrait à cet égard les aider à améliorer l'opinion des citoyens européens concernant l'Union européenne.

## BIBLIOGRAPHIE

### Précisions destinées aux lecteurs :

- Les citations en note de bas de page reprennent toujours le ou les auteurs et le ou les premiers mots afin de permettre au lecteur de retrouver la référence dans la bibliographie s'il ne désire pas revenir à la première référence, complète, énoncée dans le chapitre en note de bas de page.
- Pour la version électronique, il suffit de cliquer sur le numéro de renvoi pour retrouver la première note avec la référence complète
- La bibliographie ne reprend pas les textes de lois, ou textes réglementaires évoqués dans les notes de bas de page
- En l'absence de mention expresse contraire, les références URL mentionnées ont été consultées pour la dernière fois en octobre 2012

### Sommaire de la bibliographie

#### **I. Général**

- A. Manuels
- B. Commentaires des traités européens et des constitutions
- C. Ouvrages et articles généraux
- E. Ouvrages et articles de théorie du droit et de théorie de l'Etat
  - 1) Général
  - 2) La pensée de Schmitt et de Kelsen
  - 3) Réflexions sur la souveraineté
- E. Discours, écrits de politiciens

#### **II Découpage thématique**

- A. Sur le Fédéralisme
  - 1) Théories sur le fédéralisme
  - 2) Ouvrages et articles généraux sur le fédéralisme dans les systèmes étudiés
  - 3) Fédéralisme dualiste / fédéralisme coopératif
  - 4) La compétence internationale et de défense dans les unions fédérales
  - 5) Le système financier dans un système fédéral
- B. La stabilisation de la Fédération
  - 1) La théorie de l'institution
  - 2) L'homogénéité
  - 3) Le fonctionnement cohérent de l'Union européenne
  - 4) Le règlement des litiges internes à la Fédération
  - 5) Surveillance fédérale, intervention fédérale et exécution fédérale
  - 6) La fidélité fédérale et la coopération loyale
- C. Le sentiment d'appartenance fédéral
  - 1) Patriotisme constitutionnel
  - 2) Identité européenne
  - 3) Identité allemande
  - 4) Identité américaine
  - 5) Identité suisse
  - 6) Identité comparée
- D. L'intégrité des Etats membres
  - 1) Les rapports entre droits nationaux et droit de l'Union européenne
  - 2) Les décisions Maastricht et Lisbonne de Karlsruhe
  - 3) Le contrôle ultra vires
  - 4) L'identité constitutionnelle des Etats et les limites matérielles à la révision constitutionnelle
  - 5) Droit de retrait et droit de sécession



#### E. Sur l'équilibre des compétences

##### 1) Les compétences et leur répartition

a) Union européenne

b) Allemagne

c) Etats-Unis

d) Suisse

e) Comparaison sur les compétences

##### 2) Sur l'encadrement de l'exercice des compétences fédérales

a) La subsidiarité

b) Clause de besoin et clause de nécessité en droit allemand

c) Comparaison de l'encadrement de l'exercice des compétences fédérales

#### F. Sur l'équilibre des intérêts dans la prise de décision fédérale

##### 1) Sur le choix du siège des institutions fédérales

##### 2) Union européenne

a) Rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne

b) Les institutions européennes

c) La prise de décision dans l'Union européenne

La coopération interinstitutionnelle

L'équilibre institutionnel

d) Hiérarchie des normes en droit de l'Union européenne

e) Le déficit démocratique

f) Le système partisan

##### 3) Allemagne

a) Le système institutionnel et la procédure de décision

b) Sur l'équilibre institutionnel

##### 4) Etats-Unis

a) Les institutions fédérales et la procédure de décision

b) Le système partisan

##### 5) Suisse

a) Conseil fédéral

b) Le système de concordance en Suisse

6) Perspective comparée sur les institutions fédérales

### **III. Jurisprudence**

A. Union européenne

B. Allemagne

C. Etats-Unis

D. Tribunal fédéral suisse

E. Décisions d'autres juridictions

### **IV. Documents des institutions**

A. Documents des institutions européennes

B. Textes des institutions allemandes

C. Textes des institutions américaines

D. Textes des institutions suisses

E. Textes des institutions françaises

## ***I. Général***

### **A. Manuels**

#### **Manuels français de droit constitutionnel**

- BURDEAU (Georges), HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ,



23<sup>e</sup> éd., 1993, 736 p.

- CHANTEBOUT (Bernard), *Droit constitutionnel*, 29<sup>e</sup> éd., A. Colin, 2012, 672 p. (20<sup>e</sup> éd. 2003 citée)
- CONSTANTINESCO (Vlad), PIERRE-CAPS (Stéphane), *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis Droit public, 2011, 592 p. (1<sup>ère</sup> éd. 2004 citée)
- GICQUEL (Jean), GICQUEL (Jean-Eric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, 894 p. (21<sup>e</sup> éd. 2008 citée)
- PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Droit constitutionnel*, 30<sup>e</sup> éd., A. Colin, 2012, 640 p. (24<sup>e</sup> éd. 2005 citée)
- TROPER (Michel), HAMON (Francis), *Droit constitutionnel*, 33<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2012, 912 p. (cité 31<sup>e</sup> éd. 2009)

### **Manuels Français de droit international public**

- COMBACAU (Jean), SUR (Serge), *Droit international public*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, 820p.
- DUPUY (Pierre-Marie), KERBRAT (Yann), *Droit international public*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 879 p. (9<sup>e</sup> éd. 2008 citée, Pierre-Marie DUPUY étant alors le seul auteur)
- VERHOEVEN (Joe), *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p.

### **Manuels de droit de l'Union européenne**

- BLUMANN (Claude), DUBOUIS (Louis), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2010, 828 p.
- BLUMANN (Claude), DUBOUIS (Louis), *Droit matériel de l'Union européenne*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2012, 805 p. (la 5<sup>e</sup> éd., 2009, est également citée)
- BOGDANDY (Armin von), BAST (Jürgen) (éd.) *Principles of European Constitutional Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Hart Publishing, 2009, 856 p.
- ISAAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit général de l'Union Européenne*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2012, 539 p. (9<sup>e</sup> éd., 2006, citée)
- JACQUE (Jean-Paul), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, 770 p. (5<sup>e</sup> éd. 2009, et 3<sup>e</sup> éd. 2004 citées)
- KOENIG (Christian), HARATSCH (Andreas), *Europarecht*, 8. Aufl., Tübingen, Mohr, 2012, 742 p. (5. Auf. 2006 citée)
- MANIN (Philippe), *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, A. Pédone, 2004, 555 p.
- OPPERMAN (Thomas), CLASSEN (Claus Dieter), NETTESHEIM (Martin), *Europarecht*, München, Beck, 4. Aufl., 2009, 826 p.
- SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd, PUF, 2001, 779 p.

### **Manuels d'histoire du droit constitutionnel allemand**

- BOLDT (Hans), *Deutsche Verfassungsgeschichte. Bd.II. Von 1806 bis zur Gegenwart*, éd. deutscher Taschenbuch Verlag, 1993, 400 p.
- HUBER (Ernst Rudolf), *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag :
  - \* *Bd.I : Reform und Restauration 1789 bis 1830*, 1990, 820 p.
  - \* *Bd.II : Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850*, 1988, 935 p.
  - \* *Bd.III : Bismarck und das Reich*, 1988, 1074 p.
  - \* *Bd.VI : Die Weimarer Reichsverfassung*, 1981, 1146 p.
  - \* *Bd.VII : Die Weimarer Reichsverfassung*, 1984, 1281 p.
- MARCKS (Erich), *Der Aufstieg des Reiches. Deutsche Geschichte von 1807 bis 1871/78. Bd. 2 : Bismarck*, Stuttgart, Dt. Verlags-Anst., 1936, 612 p.

### **Manuels de droit constitutionnel allemand**

- ANSCHÜTZ (Gerhard), MEYER (Georg), *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 7<sup>e</sup> éd., München, Duncker & Humblot, 1919, 1067 p.
- AUTEXIER (Christian), *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, 379 p.
- BENDA (Ernst), MAIHOFFER (Werner), VOGEL (Hans-Jochen), *Handbuch des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland*, 2. Aufl., Berlin, éd. de Gruyter, 1995, 1771 p.



- DEGENHART (Christoph), *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 28. Aufl., Heidelberg, Müller, 2012, 377 p. (20. Aufl. 2004 citée)
- DUTHOIT (Eugène), *Le droit constitutionnel de l'Empire allemand*, Paris, éd. A. Rousseau, 1897, 200 p.
- GIESE (Friedrich), *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 8. Aufl, Berlin, Heymann, 1931, 378 p.
- LABAND (Paul), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bände*, Tübingen, Mohr, (citations de la 4<sup>e</sup> édition de 1901 ainsi que de la 5<sup>e</sup> édition de 1911).
- LABAND (Paul), *Le droit public de l'Empire allemand, t.1*, trad. de GANDILHON (Camille), Paris, éd. Giard et Brière, 1900, 540 p.
- MAURER (Hartmut), *Staatsrecht I : Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 6. Aufl., München, Beck, 2010, 784 p. (5. Aufl. 2007 citée)
- STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.I*, München, Beck, 2. Aufl., 1984, 1111 p.
- STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.II*, München, Beck, 1980, 1544 p.
- STERN (Klaus), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2. Halbband*, München, Beck, 1994, 1918 p.

#### **Manuels de droit suisse :**

- AUBERT (Jean-François), *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 vol., Neuchâtel, Éd. Ides et calendes, 1967, 785 p.
- AUBERT (Jean-François), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, vol. I, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991, 556 p.
- AUBERT (Jean-François), MÜLLER (Jörg P.), THÜRER (Daniel) (dir.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, schulthess, Zürich, 2001, 1450 p.
- AUER (Andreas), MALINVERNI (Giorgio), HOTTELIER (Michel), *Droit constitutionnel suisse, vol.1 : L'Etat*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, Staempfli, 2006, 837 p. (L'édition de 2000 est également citée)
- BRIDEL (Marcel), *Précis de droit constitutionnel et public suisse, tome I, Notions préliminaires et fondamentales*, Payot, Lausanne, 1965, 379 p.
- FLEINER (Fritz), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tubingen, Mohr, 1923, 813 p.
- FLEINER (Fritz), GIACOMETTI (Zaccaria), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Polygraph. Verlag, Zurich, 1949, 971 p.
- GIACOMETTI (Zaccaria), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, Polygraph. Verlag AG., 1949, 971 p.
- HÄFELIN (Ulrich), HALLER (Walter), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl. Schulthess, Zürich, 2012, 650 p. (5. Aufl. 2001 citée)
- HÄFELIN (Ulrich), HALLER (Walter), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Schulthess, Zurich, 1998, 637 p.
- HANGARTNER (Yvo), *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. I*, Zurich Schulthess, 1980, 244 p.
- TSCHANNEN (Pierre), PREDL (Doris), *Eidgenössisches Organisationsrecht*, Berne, Éd. Stämpfli, 1997, 383 p.

## **B. Commentaires des traités européens et des constitutions**

### **Commentaires des traités européens**

- BURGORGUE-LARSEN (Laurence), LEVADE (Anne), PICOD (Fabrice) (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article, t.1, parties I et IV : Architecture constitutionnelle*, Bruylant, 2007, 1106 p.
- CALLIESS (Christian), RUFFERT (Matthias) (hrsg.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1999, 2392 p.



- CALLIESS (Christian) (hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union : Kommentar der Grundlagenbestimmungen (Teil I)*, München, Beck, 2006, 656 p.
- CONSTANTINESCO (Vlad), GAUTIER (Yves), SIMON (Denys) (dir.), *Traités d'Amsterdam et de Nice : commentaire article par article*, Economica, 2007, 1024 p.
- CONSTANTINESCO (Vlad), GAUTIER (Yves), MICHEL (Valérie), (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, 462 p.
- CONSTANTINESCO (Vlad), JACQUE (Jean-Paul), KOVAR (Robert), SIMON (Denys) (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p.
- DUHAMEL (Olivier), *Pour l'Europe. Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Seuil, 2003, 435 p.
- GLOOS (Jim), REINESCH (Gaston), VIGNES (Daniel), WEYLAND (Joseph), *Le Traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 1993, 814 p.
- GROEBEN (Hans von der), THIESING (Jochen), EHLERMANN (Claus-Dieter) (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5 Bände, Baden-Baden, Nomos, 1997-1999.
- GROEBEN (Hans von der), SCHWARZE (Jürgen) (hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl., 4 Bände, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG (Wolff), VEDDER (Christoph) (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag. Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2007, 1248 p.
- LEGER (Philippe) (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, 2000, 2060 p.
- MEGRET (J.) (éd.), *Le droit de la CEE : Commentaire Mégret, vol. I*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd. 1992, 508 p.
- SCHWARZE (Jürgen), (hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 2660 p.
- STREINZ (Rudolf) (hrsg.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - Kommentar*, München, Beck, 2003, 2734 p.

## **Commentaires des constitutions allemandes**

### Commentaires des anciennes constitutions

- ANSCHÜTZ (Gerhard), *Die Verfassung des Deutschen Reiches. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14. Aufl., Berlin, Scientia Verlag, 1933, 800 p.
- POETZSCH-HEFFNER (Fritz), *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919*, Berlin, Liebmann, 1928, 518 p.
- GIESE (Friedrich), *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 8. Aufl., Berlin, Heymann, 1931, 378 p.

### Commentaires de la Loi fondamentale

- DREIER (Horst) (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, Art.20-82*, 2. Aufl., Mohr, 2006, 1996 p.
- DREIER (Horst) (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, Art.83-146 GG*, Tübingen, Mohr, 2000, 1640 p.
- MANGOLDT (Hermann von), KLEIN (Friedrich), STARCK (Christian) (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art.20-78 GG*, 5. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2005, 2745 p.
- MANGOLDT (Hermann von), KLEIN (Friedrich), STARCK (Christian) (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, Art.79-146 GG*, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2001, 3143 p.
- MAUNZ (Theodor), DÜRIG (Günter) (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München, Beck, (Loseblattsammlung (feuilletts) : citations de 1996.
- MÜNCH (Ingo von), KUNIG (Philip) (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar, Bd. II*, 6. Aufl., München, Beck, 2012, 1960 p.
- \* *Grundgesetz Kommentar, Bd.3*, 4. Aufl., Beck, München, 2003, art.70-146 GG, 1692 p.
- SACHS (Michael) (hrsg.), *Grundgesetz : Kommentar*, 6. Aufl., München, Beck, 2011, 2693 p.



(4. et 5. Aufl., 2007, 2009 citées)

- WASSERMANN (Rudolf) (hrsg.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2*, Art.38-146 GG, 2. Aufl., Neuwied, Luchterhand, (Loseblattsammlung (feuillet)) citations de 1989)

- WASSERMANN (Rudolf) (hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I* : Art. 1-37 GG, Neuwied, Kriftel, 2002, 1920 p.

### **Commentaires des Constitutions suisses**

- AUBERT (Jean-François), EICHENBERGER (Kurt), MÜLLER (Jörg Paul), RHINOW (Rene A.), SCHINDLER (Dietrich), (Hrsg.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bd.1*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, (feuillet) : citations de 1986)

- AUBERT (Jean-François), MAHON (Pascal), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Schulthess, 2003, 1515 p.

- BURCKHARDT (Walther), *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, Éd. Stämpfli, 1931, 846 p.

- EHRENZELLER (Bernhard), MASTRONARDI (Philippe), SCHWEIZER (Rainer), VALLENDER (Klaus) (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zurich, Schulthess, 2008, 3037 p.

### **Commentaire de la Constitution des Etats-Unis**

- KILLIAN (Johnny), COSTELLO (George), THOMAS (Kenneth), *The Constitution of the United States of America : Analysis and Interpretation*, Washington, U.S. Government printing office, 2004, 2608 p.

## **C. Ouvrages et articles généraux**

### **Ouvrages généraux sur l'Union européenne**

- AUVRET-FINCK (Josiane) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, 441 p.

- BEAUD (Olivier), LECHEVALIER (Arnaud), PERNICE (Ingolf), STRUDEL (Sylvie) (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, 2004, 832 p.

- BLANQUET (Marc) (dir.), *Mélanges Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, 2 vol., 983 p.

- BLUMANN (Claude), ADAM (Valérie), *La PAC dans la tourmente : la crise de la vache folle*, RTDE, avr.-juin 1997, vol.33 n°2, p.239-293

- BROSSET (Estelle), CHEVALLIER-GOVERS (Constance), EDJAHARIAN (Vérane), SCHNEIDER (Catherine) (dir), *Le Traité de Lisbonne : reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2009, 352 p.

- CARTIER (Marie-Elisabeth) Rapport introductif, in : CARTIER (Marie-Elisabeth) (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.16-31

- COHEN-JONATHAN (Gérard), DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, 307 p.

- DUPRAT (Gérard) (dir), *L'Union européenne. Droit, politique, démocratie*, PUF, 1996, 317 p.

- LOUIS (Jean-Victor), *L'Union européenne et sa monnaie, éd. de l'Université de Bruxelles*, 2009, 328 p.

- MAGNETTE (Paul) (dir.), *La constitution de l'Europe*, Textes issus du colloque organisé par l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, 215 p.

- MASLET (Jean-Claude), RUIZ FABRI (Hélène), BOUTAYEB (Chahira), RODRIGUES (Stéphane), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Pédone, 2010, 937 p.

- RIDEAU (Joël) (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit : continuités et avatars*



*européens*, LGDJ, 2000, 515 p.

- SCHARPF (Fritz W.), *Gouverner l'Europe*, Presses de Science Po, 2000, 238 p.

- SCHARPF (Fritz W.), *Governing in Europe : effective and democratic*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 243 p.

- TOULEMON (Robert), *La Construction européenne*, Librairie générale française, 2<sup>e</sup> éd., 1999, 288 p.

- WEILER (Joseph H.H.), *The Constitution of Europe : "do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge University Press, 1999, 364 p.

### Articles généraux sur l'Union européenne :

- AZOULAI (Loïc), La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation, *RFDA*, septembre/octobre 2003, pp.859-875

- BLUMANN (Claude), Quelques réflexions sur le projet de Constitution de l'Union européenne, *RDP*, 2003, n°5, pp.1269-1273

- BLUMANN (Claude), La relance de l'Europe : le traité simplifié, *La Semaine Juridique (Éd. générale)*, 11 juillet 2007, n°28, p.317

- BUCHANAN (James M.), Europe's Constitutional Opportunity, in : VIBERT (Frank) (dir.), *Europe's Constitutional Future*, Londres, Institute of Economic Affairs IEA Readings, 1990, pp.1-20

- DUCHENE (François), La Communauté européenne et les aléas de l'interdépendance, in : KOHNSTAMM (M.), WOLFGANG (H.) (dir.), *L'Europe avec un grand E*, Paris, Robert Laffont, 1973, p.17-35

- JACQUÉ (Jean-Paul), WEILER (Joseph), On the road to European Union – a new judicial architecture : an agenda for the intergovernmental conference, *CMLR*, 1990, pp.185-207

- KAUFF-GAZIN (Fabienne), PIETRI (Martin), Premières analyses du projet de Constitution européenne, *Europe*, août-septembre 2003, p.3-9

- LECA (Jean), Questions sur la "constitution" de l'Europe, in : BEAUD (Olivier), LECHEVALIER (Arnaud), PERNICE (Ingolf), STRUDEL (Sylvie) (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, Bruylant, 2004, pp.105-115

- LENAERTS (Koenraad), La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne ?, *JTDE*, février, 2002, pp.29-43

- MANNERS (I.), Normative power Europe : A contradiction in terms ?, *JCMS*, Juin 2002, vol.40 n°2, pp.235-258

- MANNERS (I.), Normative power Europe : Beyond the crossroads, *Journal of European Public Policy*, 2006, vol.13 n°2, pp.182-199.

- NABLI (Bélig), L'Etat membre : l'« hydre » du droit constitutionnel européen. Une figure étatique à visages multiples, in : *VII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, 24 p. :

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/nabli.pdf>

- NEFRAMI (Eleftheria), A propos du principe de primauté, in : BROSSET (Estelle), CHEVALLIER-GOVERS (Constance), EDJAHARIAN (Vérane), SCHNEIDER (Catherine) (dir), *Le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2009, pp.199-221

- PESCATORE (Pierre), aspects judiciaires de l'acquis communautaire, *RTDE*, 1981, pp.617-651

- PICOD (Fabrice), Les voies juridictionnelles de garantie des droits fondamentaux, in : COHEN-JONATHAN (Gérard), DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, pp. 241-252

- QUERMONNE (Jean-Louis), Le Traité de Lisbonne au regard du traité constitutionnel, in : BROSSET (Estelle), CHEVALLIER-GOVERS (Constance), EDJAHARIAN (Vérane), SCHNEIDER (Catherine) (dir), *Le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2009, pp.5-11

- SNYDER (Francis), General Course on constitutional law of the European Union, *collected courses of the Academy of European law*, vol VI, livre 1, 1998, pp.41-155.

- WEILER (Joseph H.H.), The Reformation of European Constitutionalism, *JCMS*, 1997, vol.35, n°1, pp.97-131

- WEILER (Joseph H.H.), The transformation of Europe, *The Yale Law Journal*, 1991, vol.100, n°8, pp.2403-2483



### **Ouvrages généraux sur le système allemand**

- DETJEN (Joachim), *Die Werteordnung des Grundgesetzes*, Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, 439 p.
- HIRTH (Georg), SEYDEL (Max) (Hrsg.), *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*, München, Hirth, 1886, 983 p.
- NAWIASKY (Hans), *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland : systematische Darstellung und kritische Würdigung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1950, 138 p.
- NIPPERDEY (Thomas), *Deutsche Geschichte 1866 - 1918, Bd. II*, München, Beck, 1992, 948 p.
- PREUß (Hugo), *Staat, Recht und Freiheit, aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte*, Tübingen, Mohr, 1926 (réimp. Georg Olms, Hildesheim, 2006, 588 p.)

### **Ouvrages généraux sur la Suisse**

- DUBS (Jakobs),



- "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt, Éd. Panthéon-Assas, 2007, pp.127-152.
- BEAUD (Olivier), Kelsen contre schmitt : un dialogue de sourds ?, in : BEAUD (Olivier), PASQUINO (Pasquale), *La controverse sur "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, pp.197-207
  - \* Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé, in : SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, pp.5-113
  - BEAUD (Olivier), PASQUINO (Pasquale), *La controverse sur "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, 212 p.
  - DREIER (Hans), The essence of democracy – Hans Kelsen and Carl Schmitt juxtaposed, in : DINER (Dan), STOLLEIS (Michael) (éd.), *Hans Kelsen and Carl Schmit*, Gerlingen, Blecher Verlag, 1999, pp.71-79.
  - KELSEN (Hans), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 2<sup>e</sup> éd., 1928 (réimp. 1960), 320 p.
  - \* *La Démocratie. Sa nature, sa valeur* (1929), Paris, Dalloz, 2004, 121 p.
  - \* La garantie juridictionnelle de la Constitution, *RDP*, 1928, pp.197-257
  - \* *Peace through law*, The University of North Carolina Press, 1944, 155 p.
  - \* *Théorie générale des normes*, trad. de BEAUD (Olivier) et MALKANI (Fabrice), PUF, 1996, 604p.
  - \* *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. de LAROCHE (Béatrice), LGDJ, 1997, 517 p.
  - \* *Théorie pure du droit*, introduction à la science du droit, 1<sup>ère</sup> éd., trad. par THEVENAZ (Henry), éd. de La Baconnière, 1953, 205 p.
  - \* *Théorie pure du droit*, trad. de la 2<sup>e</sup> éd. par EISENMANN (Charles), Dalloz, 1977, 496 p.
  - \* Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, *RCADI*, 1928, vol.14, pp.231-331
  - KERVEGAN (Jean-François), La critique schmittienne du normativisme kelsénien, in : HERRERA (Carlos-Miguel) (dir.), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, L'harmattan, 2000, pp.229-241.
  - KLEIN (Claude) "the Eternal Constitution" – contrasting Hans Kelsen and Carl Schmitt, in : DINER (Dan), STOLLEIS (Michael) (éd.), *Hans Kelsen and Carl Schmit. A juxtaposition*, Blecher Verlag, Gerlingen, 1999, pp.61-70.
  - KERVEGAN (Jean-François), *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, PUF, 1992, 345 p.
  - LE DIVELLEC (Armel), Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse, in : BEAUD (Olivier), PASQUINO (Pasquale), *La controverse sur "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, pp.33-80.
  - LEPSIUS (Oliver), Der Hüter der Verfassung - demokratietheoretisch betrachtet, BEAUD (Olivier), PASQUINO (Pasquale), *La controverse sur "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, pp.103-126
  - MOUFFE (Chantal), Penser la démocratie moderne avec, et contre, Carl Schmitt, *Revue française de science politique*, 1992, n°1, pp. 83-96
  - PFERSMANN (Otto), Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité, *Revue d'Allemagne*, 1996, pp.171-185
  - RAMEL (Frédéric), Carl Schmitt face à Hans Kelsen : la joute se poursuit à l'échelle internationale, *Études internationales*, vol. 40, n° 1, 2009, p.17-35.
  - SCHMITT (Carl), Der Hüter der Verfassung, *AöR*, 1929, n°55, pp.151-237.
  - \* *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Mohr, 1914 (reed.2004), 108 p.
  - \* *La dictature*, trad. de Köller (Mira) et Ségлар (Dominique), éd. Seuil, 2000, 329 p.
  - \* *La notion de politique*, trad. de STEINHAUSER (Marie-Louise), Flammarion, 1992, 323 p.
  - \* Legalität und Legitimität, in : *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958, pp.263-350.
  - \* *Théorie de la Constitution*, trad. de DEROCHE (Lilyane), PUF, 1993, 576 p.
  - SCHÖNBERGER (Christoph), Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen



: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen, in : BEAUD (Olivier), PASQUINO (Pasquale), *La controverse sur "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, pp.177-195

- TUCHSCHERER (Emmanuel), Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre, *Mots. Les langages du politique*, n°73 "Les discours de la guerre", 2003, pp.25-42

### **3) Réflexions sur la souveraineté**

- BEAUD (Olivier), *État et souveraineté : Éléments pour une théorie de l'État*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Paris II, 1989, dactyl. 606 p.

\* *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, 512 p.

\* La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle, *RFDA*, 1993, n°6, pp.1045-1068

- FERRY (Jean-Marc), Le problème de la souveraineté en regard d'une union politique européenne, in : MAGNETTE (Paul), *La constitution de l'Europe*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp.53-68.

- WALKER (Neil) (éd.) *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 572 p.

## **E. Discours, écrits de politiciens**

- BADINTER (Robert), *Une constitution européenne*, Paris, Fayard, 2002, 179 p.

- BASLER (Roy) (ed), *The collected works of Abraham Lincoln*, 8 vol., Rutgers University Press, New Brunswick, 1953

- DELORS (Jacques), *Le Nouveau concert européen*, Paris, Odile Jacob, 1992, 349 p.

- FORD (Paul Leicester) (éd.), *The Works of Thomas Jefferson*, 12 vol., New York, G.P. Putnam's Sons, 1904-1905,

- JEFFERSON (Thomas Randolph) (éd.), *Memoirs, Correspondence, and Private Papers of Thomas Jefferson*, Londres, éd. Colburn, 1829, 4 vol.

- HUNT (Gaillard) (éd.), *The Writings of James Madison*, 9 vol., New York, G.P. Putnam's Sons, 1901-1910

- KOHL (Horst) (Hrsg.), *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck*, 13 Bände, Stuttgart, Cotta, 1892-1905

- LEFORT (Bernard) (éd.), *Une Europe inédite : documents des archives Jean Monnet*, Québec, Presses universitaires du Septentrion, 2001, 478 p.

- MADISON (James), *Notes of debates in the Federal Convention of 1787 reported by James Madison*, New York, W.W. Norton and Co., 1987, 720 p.

- MARHOLD (Hartmut), *Le nouveau débat sur l'Europe. Textes réunis et commentés par Hartmut Marhold*, Presses d'Europe, 2002, 496 p.

- MARJOLIN (Robert), *Memoirs 1911-86 : Architect of European Unity*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1989, 407 p.

- MONNET (Jean), *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, 642 p.

- POSCHINGER (Heinrich von) (Hrsg.), *Die Ansprachen des Fürsten Bismarck 1848-1894*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1895, 358 p.

- RICHARDSON (James D.), *A compilation of the messages and papers of the Presidents, 1789-1902*, 11 vol., New York, Bureau of National Literature and Art, 1902-1904

- SPINELLI (Altiero), *The Eurocrats : Conflict & Crisis in the European Community*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1966, 229 p.

## **II Découpage thématique**

### **A. Sur le Fédéralisme**

#### **1) Théories sur le fédéralisme**

- ARON (Robert), MARC (Alexandre), *Principes du fédéralisme*, Le Portulan, 1948, 147 p.



- BEAUD (Olivier), Du nouveau sur l'Etat fédéral, *Droits*, 2006, n° 42, pp. 229-246
- \* Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération, in : HERRERA (Carlos-Miguel) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, pp.47-84.
- \* La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la fédération, in : KERVEGAN (Jean-François), MONHAUPT (Heinz), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Francfort, Klostermann, 1997, pp.197-270
- \* *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, 447 p.
- BINDING (Karl), *Zum Werden und Leben der Staaten*, München, Duncker & Humblot, 1920, 409 p.
- BRIE (Siegfried), *Theorie der Staatenverbindungen*, Stuttgart, F. Enke, 1886, 135 p.
- \* Zur Lehre von den Staatenverbindungen, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1884, n°11, pp.85-159 (reproduit dans JELLINEK (Georg), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, éd. Keip, 1996, 413 p.)
- FORSYTH (Murray), *Unions of States. The theory and practice of confederation*, New York, Leicester University Press, Holmes & Meier publishers, 1981, 236 p.
- \* Vers un nouveau concept de confédération, in : COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le concept contemporain de confédération*, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, n°11, pp.61-70
- GREBER (Anton), *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Fribourg Suisse, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, 256 p.
- JELLINEK (Georg), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Goldbach, éd. Keip, 1996, 413 p.
- KRAMER (Larry), Understanding federalism, *Vanderbilt Law Review*, 1994, n°47, pp.1485-1561
- KUSCHNICK (Michael), *Integration in Staatenverbindungen. Vom 19. Jahrhundert bis zur EU nach dem Vertrag von Amsterdam*, éd. Walter de Gruyter, 1999, 258 p.
- LE FUR (Louis), *Etat fédéral et la Confédération d'Etats*, éd. Panthéon-Assas, 2000, 839 p.
- LENAERTS (Koenraad), Constitutionalism and the many faces of federalism, *American Journal of Comparative Law*, 1990, p.205-263
- LESGUILLONS (Henry), *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, LGDJ, 1968, 319 p.
- PERNICE (Ingolf), MAYER (Franz C.), De la constitution composée de l'Europe, *RTDE*, 2000, vol.36 n°4, pp.623-647
- SEYDEL (Max von), *Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich*, (éd. citées : 1<sup>ère</sup> éd., Stuber, 1873 ; 2<sup>e</sup> éd., Mohr, 1897, 456 p.)
- SEYDEL (Max von), *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Mohr, 1893 (réimp. The collection of the University of Michigan Library, 256 p.)
- WAITZ (Georg), das wesen des Bundesstaates, *Allgemeine Wochenschrift für Wissenschaft und Literatur*, 1853, pp.494-530
- WHEARE (Kenneth), *Federal Government*, Londres, 4<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 1963, 266p.
- ZOLLER (Elisabeth), Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'État, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t.294, pp.41-166

## **2) Ouvrages et articles généraux sur le fédéralisme dans les systèmes étudiés**

### **La réflexion sur la nature juridique de l'Union européenne**

- BEAUD (Olivier), Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel, *Annuaire de droit européen*, 2003 (publié en 2005), vol.1, pp. 87-111
- \* Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.125-180.
- CROISAT (Maurice), QUERMONNE (Jean-Louis), *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd. 1999 (156 p.)
- DUBOUIS (Louis), La nature juridique de l'Union européenne, in : COHEN-JONATHAN (Gérard),



DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, pp.81-96

- LEBEN (Charles), A propos de la nature juridique des Communautés européennes, *Droits*, n°14, 1991, pp.61-72

- PINDER (John), Le fédéralisme de l'Union européenne : six questions posées aux Suisses, in : BELLET (Marc de), SIDJANSKI (Dusan) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Institut européen de l'université de Genève, 1996, pp.47-55

### **Le fédéralisme allemand**

- ARNIM (Hans Herbert von), FÄRBER (Gisela), FISCH (Stefan), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 344 p.

\* Das föderative Deutschland – Motor oder Hemmschuh notwendiger politischer Reform, in : ARNIM (Hans Herbert von), FÄRBER (Gisela), FISCH (Stefan), *Föderalismus*, Duncker & Humblot, 2000, pp.19-28

- ISENSEE (Josef), Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in : BADURA (Peter), DREIER (Horst), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II*, Tübingen, Mohr, 2001, pp.719-770

\* Mit blauem Auge davongekommen – das Grundgesetz. Zu Arbeit und Resultat der Gemeinsamen Verfassungskommission, *NJW*, 1993, pp.2583-2586

- HESSE (Konrad), *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, Müller, 1962, 34 p.

- LASSALLE (Claude), *Le fédéralisme dans la loi fondamentale de la République fédérale allemande*, PUF, 1954, 144 p.

- LERCHE (Peter), *Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen*, München, Bayer, Staatskanzlei, 1968, 63 p.

- SCHWANENGEL (Witto), Die Malaise des deutschen Bundesstaates, *DÖV*, Juli 2004-Heft 13, pp. 553-560

- SPREEN (Holger), Wachsende Zuständigkeiten von Bund und EU. Sind die Bundesländer noch zu retten ?, *ZRP*, 2004, Heft 2, pp.47-49

- VOLMERANGE (Xavier), *Le Fédéralisme allemand face au droit communautaire*, L'Harmattan, 2000, 392 p.

- ZINN (Georg-August), Der Bund und die Länder, *AöR*, 1949, n°75, pp.291-306

### **Le fédéralisme américain**

- ACKERMAN (Bruce), *We the people, Bd.1*, Belknap Press of Harvard University Press, 1991, 369 p.

- BEER (Samuel), Federalism, nationalism, and democracy in America, *The American Political Science Review*, 1979, vol.72, pp.9-21

- DAVIS (Jefferson), *The rise and fall of the Confederate Government*, New York, Garrett & Massie, 1881 (2 vol. de 604 p. chacun)

- GRODZINS (Morton), *The American system : A new view of the government of the United States*, Chicago, éd. Rand McNally, 1966, 404 p.

- HAMILTON (Alexander), JAY (John), MADISON (James), *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, 788p.

- KURLAND (Philip B.), Lerner (Ralph) (éd.), *The Founders' Constitution, vol.4*, Liberty Fund, Indianapolis, 2001

- LABOULAYE (E.-R. Lefebvre de), *Histoire des Etats-Unis. Volume 3 : La constitution des Etats-Unis, 1781-1789*, 2° éd., Paris, Charpentier, 1867, 576 p.

- SKOWRONEK (Stephen), *Building a new American state. The expansion of national administrative capacities, 1877-1920*, Cambridge University Press, 1982, 389 p.

- ZOLLER (Elisabeth), *Le droit des Etats-Unis*, PUF, 2000, 127 p.

### **Le fédéralisme suisse**

- GERMANN (Raimund E.), Commissions extra-parlementaires et fédéralisme en Suisse, in : BELLET (Marc de), SIDJANSKI (Dusan) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme*



- suisse, Institut européen de l'université de Genève, 1996, pp.110-118.
- LASSERRE (David), *Etapas du fédéralisme. L'expérience suisse*, Lausanne, Éd. Rencontre, 1954, 304 p.
  - MACHERET (Augustin), buts et spécificités du droit constitutionnel suisse, in : AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zürich, 2001, pp.129-147
  - NEIDHART (Leonhard), *Reform des Bundesstaates, Analysen und Thesen*, Bern, Francke, 1970, 135 p.
  - SALADIN (Peter), Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, *ZSR*, 1984, vol.103 II, pp432-590

### **Le fédéralisme sous une lecture comparative**

- BELLET (Marc de), SIDJANSKI (Dusan) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, colloque Latsis, 1995, publications de l'institut européen de l'université de Genève, 1996, 209 p.
- BÖHMER (Alexander), *Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871 : vom dualistischen zum transnationalen Föderalismus*, Duncker & Humblot, 1999, 231 p.
- CATA BACKER (Larry), The extra-national State : American confederate federalism and the European Union, *Columbia Journal of European Law*, 2001, n°7, pp.173-240
- FLEINER (T.), Föderalistische und demokratische Institutionen und Verfahren zur Lösung ethnischer Konflikte, in : SAMARDZIC (S.), FLEINER (T.) (Hrsg.), *Föderalismus und Minderheitenproblem in multiethnischen Gemeinschaften. Eine vergleichende Analyse über die Schweiz und Jugoslawien*, Publications de l'Institut du Fédéralisme, Fribourg Suisse, 1995, pp.41-92
- GUNLICKS (Arthur B.), Föderative Systeme im Vergleich : die USA und Deutschland, in : ARNIM (Hans Herbert von), FÄRBER (Gisela), FISCH (Stefan), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp.41-62
- JACKSON (Vicki C.), Narratives of federalism : of continuities and comparative constitutional experience, *Duke Law Journal*, 2001, n°51, pp.223-287
- RIKER (William H.), *Federalisms : origin, operation, significance*, Boston, éd.Little, 1964, 169p.
- SCHINDLER (Dietrich), Schweizerischer Föderalismus - europäischer Föderalismus, in : THÜRER (Daniel), LEDERGERBER (Elmar) (Hrsg.), *Regional- und sicherheitspolitische Aspekte Europas*, Europa Institut Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, pp.53-61
- SEILER (Daniel-Louis), L'apport de l'expérience suisse, in : BELLET (Marc de), SIDJANSKI (Dusan) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Institut européen de l'université de Genève, 1996, p.29-46
- STURM (Roland), *Strategien intergouvernementalen Handelns. Zu neueren Tendenzen des Föderalismus in Deutschland und in den USA*, Tübingen, Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung, 1996, 24 p.

### **3) Fédéralisme dualiste / fédéralisme coopératif**

- AMAR (Akhil Reed), MARCUS (Jonathan L.), Double jeopardy law after Rodney King, *Columbia Law Review*, 1995, Vol.95 n°1, pp. 1-59
- BEER (Samuel), Federalism, nationalism, and democracy in America, *The American Political Science Review*, 1979, vol.72, pp.9-21
- CORWIN (Edward S.), The Passing of Dual Federalism, *Virginia Law Review*, 1950, vol. 36 n°1, pp.1-24.
- DOMINICE (Christian), Fédéralisme coopératif, *ZSR*, 1969, NF 88, II, pp.743-893
- DUPONT-LASSALLE (Julie), La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ?, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, pp.47-71
- HÄFELIN (Ulrich), Der Kooperative Föderalismus in der Schweiz, *ZSR*, 1969, NF 88, II, pp.549-741
- HUBER (Karl), Koordination als Begriff des Bundesrechts, in : *Mélanges Henri Zwahlen*,



Lausanne, Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal, 1977, pp.323-338

- LOW (Peter W.), HOFFMANN (Joseph L.), *Federal Criminal Law*, New York, Foundation Press, 1997, 927 p. (mettre ici?)

- MOGULOF (Melvin B.), The Federal Regional Councils: A Potential Instrument for Planning and Joint Action, *The Social Service Review*, juin 1970, Vol. 44 n°2, pp.132-146

- SIMON (Denys), La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?, *RAE*, 1998, pp.84-94

#### **4) La compétence internationale et de défense dans les unions fédérales**

##### **Union européenne**

- BERMANN (S.) (dir.) (au nom de la représentation permanente de la France auprès de l'UE), *Guide de la politique européenne de sécurité et de défense (PESD)*, novembre 2008, 100 p. :

[http://www.rpfrance.eu/IMG/pdf/Guide\\_de\\_la\\_PESD\\_nov.\\_2008\\_FR.pdf](http://www.rpfrance.eu/IMG/pdf/Guide_de_la_PESD_nov._2008_FR.pdf)

- GUILLERME (D.) (dir.) (au nom du Ministère des affaires étrangères français), *Guide de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC)*, août 2006, 104 p. :

[http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/guide\\_pesc.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/guide_pesc.pdf)

- HENRION (C.), Les groupements tactiques de l'Union européenne, *Note d'Analyse du GRIP*, 18 janvier 2010, 8p. :

[http://www.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES\\_ANALYSE/2010/NA\\_2010-01-18\\_FR\\_C-HENRION.pdf](http://www.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES_ANALYSE/2010/NA_2010-01-18_FR_C-HENRION.pdf)

- HOFMANN (S.), Debating Strategy in NATO : Obstacles to defining a meaningful new strategic concept, *IFRI*, 2008, 15 p. :

[www.ifri.org/downloads/Hofmann12008.pdf](http://www.ifri.org/downloads/Hofmann12008.pdf)

- PASCALON (P.), L'évolution de l'OTAN, mars 2009, 10 p. :

[http://www.iris-france.org/docs/pdf/forum/2009\\_03\\_20\\_otan.pdf](http://www.iris-france.org/docs/pdf/forum/2009_03_20_otan.pdf)

- RAUX (Jean), De l'identité internationale à la personnalité internationale de l'Union européenne, in : BLANQUET (M.) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp.137-154

##### **Suisse**

- MÜLLER (Reto Patrick), *Innere Sicherheit Schweiz rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848*, Thesis Verlag, 2009, 505 p.

#### **5) Le système financier dans un système fédéral**

##### **Union européenne**

- ALLEGRET (Jean-Pierre), Quel pouvoir de stabilisation à l'échelle de l'UEM : le pacte de stabilité et de croissance est-il viable?, in : ECHINARD (Yann) (dir.), *La zone euro et les enjeux de la politique budgétaire : une monnaie, onze budgets*, Presses universitaires de Grenoble, 1999, pp.37-47

- BARBIER-GAUCHARD (Amélie), *Intégration budgétaire européenne : enjeux et perspectives pour les finances publiques européennes*, Bruxelles, De Boeck, 2008, 181 p.

\* Les questions budgétaires dans l'Union Européenne : Enjeux et perspectives du fédéralisme budgétaire, Laboratoire d'Economie d'Orléans, *Document de Recherche*, juillet 2005, 22 p. :

[http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/05/46/39/PDF/dr2005\\_07barbiergauchard.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/05/46/39/PDF/dr2005_07barbiergauchard.pdf)

- BESSON (Jean-Louis), Les politiques budgétaires : entre souveraineté et solidarité, ECHINARD (Yann) (dir.), *La zone euro et les enjeux de la politique budgétaire*, Presses universitaires de Grenoble, 1999, pp.69-78

- BREHON (Nicolas-Jean), l'impôt européen, in : LEFEBVRE (Maxime) (dir.), *Quel budget européen à l'Horizon 2013 ?*, Paris, Ifri, 2004, pp.161-180

- BUREAU (Dominique), CHAMPSAUR (Paul), fédéralisme budgétaire et unification économique européenne, *Observations et diagnostics économiques*, n°40, avril 1992, pp.87-99

- COLLIGNON (Stefan), Le fédéralisme budgétaire dans la zone euro, in : LEFEBVRE (Maxime) (dir.), *Quel budget européen à l'Horizon 2013 ?*, Paris, Ifri, 2004, pp.141-161.

- COMMISSION EUROPEENNE, *Les finances publiques de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> éd., OPOCE, 2009, 382 p.



- ECHINARD (Yann) (dir.), Le fédéralisme budgétaire : levier essentiel ou utopie ?, in : ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GESLOT (Christophe), *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, 2005, La documentation française, pp.395-414
- \* Union monétaire européenne et fédéralisme budgétaire : est-ce encore la question ?, in : ECHINARD (Yann) (dir.), *La zone euro et les enjeux de la politique budgétaire : une monnaie, onze budgets*, Presses universitaires de Grenoble, 1999, pp.15-25
- LIRZIN (Franck), Pour un fédéralisme budgétaire dans la zone euro, *Question d'Europe, Fondation Robert Schuman*, n°178, 19 juillet 2010, 7 p.
- NOTRE EUROPE, *Completing the Euro. A road map towards fiscal union in Europe. Report of the "Tommaso Padoa-Schioppa group"*, 26 juin 2012, 50 p.
- PERNICE (I.), WENDEL (M.), OTTO (L.), BETTGE (K.), MLYNARSKI (M.), SCHWARZ (M.), *Finanzverfassung Europas. Reformansätze für eine demokratisch fundierte Wirtschafts- und Finanzverfassung Europas. A democratic solution to the crisis. Reform steps towards a democratically based economic and financial Constitution for Europe*. Nomos, 2012, 150 p.
- POTTEAU (Aymeric), *Recherches sur l'autonomie financière de l'Union européenne*, Dalloz, 2004, 722 p.
- VERDUN (Amy), La nécessité d'un "gouvernement économique" dans une UEM asymétrique. Les préoccupations françaises sont-elles justifiées ?, *Politique européenne*, 2003/2, n° 10, pp.11-32

### Allemagne

- JAMES (Harold), *Monetary and fiscal unification in nineteenth century Germany : What can Kohl learn from Bismarck ?*, Princeton University, 1997, 42 p.
- HOLTFRERICH (Carl-Ludwig), PORTES (Richard), The monetary unification process in 19th century Germany : relevance and lessons for Europe today, in : DE CECCO (M.), GIOVANNINI (A.) (éd.), *A European Central Bank ? Perspectives on monetary unification after ten years of the EMS*, Cambridge University, 1989, pp. 216-243.

### Etats-Unis

- HER MAJESTY TREASURY, *The United States as a monetary union* (contribution de TRUMAN (E.) et MEYER (L.)), EMU study, The Stationery Office, 2003, 99 p.
- ROCKOFF (Hugh), How Long did It take the United States to become an optimal currency area?, *NBER Historical Working Paper*, n°124, April 2000, 50 p. : <http://www.nber.org/papers/h0124.pdf>

### Suisse

- BANQUE NATIONALE SUISSE (éd.), *Banque nationale suisse. 1907-1957*, 1957, Business & Economics, 457 p.
- DAFFLON (B.), Les grands chantiers du fédéralisme financier suisse : expérience unique ou exportable ?, in : MIGNOLET (M.) (dir.), *Le fédéralisme fiscal. Leçons de la Théorie économique et expériences de 4 Etats fédéraux*, Bruxelles, De Boeck, 2005, pp.25-64.

### Comparé

- ANASTOPOULOS (Jean), *Les aspects financiers du fédéralisme*, LGDJ, Paris, 1979, 427 p.
- BORDO (Michael), The United States as a monetary union and the Euro : a historical perspective, *Cato Journal*, 2004, vol.24 n°1-2, pp.163-170.
- BORDO (Michael), JONUNG (Lars), The Future of EMU : What does the history of monetary unions tell us?, *NBER Working Paper*, n°7365, septembre 1999, 40 p. : <http://www.nber.org/papers/w7365>
- BAYOUMI (Tamin), MASSON (Paul), Fiscal flows in the United States and Canada : Lessons for monetary union in Europe, *European Economic Review*, 1995, n°39, pp.253-274.
- MUSGRAVE (R.), *The theory of public finance : a study in public economy*, New York, Mac Graw Hill, 1959, 628 p.
- OATES (W.), *Fiscal federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, 256 p.



- VANSAY (Xavier de), *Monetary Unions in Historical and Comparative Perspective*, 2000, 24 p. : [http://www.umar.gov.si/fileadmin/user\\_upload/konference/08/08\\_xv1.pdf](http://www.umar.gov.si/fileadmin/user_upload/konference/08/08_xv1.pdf)

## **B. La stabilisation de la Fédération**

### ***1) La théorie de l'institution***

- CHEVALLIER (Jacques), *L'analyse institutionnelle*, in : CHEVALLIER (Jacques) (dir.), *L'institution*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1981, pp. 3-61

- DESQUEYRAT (André), *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, 398 p.

- EPRON (Quentin), Maurice Hauriou au prisme américain. Présentation d'un article méconnu à la Harvard law review, *Jus politicum*, octobre 2011 : <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou-au-prisme.html>

- HAURIOU (Maurice), *An interpretation of the principles of public law*, *HLR*, vol. XXXI, avril 1918, p. 813-821.

\* *L'Institution et le droit statutaire*, *Recueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>e</sup> série, t.11, 1906, pp.134-182.

\* *La théorie de l'institution et de la fondation*, in : ID. : *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933, pp.89-128

\* *Précis de droit administratif et de droit public général*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Larose, 1907, 915 p.

\* *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1929, 759 p.

\* *Principes de droit public*, éd. Sirey 1910, réimp. Dalloz, 2010, 734 p.

- MILLARD (Éric), Hauriou et la théorie de l'institution, *Droit & société*, 1995, n° 30-31, pp.381-412.

### ***2) L'homogénéité***

- BEAUD (Olivier), *La question de l'homogénéité dans une Fédération*, *Lignes*, 2004, n°13, pp.110-129

- BIEBER (Roland), *Gefährdet eine Demokratisierung der Europäischen Gemeinschaft die Identität der Mitgliedstaaten?*, in : Weibel (Ewald R.), Feller (Markus) (dir.), *Schweizerische Identität und Europäische Integration*, Bern, Haupt, 1992, pp.79-88

- KRUSE (Hans W.), *Strukturelle Kongruenz und Homogenität*, in : *Mensch und Staat in Recht und Geschichte, Festschrift für Herbert Kraus*, Göttingen, Holzner, 1954, pp. 112-127

- MARRAMAIO (Giacomo), *L'Europe après le Léviathan. Technique, politique et Constitution*, *Lignes*, 2004, n°13, pp.46-66

- PERNICE (Ingolf), *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, *AöR*, 1995, n°120, pp.100-120

- WEILER (Joseph H. H.), *The State 'über alles'. Demos, Telos, and the German Maastricht decision*, *Festschrift für Everling, Nomos*, 1995, pp.1651-1688

### ***3) Le fonctionnement cohérent de l'Union européenne***

- BOSSE-PLATIERE (Isabelle), *L'article 3 du traité UE : recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, 859 p.

- BURGORGUE-LARSEN (Laurence), *Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out, ?*, in : BLANQUET (Marc) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp.121-136

- CURTIN (Deidre), *the constitutional structure of the Union : A Europe of bits and pieces*, *CMLRev.*, 1993, vol.30 n°1, pp.17-69

- GUILLARD (Christine), *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, 2006, 619 p.

- KOVAR (Robert), *Eloge tempéré de l'incohérence*, in : MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les*



*institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp.41-46

- LEFEVRE (Silvère), Le Royaume-Uni et la Charte des droits fondamentaux, in : BROSSET (Estelle), CHEVALLIER-GOVERS (Constance), EDJAHARIAN (Vérane), SCHNEIDER (Catherine) (dir.), *Le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2009, pp.165-177

- NEFRAMI (Eleftheria), Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne, in : MICHEL (Valérie) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp.49-79

- SIMON (Denys), Cohérence et ordre juridique communautaire, in : MICHEL (Valérie) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp.25-46

- TELO (Mario), L'Union européenne entre constitutionnalisation et différenciation. Un changement de la "polity" de l'Union européenne ?, in : TELO (Mario) et REMACLE (Eric) (dir.), *L'Union européenne après Amsterdam. Adaptations institutionnelles, enjeux de la différenciation et de l'élargissement*, Fondation Paul-Henri Spaak et Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, janvier 1998, pp. 1-23

#### **4) Le règlement des litiges internes à la Fédération**

##### **Union européenne**

- *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166 p.

- *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*. Paris, Dalloz-Sirey, 2009, 1166 p.

- LICHERE (François), POTVIN-SOLIS (Laurence), RAYNOUARD (Arnaud) (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la Journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de Droit, d'économie et d'administration de l'Université de Metz, Némésis, Bruylant, 2004, 242 p.

- MADURO (M.), Contrapunctual Law : Europe's constitutional pluralism in action, in : *Sovereignty in Transition*, éd. Neil Walker, Oxford, Hart, 2003, pp. 501-537

- MAYER (F.), Multilevel constitutional jurisdiction, in : BOGDANDY (A. von), *Principles of European constitutional law*, Hart, Oxford, 2010, pp.399-439

- PERTEK (Jacques), *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, 238 p.

- OLIVER (Peter), La recevabilité des questions préjudicielles : la jurisprudence des années 1990, *CDE*, 2001, vol.37, n°1-2, pp.15-44

- PICOD (Fabrice), La coopération juridictionnelle, in : AUVRET-FINCK (Josiane) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp.199-232

- VOBKUHLE (A.), Multilevel cooperation of the European constitutional courts : der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *European Constitutional Law Review*, 2010, vol. 6, p.175-198

##### **Allemagne**

- BEAUD (Olivier), De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral, in : GREWE (Constance), JOUANJAN (Olivier), MAULIN (Éric), WACHSMANN (Patrick) (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp.49-72

- JOUANJAN (Olivier), Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933), in : GREWE (Constance), JOUANJAN (Olivier), MAULIN (Éric), WACHSMANN (Patrick) (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp.13-48

- KLEIN (Friedrich), *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, 1966, Aschendorff, Münster, 36 p.

- MENZEL (Walter), Die verfassungspolitischen Entscheidungen im Grundgesetz, *Deutsche Verwaltung*, 1949, n°2, pp.312-315

- SCHENKE (Wolf-Rüdiger), Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, *NJW*, 1979, pp.1321 et s.



- STERN (Klaus), *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Opladen, 1980, 50 p.

### **Etats-Unis**

- BURT (Robert), *The constitution in conflict*, Harvard University Press, 1992, 462 p.
- SCHARPF (Fritz W.), *Grenzen der richterlichen Verantwortung. Die political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*, Karlsruhe, Müller, 1965, 462 p.

### **5) Surveillance fédérale, intervention fédérale et exécution fédérale**

#### **Allemagne**

- ANSCHÜTZ (Gerhard), Die Reichsexekution, in : ANSCHÜTZ (Gerhard), THOMA (Richard) (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I*, Tübingen, Mohr, 1930, pp.377-380.
- HUBER (Ernst Rudolf), Bundesezekution und Bundesintervention. Ein Beitrag zur Frage des Verfassungsschutes im Deutschen Bund, *AöR*, 1953, vol.79, n°1, pp.1-57
- KELSEN (Hans), Die Bundesezekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in : *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tubingen, Mohr, 1927, pp.127-187.
- TRIEPEL (Heinrich), *Die Reichsaufsicht : Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches*, J. Springer, 1917, 734 p.

#### **Suisse**

- BRUNNER (Max), *Die Bundesezekution*, Zürich, Genossenschaft schweizerischen Sonntagsblätter, 1919, 85 p.
- GNEHM (Walter), *Das eidgenössische Interventionsrecht*, Druck von J. Leemann, 1912, 173 p.
- SCHAUB (Bernhard), *Die Aufsicht des Bundes über die Kantone*, Zurich, éd. Sauerländer, 1957, 228 p.

### **6) La fidélité fédérale et la coopération loyale**

#### **Union européenne**

- BLANQUET (Marc), *L'article 5 du traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, LGDJ, 1994, 502 p.
- \* La coopération entre les Etats membres et les institutions communautaires, in : AUVRET-FINCK (Josiane) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, Paris, LGDJ, 2002, pp.115-181

#### **Allemagne**

- BAUER (Hartmut), *Die Bundestreue : zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*, Tübingen, Mohr, 1992, 429 p.
- BAYER (Hermann-wilfried), *Die Bundestreue*, Tübingen, Mohr, 1961, 136 p.
- FALLER (Hans Joachim), Das Prinzip der Bundestreue in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in : *Festschrift für Theodor Maunz : zum 80. Geburtstag am 1. September 1981*, München, Beck, 1981, pp. 53-70
- KOWALSKY (Bernd), *Die Rechtsgrundlage der Bundestreue*, Blasaditsch, Augsburg, 1970, 275p.
- SCHRÖCKER (Sebastian), Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Bundesstaat, *Der Staat*, 1966, n°5, pp.137-161 et pp.315-340
- SMEND (Rudolf), *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von Rudolf Smend*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, 621 p.
- \* Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, in: Festgabe für Otto Mayer zum siebzigsten Geburtstag, 1916, pp.245 et s. (rééd. in : ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von Rudolf Smend*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp.39-59
- \* *Verfassung und verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, 1928, 178 p. (rééd. in : ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von Rudolf Smend*, Berlin, Duncker &



Humblot, 1968, pp.119-276)

### **Etats-Unis**

- REYNOLDS (William L.), RICHMAN (William M.), *The Full Faith and Credit Clause. A Reference Guide to the United States Constitution*, Praeger publishers, Westport, 2005, 179 p.
- ELAZAR (Daniel J.), *Federal-state collaboration in the Nineteenth-Century United States*, *Political Science*, 1964, vol.79, n°2, pp.249 et s.
- SCOTT (Robert D.), *Kansas v. Colorado revisited*, *The American Journal of International Law*, 1958, n°52, pp.432-454

### **Suisse**

- HÄNNI (Peter), *Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund un den Kantonen*, in : AUBERT (J.-F.), MÜLLER (Jörg), THÜRER (D.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, schulthess, Zürich, 2001, pp.444-454
- KÖLZ (Alfred), *Bundestreue als Verfassungsprinzip*, *ZBl*, 1980, pp.145-177

### **Droit comparé**

- EGLI (Patricia), *Die Bundestreue : eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden, Nomos, 2010, 615 p.
- LÜCK (Michael), *Die Gemeinschaftstreue als allgemeines Rechtsprinzip : ein Vergleich zur Bundestreue im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1992, 195 p.

## **C. Le sentiment d'appartenance fédéral**

- ARON (Raymond), *Is multinational citizenship possible ?*, *Social research*, 1974, n°41, pp.638-656

### **1) Patriotisme constitutionnel**

- COUTU (Michel), *Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire*, *Droit et société*, 1998, n°40, pp.631-646
- GISCARD D'ESTAING (V.), *Peut-on créer un patriotisme européen ?*, Humboldt Rede zu Europa, 9 novembre 2006, 17p. : [http://whi-berlin.de/documents/HRE-Giscard\\_dEstaing.pdf](http://whi-berlin.de/documents/HRE-Giscard_dEstaing.pdf)
- HABERMAS (Jürgen), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur. Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, 666 p.
- \* *L'État-nation a-t-il un avenir ?*, in : ID., *L'intégration républicaine : essais de théorie politique*, trad. par ROCHLITZ (Rainer), Fayard, 1998, pp.67-157
- \* *Le 15 février ou ce qui unit les européens*, in : ID., *Une époque de transitions : écrits politiques (1998-2003)*, Fayard, 2005, pp.151-163
- \* *The Limits of NeoHistoricism*, *Philosophy & Social Criticism*, May 1996, vol.22 n°3, pp.1-8
- HEIT (Helmut)(hrsg.), *Die Werte Europas. Verfassungspatriotismus und Wertegemeinschaft in der EU ?*, LIT Verlag, Münster, 2006, 360 p.
- ISENSEE (Josef), *Die Verfassung als Vaterland. Zur Staatsverdrängung der Deutschen*, in : MOHLER (Armin) (Hrsg.), *Wirklichkeit als Tabu. Anmerkungen zur Lage*, München, 1986, pp.11-35
- LEYDET (Dominique), *Patriotisme constitutionnel et identité nationale*, in : SEYMOUR Michel (dir.), *Une nation peut-elle se donner la constitution de son choix*, Montréal, Bellarmin, 1995, pp.79-93
- MÜLLER (Jan-Werner), *Verfassungspatriotismus. Eine systematische Verteidigung*, *Vorgänge*, 2010, Heft 3, pp.111-118
- OPIELKA (Michael), *Soziale Verfassungswerte. Die Entwicklung des Wohlfahrtsstaates als Projekt Europas*, in : HEIT (H.)(hrsg.), *Die Werte Europas. Verfassungspatriotismus und Wertegemeinschaft in der EU ?*, LIT Verlag, Münster, 2006, pp.120-129
- SCHÖLDERLE (Thomas), *Dolf Sternbergers « Verfassungspatriotismus ». Ein Begriff macht*



Karriere, Akademie für Politische Bildung Tutzing, 21 octobre 2008, 5 p. :

[http://web.apb-tutzing.de/apb/cms/uploads/media/Sternberger\\_Verfassungspatriotismus\\_05.pdf](http://web.apb-tutzing.de/apb/cms/uploads/media/Sternberger_Verfassungspatriotismus_05.pdf)

- SCHULZ (Daniel), Der Wert der Verfassung : Deutsche und französische Verfassungskultur im Vergleich, in : HEIT (H.)(hrsg.), *Die Werte Europas. Verfassungspatriotismus und Wertegemeinschaft in der EU ?*, LIT Verlag, Münster, 2006, pp.108-119

- STERNBERGER (Dolf), Anmerkungen beim Colloquium über "Patriotismus" in Heidelberg am 6. November 1987, in : STERNBERGER (D.), *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, éd. Insel, 1990, pp.32-38

\* Komponente der geistigen Gestalt Europas, in : ID., *Verfassungspatriotismus*, éd. Insel, Frankfurt a.M., 1990, pp.39-57

\* Verfassungspatriotismus, 1979, in : ID., *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, éd. Insel, 1990, pp.13-16

\* Verfassungspatriotismus, Rede bei der 25-Jahr-Feier der "Akademie für politische Bildung", 1982, in : ID., *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, éd. Insel, 1990, pp.17-31

## 2) Identité européenne

### Général

- ALDRIN (Philippe), L'Union européenne face à l'opinion. Construction et usages politiques de l'opinion comme problème communautaire, *Savoir/Agir*, mars 2009, n°7, pp.13-23

- BALME (Richard), CHABANET (Didier), Construire l'intérêt public européen : les mobilisations dans les processus conventionnels, in : BEAUD (Olivier), LECHEVALIER (Arnaud), PERNICE (Ingolf), STRUDEL (Sylvie) (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, Bruylant, 2004, pp.229-253

- BUSSIERE (Éric), Régionalisme monétaire et identité européenne depuis le Traité de Rome, *RI*, 2009/3, n°139, pp.25-36

- DEBOMY (Daniel), Les Européens croient-ils encore en l'UE ? Analyse des attitudes et des attentes des opinions publiques européennes depuis un quart de siècle, *Notre Europe, Etudes et recherches*, juin 2012, 66 p.

- DE GROOT (Gerard-René), The relationship between nationality legislation of the Member States of the European Union and European citizenship, in : LA TORRE (Massimo) (éd.), *European citizenship : an institutional challenge*, Kluwer Law International, 1998, p.115 et s.

- DE GROOT (Gerard-René), Zum Verhältnis der Unionsbürgerschaft zu den Staatangehörigkeiten in der Europäischen Union, in : MÜLLER-GRAFF (Peter-Christian) (Hrsg.), *Europäisches Integrationsrecht im Querschnitt*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp.67-86

- FLEURY (Antoine), Introduction, *RI*, 2009/3, n°139, La communauté et l'Union européenne à la recherche d'une identité depuis 1957 (première partie), pp.3-7

- HALL (Stephen), *Nationality, migration rights and citizenship of the Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 214 p.

- HANNEQUART (Isabelle), JOLY (Gilles), Emblèmes et symboles de l'identité européenne, *Revue juridique du centre ouest*, avril 1992, n° spécial, pp.145-181

- ISENSEE (Joseph), Plädoyer für eine Kultur der Gemeinschaft. Verdrängung und Wiederentdeckung der Realität, *Die Politische Meinung*, 2006, vol.54 n°440, pp.6-14

- KOPP (Andreas), *Europäische Identität als Kategorie des Europarechts*, Tübingen, Köhler, 2002, 228 p.

- KÖCK (Heribert Franz), Doppelte Staatsangehörigkeit und Diskriminierungsverbot in der Europäischen Gemeinschaft. Unter besonderer Berücksichtigung "gemischter" doppelter Staatsangehörigkeit, in : KARL (Wolfram), BRANDL (Ulrike) (Hrsg.), *Völker und Europarecht*, Wien, Verlag Österreich, 2000, pp.185 et s.

- KREIS (Georg), L'émergence de la notion d'« identité » dans la politique de la Communauté européenne. Quelques réflexions autour de la Déclaration du sommet de Copenhague de 1973, *RI*, 2009/4, n° 140, pp.53-72

- LAPPARENT (Olivier de), L'identité européenne selon Raymond Aron : entre mythe et réalité, *RI*, 2009/4, n° 140, pp.37-51

- LINDBERG (Leon N.), SCHEINGOLD (Stuart A.), *Europe's Would Be Polity. Patterns of Change*



*in the European Community*, Prentice-Hall, 1970, 314 p.

- MARION (Axel), Une citoyenneté sans territoire ? La difficile quête d'une géographie politique et identitaire européenne, *RI*, 2009/3, n°139, pp.65-72
- SCHWOK (René), Politiques internationales de l'Union européenne comme moyen d'identité européenne : apports et limites de l'approche constructiviste, *RI*, 2009/3, n°139, pp.73-88
- SOUFFLOT DE MAGNY (Renaud), L'identité européenne. Perception et construction, *RI*, 2009/4, n° 140, pp.103-112

### Sur la citoyenneté

- ACKERMANN (Thomas), Case C-148/02 Carlos Garcia Avello v. État Belge, *CMLR*, 2007, pp. 141-154
- AUDIT (Mathias), Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe, *Recueil Dalloz* 2004, pp.1476-1479
- AUER (Andréas), Le référendum européen : définitions, repères historiques et jalons d'étude, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.17-22
- AUER (Andréas), FLAUSS (Jean-François), *Le référendum européen*, actes du colloque international de Strasbourg 21-22 février 1997, Bruylant, 1997, 341p
- AZOULAI (Loïc), En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union (CJCE 16 mai 2006, Watts, aff.C-372/04), *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, n°5, pp. 843-851
- \* The Court of Justice and the 'Social Market Economy': the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization, *CMLR*, October 2008, pp.1335-1355
- BARBOU DES PLACES (Ségolène), Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives, in : BOUTAYEB (Chahira) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp.217-244
- BENOIT-ROHMER (Florence), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 10 mai 2001, n° 19, pp. 1483-1492
- BERCUSSON (Brian), The Trade Union Movement and the European Union : Judgement Day, *ELJ*, 2007, n°13, pp.279-308
- BLUMANN (Claude), Citoyenneté européenne et droits fondamentaux, in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, vol.I, Bruxelles. Bruylant, 2004. p. 265-281
- \* Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire, *RAE*, 2003-2004, n°1, p.81, pp.73-82
- \* L'Europe des citoyens, *RMC*, 1991 p.
- BRYDE (Brun-Otto), Le peuple and the European people, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.251-274
- BEDUSCHI (Ana), *La garantie par l'Union européenne des droits sociaux fondamentaux des ressortissants de pays tiers*, thèse, 2010, Université de Montpellier I.
- BURGORQUE-LARSEN (Laurence), Discutant, Citoyenneté et Identités européennes, in : COHEN-JONATHAN (Gérard), DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, pp.183-195
- \* L'identité de l'Union Européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne (CJCE 12 septembre 2006, aff.C-145/04, Royaume d'Espagne c/ Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord), *RTDE*, janv.-mars 2007, vol.43 n°1, pp.25-45
- CARLIER (Jean-Yves), Vers une citoyenneté européenne ouverte, *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1998, vol.2, pp.119-134
- CARRARA (Stéphane), Participation, séduction, démocratie ? La gouvernance européenne face à l'impératif participatif, *Savoir/agir*, 2009, n°7, pp.25-32
- CONSTANTINESCO (Vlad), préface, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.5-16
- COT (Jean-Pierre), A propos du référendum européen : le référendum sans le peuple, in : AUER



- (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.275-286
- DAWES (Anthony), Citoyenneté européenne, « Royaume d'Espagne c. RU de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord » et « Eman et Sevinger c. Collège van burgmeester en wethouders van Den Haag », *RDUE*, 2006, n°3, pp.707-712
  - DE SCHUTTER (Olivier), L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", in : LYON-CAEN (Antoine), LOKIEC (Pascal) (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz 2005, pp. 145-184
  - DOLLAT (Patrick), *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 560 p.
  - DUBOS (Olivier), Quel statut personnel pour les ressortissants des Etats tiers ?, *RAE*, 2003-2004, n°1, pp.89-94
  - EPINEY (Astrid), Le référendum européen, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.287-316
  - FABRY (Elvire), *Qui a peur de la citoyenneté européenne ?*, Paris, PUF, 2005, 382 p.
  - FALLON (Marc), Les droits fondamentaux liés à la citoyenneté de l'Union européenne, sous les regards croisés du traité CE et de la Charte, in : DE SCHUTTER (Olivier) (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 149-178
  - FERRARI-BREEUR (Christine), L'éducation et la formation professionnelle comme instruments de la citoyenneté européenne, in : Philip (Christian), SOLDATOS (Panayotis), (dir.), *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal, 2000, pp.177-192
  - FLAUSS (Jean-François), Conclusions générales : le référendum dans tous ses états, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.325-341
  - GREWE (Constance), La contribution de l'Europe à l'idée et à la consécration de la démocratie directe, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.51-68
  - HÖLLSCHEIDT (Sven), PUTZ (Iris), Referenden in Europa, *DÖV*, 2003, pp.737-746
  - ILIOPOULOU (Anastasia), TONER (Helen), annotation of Case C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, *CMLR*, 2002, n°39, pp.609-620
  - ILIOPOULOU (Anastasia), *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, 795 p.
  - ILIOPOULOU (Anastasia), What's in a name ? Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l'arrêt García Avello, *RTDE*, 2004, vol.40 n°3, p.566
  - LOSCHAK (D.), La citoyenneté européenne : facteur d'union ou vecteur d'exclusion ?, in : KOUBI (G) (dir.), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, pp.51-58
  - LOUIS (Jean-Victor), Le référendum, comme instrument de réformes constitutionnelles de l'Union européenne, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.317-324
  - MAGNETTE (Paul), Conclusions. Les dynamiques de la citoyenneté européenne, in : MAGNETTE (Paul), *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Éd. de Boeck et Larcier, 1997, pp.183-191
  - MAILLARD (Sandrine), *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 472 p.
  - MARZO (Claire), *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, 578 p.
  - OLIVEIRA (Castro), Workers and other persons : step-by-step from overment to citizenship, *CMLR*, 2002, n°39
  - PAPAPOPOULOS (Yannis), Peut-on imaginer des référendums à l'échelle européenne et à quelles conditions?, *Notre Europe, Policy paper*, novembre 2002, n°2, 15 p. : [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/papadopoulos\\_02.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/papadopoulos_02.pdf)
  - PICARD (Roger), *L'unité européenne par l'intercitoyenneté*, SPID, 1948, 117 p.
  - POIARES MADURO (Miguel), L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne, in : ALSTON (Philip) (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.473.
  - RASMUSSEN (Hjalte), Propos non-conformistes sur les référenda nationaux d'intégration européenne, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.115-



124

- RIDEAU (Joël) Les référenda nationaux dans le contexte de l'intégration européenne, in : AUER (A.), FLAUSS (J.-F.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, pp.81-114
- RODIERE (Pierre), Droit social, libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice, *RTDE*, 2006, n°1, pp. 142 -163
- SAURON (Jean-Luc), L'initiative citoyenne européenne : une fausse bonne idée ?, *Fondation Robert Schuman, Policy Paper, Question d'Europe*, 31 janvier 2011, n°192, 8 p. : [http://www.robert-schuman.eu/doc/questions\\_europe/qe-192-fr.pdf](http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-192-fr.pdf)
- VERDONCK (Inge), Case C-372/04, Watts v. Bedford Primary Care Trust & Secretary of State for Health, *The Columbia Journal of European Law*, 2007, n°13, pp.489-500
- WEILER (Joseph H.H.), Les droits des citoyens européens, *RMUE*, 1996, n°3, pp.35-64

#### Sur la cohésion économique et sociale et la coopération interrégionale

- CASTRIC (Olivier), *Quel partenariat pour les régions de l'Union européenne ?*, Rennes, Éd. Apogée, 2002, 424 p.
- GUILLERMIN (Guy), OBERDORFF (Henri), (dir.), *La cohésion économique et sociale : une finalité de l'Union européenne*, 2 vol., La Documentation française, 2000
- GRANGER (Maryline), Le GECT, un nouvel instrument juridique adapté à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales ?, *RMCUE*, Février 2010, n°535, pp.91-97
- LECLERC (Stéphane), La politique régionale : régions, Etats et solidarité, in : BOUTAYEB (Chahira) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp.295-307
- \* *L'Europe et les régions : quinze ans de cohésion économique et sociale*, Bruylant, 2003, 292 p.
- OBERDORFF (Henri), La cohésion économique, sociale et territoriale, instrument de la solidarité européenne, in : BOUTAYEB (Chahira) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp.283-294

#### **3) Identité allemande**

- BOCKSHAMMER (Otto), *Das Indigenat des Art. 3 der deutschen Reichsverfassung*, Tübingen, H. Laupp, 1896, 80 p.
- BECKER (Paul), *Der Kampf um ein gemeinsames Indigenat : zugleich ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Rechtseinheit*, Limburg an der Lahn, Limburger Vereinsdruckerei, 1929, 94 p.
- BRUNET (René), *La nationalité dans l'Empire allemand*, éd. Giard, Paris, 1912, 225 p.
- ZORN (Philippe), Reichsangehörigkeit (Staatsangehörigkeit), in : STENGEL (Karl von), FLEISCHMANN (Max) (Hrsg.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd.3, 1914, pp.261 et s.

#### **4) Identité américaine**

- DELANEY (Erin), Promouvoir la fédération : La Cour suprême des Etats-Unis au cours des années 1780, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2008, 13 p. : <http://nuevomundo.revues.org/33903?lang=en>
- KETTNER (James H.), *The development of American citizenship, 1608-1870*, University of North Carolina Press, Williamsburg, 1978, 391 p.
- LERNER (Ralph), The Supreme Court as Republican Schoolmaster, *The Supreme Court Review*, 1967, pp.127-180
- LUTZ (Donald S.), The articles of Confederation as the background to the federal republic, *Publius*, 1990, n°20, pp.55 et s.
- MARCUS (Maeva), WEXLER (Natalie), The Judiciary Act of 1789 : Political Compromise of Constitutional Interpretation ?, in : MARCUS (Maeva) (éd.), *Origins of the Federal Judiciary, Essays on the Judiciary Act of 1789*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp.13-39
- SIMSON (Gary J.), Discrimination against Nonresidents and the Privileges and Immunities



Clause of Article IV, *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, n°128, pp.379 et s.  
- SMITH (Roger M.), *Civic ideals. Conflicting visions of citizenship in U.S. history*, Yale University Press, New Haven, 1997, 719 p.

### **5) Identité suisse**

- ALTERMATT (Urs), BOSSHAKT-PFLUGER (Catherine), TANNER (Albert), *Die Schweiz 1798-1998 : Staat-Gesellschaft-Politik. Bd 4, Die Konstruktion einer Nation : Nation und Nationalisierung in der Schweiz, 18.-20. Jahrhundert*, Zürich, Chronos Verlag, 1998, 295 p.
- GUGGENBÜHL (Christoph), Biedermänner und Musterbürger im "Mutterland der Weltfreiheit". Konzepte der Nation in der helvetischen Republik, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz 1798-1998 : Staat-Gesellschaft-Politik. Bd 4, Die Konstruktion einer Nation : Nation und Nationalisierung in der Schweiz, 18.-20. Jahrhundert*, Zürich, Chronos Verlag, 1998, pp.33-47
- HAUSER (Benedikt), Zur Integrationspolitik des frühen Bundesstaates, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz 1798-1998 : Staat-Gesellschaft-Politik. Bd 4, Die Konstruktion einer Nation : Nation und Nationalisierung in der Schweiz, 18.-20. Jahrhundert*, Zürich, Chronos Verlag, 1998, pp. 245-252
- HETTLING (Manfred), Die Schweiz als Erlebnis, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz 1798-1998 : Staat-Gesellschaft-Politik. Bd 4, Die Konstruktion einer Nation : Nation und Nationalisierung in der Schweiz, 18.-20. Jahrhundert*, Zürich, Chronos Verlag, 1998, pp.19-33
- KAESER (Marc-Antoine), Helvètes ou lacustres ? La jeune Confédération suisse à la recherche d'ancêtres opérationnels, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz 1798-1998 : Staat-Gesellschaft-Politik. Bd 4, Die Konstruktion einer Nation : Nation und Nationalisierung in der Schweiz, 18.-20. Jahrhundert*, Zürich, Chronos Verlag, 1998, pp.75-86
- MEYERHOFER (Ursula), Wir sind die Nation. Der radikale Konzept des "Schweizerischen Republikaners", 1830-1846, in : ALTERMATT (U.), BOSSHAKT-PFLUGER (C.), TANNER (A.), *Die Schweiz 1798-1998 : Staat-Gesellschaft-Politik. Bd 4, Die Konstruktion einer Nation : Nation und Nationalisierung in der Schweiz, 18.-20. Jahrhundert*, Zürich, Chronos Verlag, 1998, pp.49-59
- SCHAFFHAUSER (René), Bürgerrechte, in : AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.) (dir.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zürich, 2001, p.319

### **6) Identité comparée**

- CHALTIEL (Florence) ; BASILIEN-GAINCHE (Marie-Laure), L'État : identité nationale, identité européenne, *Annuaire de droit européen*, 2009, vol.VII (à paraître)
- SCHÖNBERGER (Christoph), *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr, 2005, 597 p.
- NEUMAN (Gerald L.), Fédéralisme et citoyenneté aux États-Unis et dans l'Union européenne, *Critique internationale*, 2003, vol.4 n°21, pp.151-169

## **D. L'intégrité des Etats membres**

### **1) Les rapports entre droits nationaux et droit de l'Union européenne**

- DOEHRING (Karl), Die Wiedervereinigung Deutschlands und die europäische Integration als Inhalte der Präambel des Grundgesetzes, *DVBl*, 1979, n°17-18, pp.633-639
- FABIO (Udo di), Der neue Art.23 des Grundgesetzes, *Der Staat*, 1993, n°32, pp.191-217
- GIEGERICH (Thomas), *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß : Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*, Springer, Berlin, 2003, 1534 p.
- JAKAB (András), La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration



européenne, *Jus politicum*, n°1, juillet 2008, 26 p. :

<http://www.juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question,28.html>

- HUBER (Peter M.), Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, *AöR*, 1991, n°116, pp.210-251
- KICHHOF (Paul), Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, *Europarecht*, 1991, n°1, pp.11-25
- KIRCHHOF (Paul), Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, *JZ*, 1998, p.968;
- PERNICE (Ingolf), Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL*, 2001, n°60, pp.148 et s.
- ROUDIER (Karine), L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : le dialogue direct entre les juges finalement instauré, *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, 18 p. :  
[www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/RoudierTXT.pdf](http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/RoudierTXT.pdf)
- SCHRÖDER (Meinhard), Die Parlamente im europäischen Entscheidungsgefüge, *EuR*, 2002, Heft 3, pp.301-317
- SCHRÖDER (Meinhard), Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozeß der europäischen Integration - Bemerkungen zum Maastricht-Urteil, *DVBl*, 1994, pp.305 et s.
- SCHOLZ (Rupert), Zum Verhältnis von europäischem *Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrenrecht*, *DÖV* 1998, p.267
- STEINER (Udo), Deutschland in Europa nach dem Reformvertrag von Lissabon, *Betriebs-Berater*, 2008, n°4, Special, pp. 2-6
- VEDEL (Georges), De Schengen à Maastricht à propos de la décision du Conseil constitutionnel, 25 juil. 1991, n°91-294 DC, *RFDA*, 1992, pp.173-180
- WENDEL (Matthias), *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 764 p.

## 2) Les décisions Maastricht et Lisbonne de Karlsruhe

- BARRIERE (Anne-Lise), ROUSSEL (Benoît), Le Traité de Lisbonne, étape ultime de l'intégration européenne ? Le jugement du 30 juin 2009 de la Cour constitutionnelle allemande, *Note du Cerfa*, n°66, septembre 2009, 21 p.
- BECKER (Peter), MAURER (Andreas), Deutsche Integrationsbremsen. Folgen und Gefahren des Karlsruher Urteils für Deutschland und die EU, *SWP-Aktuell*, 41 Juli 2009, 8 p. :  
[http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/aktuell/2009A41\\_bkr\\_mrr\\_ks.pdf](http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/aktuell/2009A41_bkr_mrr_ks.pdf)
- EVERLING (Ulrich), Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil, in : RANDELZHOFFER (Albrecht), SCHOLZ (Rupert), WILKE (Dieter) (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 1995, pp.57 et s.
- FROMONT (Michel), Europa und nationales Verfassungsrecht nach dem Maastricht-Urteil - Kritische Bemerkungen, *JZ*, 1995, pp. 800-803
- GERKRATH (Jörg), La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, in : DUPRAT (Gérard) (dir), *L'Union européenne. Droit, politique, démocratie*, PUF, 1996, pp.209-241.
- KRÄMER (Rike U.), Looking through Different Glasses at the Lisbon Treaty : The German Constitutional Court and the Czech Constitutional Court, in : FISCHER-LESCANO (Andreas), JOERGES (Christian) WONKA (Arndt), (hrsg.), *The German Constitutional Court's Lisbon Ruling : Legal and Political Science Perspectives*, Zentrum für europäische Rechtspolitik-Diskussionspapier, 2010, n°1, pp.11-19 :  
<http://www.mpifg.de/people/mh/paper/ZERP%20Discussion%20Paper%201.2010.pdf>
- LEVADE (Anne), Analyse de la décision de la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande du 30 Juin 2009 relative au Traité de Lisbonne, in : FONDATION ROBERT SCHUMAN, KONRAD ADENAUER STIFTUNG, *Les conséquences du jugement de la cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne*, Kas Publikation, deutsch-französischer Dialog, Heft Nr.1, Paris 2009, pp.39-50
- MAYER (Franz C.), Rashomon à Karlsruhe, *RTDE*, 2010, pp.77-92



- PERNICE (Ingolf), Plädoyer für Lissabon. Nachbemerungen zur Mündlichen Verhandlung vom 10./11. Febr. 2009 im Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht, *whi-paper*, Mai 2009, 33 p. : <http://www.whi-berlin.de.eu/documents/whi-paper050904.pdf> (consulté en octobre 2009).
- SCHOLZ (Rupert), Analyse de la décision de la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande du 30 Juin 2009 relative au Traité de Lisbonne, in : FONDATION ROBERT SCHUMAN, KONRAD ADENAUER STIFTUNG, *Les conséquences du jugement de la cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne*, Kas Publikation, deutsch-französischer Dialog, Heft Nr.1, Paris 2009, pp.27-37
- SCHÖNBERGER (C.), Lisbon in Karlsruhe : Maastricht's Epigones at sea, *German Law Journal*, vol.10, 2009, pp.1201-1218

### 3) *Le contrôle ultra vires*

#### **Le contrôle ultra vires en Allemagne**

- BAUER (Jobst-Hubertus), Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH, *NZA*, 2005, pp.800-803
- DECHATRE (Laurent), Karlsruhe et le contrôle ultra vires : une "source de miel" pour adoucir la très acidulée décision Lisbonne, *RAE*, 2009-2010, n°4, pp.861-873
- \* La décision de Karlsruhe sur le mécanisme européen de stabilité financière : une validation sous condition et une mise en garde sibylline pour l'avenir, *CDE*, 2011, n°1, pp.303-342
- DUBOS (Olivier), La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie?, *La Semaine juridique - édition générale*, 2006, II 10107, pp.1295-1297
- FOLZ (Hans Peter), *Demokratie und Integration : Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen*, Berlin, Springer, 1999, 445 p.
- GERKEN (Lüder), RIEBLE (Volker), ROTH (Günter H.), STEIN (Torsten), STREINZ (Rudolf), „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, Munich, sellier european law publishers GmbH, 2009, 86 p.
- GRIMM (Dieter), Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus verfassungsrechtlicher Sicht, *Recht der Arbeit*, 1996, pp.66-71
- HANF (Dominik), Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt "rétention des données" et de la décision "Honeywell" du BverfG, *Ces Cahiers*, 2010, n° 3-4, pp.515-549
- HANAU (Peter), Neues vom Alter im Arbeitsverhältnis, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, vol.28 n°51-52, p.2381-2389
- HIRSCH (Günter), Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, *NJW*, 1996, pp.2457- 2466
- ISENSEE (Josef), Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, BURMEISTER (Joachim) (hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern*, München, Beck, 1997, pp.1239-1268
- KÖRNER (Marita), Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung, *NZA*, 2005, pp.1395-1398
- KREBBER (Sebastian), The social rights approach of the European Court of Justice to enforce european employment law, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2006, vol.27 n°3, pp.377-403
- MICKER (Lars), Zur Europarechtskonformität von §17 EStG im Jahr 2001, *Der Betrieb*, 2007, pp.1496-1498
- PERNICE (Ingolf), Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten. Randbemerungen zu einem ungeklärten Verhältnis, in: RANDELZHOFFER (Albrecht), SCHOLZ (Rupert), WILLKE (Dieter) (dir.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, München, Beck, 1995, pp.523-550
- PREIS (Ulrich), Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, *NZA*, 2006, pp. 401-410
- RIESENHUBER (Karl), Case: ECJ – Mangold, *European Review of Contract Law*, 2007, Vol.3



n°1, pp.62-71

- WIELAND (Joachim), Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, *NJW*, 2009, pp.1841-1845

### **Le contexte américain**

- BERUTTI (Ronald A.), The Cherokee Cases : The Fight to Save the Supreme Court and the Cherokee Indians, *American Indian Law Review*, 1992, vol.17 n°1, pp.291-308

- CALHOUN (John C.), *The works of John C. Calhoun : A disquisition on government and a discourse on the Constitution and government of the United States, vol.1*, Charleston, Press of Walker and James, 1851, 406 p. (réeimp. Clark, Union Lawbook Exchange, 2002)

- FELDMAN (Jean-Philippe), *Controverses sur la nature du fédéralisme américain*, thèse, Paris II, 2 tomes, 2000, 1185 p.

\* *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004, 294 p.

- JEFFERSON (Thomas), *The Virginia and Kentucky Resolutions of 1798 and '99 ; with Jefferson's original draught thereof. Also, Madison's report, Calhoun's address, resolutions of the several states in relation to state rights. With other documents in support of the Jeffersonian doctrines of '98*, Washington, éd. Jonathan Elliot, 1832, rééd. General Books, 2009, 82 p.

- HAINES (Charles G. ), *The role of the Supreme Court in American government and politics 1789-1835*, University of California Press, Los Angeles, 1944, 679 p.

- KILPATRICK (James Jackson), *The sovereign States : notes of a citizen of Virginia*, éd. Henry Regnery Company, Chicago, 1957, rééd. Old Line Press, 2007, 347 p.

- SANDERS (Paul H.) (dir.), Interposition vs. Judicial power : a study of ultimate authority in constitutional questions, *Race Relations Law Reporter*, 1956, vol.1, pp.465-499

- STAMPP (Kenneth), The concept of a perpetual Union, *Journal of American History*, 1978, vol.65 n°1, pp.5-33

- WARREN (Charles), Legislative and judicial attacks on the Supreme Court of the United States—A history of the twenty-fifth section of the Judiciary Act, *American Law Review*, 1913, n°47, pp.1-34 et pp.161-189

### **Comparaison**

- BOOM (Steve J.), The European Union after the Maastricht decision : will Germany be the "Virginia of Europe" ?, *American Journal of Comparative Law*, 1995, n°43, pp.177-226

- MAYER (Franz C), *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung : das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen ; eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, München, Beck, 2000, 425 p.

### **4) L'identité constitutionnelle des Etats et les limites matérielles à la révision constitutionnelle**

#### **Allemagne**

- BALDUS (Manfred), Eine vom deutschen Volk in freier Entscheidung beschlossene Verfassung - Zum Schicksal des Art. 146 GG nach Vorlage des Abschlußberichts der Gemeinsamen Verfassungskommission, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993, n°76, pp.429-441.

- BARTLSPERGER (Richard), Verfassung und verfassungsgebende Gewalt im vereinten Deutschland, *DVBl*, 1990, pp.1285-1301.

- BULTERMAN (Mielle K.), KRANENBORG (Herken R.), What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity : the Omega case, *ELRev.*, 2006, vol.31 n°1, p.93-101

- DÜRIG (Günter), Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes (ein Plädoyer), in : BADURA (Peter), LERCHE (Peter), SPANNER (Hans), ZACHER (Hans F.), *Festgabe für Theodor Maunz zum 70.Geburtstag*, München, Beck, 1971, pp.41-53.



- ERICHSEN (Hans-Uwe), Die Verfassungsänderung nach Art. 79 GG und der Verfassungsbeschluß nach Art. 146 GG, *Jura* 1992, pp. 52-55.
- FINK (Udo), Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, *DÖV* Februar 1998 – Heft 4, pp.133-141.
- FROMONT (Michel), La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDJ*, n°1, 2007, pp.89-110 : <http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Fabrice%20Hourquebie.pdf>
- GREWE (Constance), Le traité de paix avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane, *RTDE*, 2001, pp. 1-17
- HERDEGEN (Matthias), *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1991, 32 p.
- ISENSEE (Josef), *Braucht Deutschland eine neue Verfassung? Braucht Deutschland eine neue Verfassung? : Überlegungen zur neuen Schlußbestimmung des Grundgesetzes Art. 146*, Köln, Verlag O. Schmidt, 1992, 61 p.
- HILF (Meinhard), Solange II, Wie lange noch Solange, *EuGRZ*, 1987, pp.1-7
- HOFMANN (Hans), Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Ergebnisse des Verfassungskonvents. Zu einer möglichen Volksabstimmung nach art. 146 GG über die EU-Verfassung, *ZG*, 2003, pp.57-68
- HUBA (Hermann), Das Grundgesetz als dauerhafte gesamtdeutsche Verfassung, *Der Staat*, 1991, n°30, pp.367-377
- HUBER (Peter M.), Die Anforderungen der Europäischen Union an die Reform des Grundgesetzes, *Thüringer Verwaltungsblätter*, 1994, pp.1 et s.
- JESTAEDT (Matthias), Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in : ISENSEE (Josef), KIRCHHOF (Paul) (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II*, 3. Aufl. Heidelberg, Müller, 2004, pp.785-841.
- KNIES (Wolfgang), Verfassungsgebung oder Verfassungsänderung?, in : KLEIN (Eckart), *Verfassungsentwicklung in Deutschland nach der Wiedervereinigung*, Duncker und Humblot, 1994, pp.13-35
- MOELLE (Henning), *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*, Paderborn, Schöningh, 1996, 244 p.
- MÖLLER (Hauke), *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*, Berlin, dissertation.de, 2004, 279 p.
- MURSWIEK (Dietrich), *Das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes und die Grenzen der Verfassungsänderung*, Köln, Verlag Wissenschaft und Politik, 1999, 75 p.
- \* *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker und Humblot, 1978, 276 p.
- \* Maastricht und der Pouvoir Constituant, *Der Staat*, 1993, n°32, pp.161-190
- QUARITSCH (Helmut), La souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, mars-sept.2000, pp.145-154
- ROELLECKE (Gerd), Brauchen wir ein neues Grundgesetz?, *NJW*, 1991, pp.2441-2248
- RUDOLF (Walter), Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in : STARCK (Christian) (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, Mohr, 1976, pp.233-251
- SIMARD (Augustin), L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la « démocratie militante » en R.F.A., *Jus Politicum*, n°1, juillet 2008, 20 p. (<http://www.juspoliticum.com>)
- SCHOLZ (Rupert), Wie lange bis « Solange III » ?, *NJW*, 1990, pp. 941-946
- STOROST (Ulrich), Das Ende der Übergangszeit, *Der Staat*, 1990, n°29, pp. 321-331
- STÜCKRATH (Birgitta), *Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 389 p.
- WIEDERIN (Ewald), Die Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland, *AöR*, 1992, n°117, pp.410-448

## France

- BEAUD (Olivier), La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle, *RFDA*, 1993, pp.1045-1068
- BLANC (Didier), La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la Ve République, in : *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, 14 p. : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/BlancTXT.pdf>
- FAVOREU (Louis), L'injusticiabilité des lois constitutionnelles, *RFDA*, 2003, n°4, pp. 792-795
- JOSSO (Selma), Le Caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?, in : *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, 35 p. : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/JossoTXT.pdf>
- SCHOETTL (Jean-Éric), Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ?, *Petites affiches*, 08 avril 2003, n° 70, pp.17-22

## Les limites matérielles à la révision et la question de l'esclavage aux Etats-Unis

- DODD (William F.), Amending the Federal Constitution, *Yale Law Journal*, 1921, vol. 30, n°4, pp.321-354
- FRIERSON (William L.), Amending the Constitution of the United States : a Reply to Mr Marbury, *HLR*, 1919-1920, Vol. 33, p.659-666
- MARBURY (William L.), The Limitations upon the Amending Power, *HLR*, vol.33, 1919-1920, p.223-234
- DELLINGER (Walter), The Legitimacy of Constitutional Change : Rethinking the Amendment Process, *HLR*, 1983, vol.97, n°2, pp.386-432
- LINDER (Douglas), What in the Constitution cannot be amended ?, *Arizona Law Review*, 1981, n°23, pp.717-731
- McManus (Michael J.), *Political abolitionism in Wisconsin, 1840-1861*, The Kentucky University Press, 1998, 288 p.
- SANTORO (Nicholas J.), *Atlas of Slavery and Civil Rights : An Annotated Chronicle of the Passage from Slavery and Segregation to Civil Rights and Equality Under the Law*, iUniverse, 2006, 288 p.

## Autres Etats

- BURGORGUE-LARSEN (Laurence), La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004): " Un Solange II à l'espagnole ", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, nov.2004-mars 2005, pp.205-217
- KUCSKO-STADLMAYER (Gabriele), La mise en œuvre des décisions de la Cour constitutionnelle Autrichienne, in : I Colloqui de Justicia Constitucional del Principat d'Andorra "L'aplicació de les decisions de les jurisdiccions constitucionals", 2007, 11 p. : [http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui\\_justicia/07-GABRIELLE%20KUCSKO.pdf](http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/07-GABRIELLE%20KUCSKO.pdf)
- LUCIANI (Massimo), La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux, Rapport italien, Trad. de GENEVOIS (Bruno), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.161-178
- PAPASAVVAS (Savvas S.), Révision de la Constitution et justice constitutionnelle, Rapport chypriote, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, p.35-54

## Droit comparé

- ARNE (Serge), Existe-t-il des normes supraconstitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité, *RDP*, 1993, p. 459
- BURGORGUE-LARSEN (Laurence), Les résistances des Etats de droit, in : RIDEAU (Joël) (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit*, LGDJ, 2000, pp.423-458
- DECHATRE (Laurent), L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France, in : LAGRANGE (Evelyne), HAMMAN (Andrea), SOREL (Jean-Marc), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France*



*et en Allemagne*, Société de législation comparée, collection de l'UMR de droit comparé, octobre 2012, pp.57-85

- GADDES (Chawki), Pouvoir constituant et limites matérielles au pouvoir de révision de la constitution, in : *Le pouvoir constituant aujourd'hui*, Cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel, Tunis, 16-17 novembre 2006 : [http://www.atdc.org.tn/contributions/Gaddes\\_limites.pdf](http://www.atdc.org.tn/contributions/Gaddes_limites.pdf)
- GÖZLER (Kemal), *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1997, 2 volumes, 774 p.
- JAKAB (Andras), Two opposing paradigms of continental European constitutional thinking : Austria and Germany, *International & Comparative Law Quarterly*, 2009, vol.58 n°4, pp.933-955
- KOMBILA (Hilème), Les principes constitutionnels face au droit communautaire, l'Union dans la diversité de l'identité constitutionnelle européenne, *VIIe Congrès de l'AFDC*, 27 p. : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/KombilaH1.pdf>
- MAGNON (Xavier), Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence, *RFDC*, n° 59, 2004, pp. 595-617
- PFERSMANN (Otto), La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale : théorie, pratique, limites, in : *La révision de la constitution*, Paris, Economica, 1993, p.7-65.
- PONTTHOREAU (Marie-Claire), Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales, in : *VIIe Congrès mondial de l'AIDC*, Athènes 11-15 juin 2007, 14 p. : <http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Prof.%20Marie-Claire%20Ponthoreau.pdf>
- RIGAUX (Marie-Françoise), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, 335 p.
- SPECCHIA (Marina Calamo), Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées, 50<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958, in : *VIIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, 28 p. : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/CalamoTXT.pdf>
- WENDEL (Matthias), La jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur l'évolution des traités européens. Un contre d'aiguilleurs et de gardiens du pont, in : LAGRANGE (Evelyne), HAMMAN (Andrea), SOREL (Jean-Marc), *Si proche, si loin : pratique comparée du droit français et allemand en matière de droit international*, Société de législation comparée, collection de l'UMR de droit comparé, 2012, pp.87-125

## **5) Droit de retrait et droit de sécession**

### **Union européenne**

- BORDIGNON (Massimo), BRUSCO (Sandro), optimal secession rules, *European Economic Review*, 2001, vol. 45 n°10, p. 1811-1834
- BLUMANN (Claude), L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union, MASCLÉ (Jean-Claude), RUIZ FABRI (Hélène), BOUTAYEB (Chahira), RODRIGUES (Stéphane), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Pédone, 2010, pp.53-68
- BRUHA (Thomas), NOWAK (Carsten), Recht auf Austritt aus der Europäischen Union? Anmerkungen zu Artikel I-59 des Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, *Archiv des Völkerrechts*, 2004, vol.42 n°1, pp.1-25
- DOERING (Detmar), *Friedlicher Austritt - Braucht die Europäische Union ein Sezessionsrecht?*, Centre for the New Europe, Trier, Juin 2002, 69 p. : [http://www.progressfoundation.ch/PDF/medien/152\\_Right%20of%20Secession,Detmar%20Doering,CNE,Friedlicher%20Austritt%20-%20D.pdf](http://www.progressfoundation.ch/PDF/medien/152_Right%20of%20Secession,Detmar%20Doering,CNE,Friedlicher%20Austritt%20-%20D.pdf)
- FRIEL (Raymond), Providing a constitutional framework for withdrawal from the EU: article 59 of the Draft European Constitution, *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, vol.53 n°2, pp.407-428



- GUILLARD (Christine), Le projet de Constitution européenne et le retrait volontaire de l'Union, *La tribune de droit public*, 2004, n°1, pp.47-64
- HERRMANN (Christoph), Griechische Tragödie – der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone, *EuZW*, 2010, pp.413-418
- LEFAUCHEUX (Jean), Le nouveau régime des relations entre le Groenland et la Communauté économique européenne, *RMC*, 1985, pp.81-90
- LECHNER (Susanne), *Das Austrittsrecht im Vertrag von Lissabon : eine ökonomische Analyse*, Göttingen, Optimus, 2009, 286 p.
- LOUIS (Jean-Victor), Le droit de retrait de l'Union européenne, *CDE*, 2006, n°3-4, pp.293-314
- SCHÄFER (Wolf), Withdrawal legitimised ? On the proposal by the Constitutional. Convention for the Right of Secession from the EU, *Intereconomics*, 2003, juillet/août, pp.182-185
- TRANCHANT (Baptiste), Recherches sur le retrait des États de l'Union européenne, mémoire de DEA de droit communautaire, Bordeaux, 2002, 238 p.
- VAHLAS (Alexis), Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne, *RDP*, 2005, n°6, pp.1565-1600
- VAHLAS (Alexis), Appartenance de l'Union européenne, in : CONSTANTINESCO (Vlad), GAUTIER (Yves), MICHEL (Valérie), (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, pp.239-278
- WEILER (Joseph H.H.), Alternatives to Withdrawal from an International Organisation : the Case of the European, Economic Community, *Israel Law Review*, 1985, vol. 20, n°2-3, pp.282-298.
- WEISS (Friedl), Greenland's Withdrawal from the European Communities, *ELRev*, 1985, n°10, pp.173-185
- ZEH (Juli), Recht auf Austritt, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2004, pp.173-210

### **Etats-Unis**

- BLEDSOE (Albert Taylor), *Is Davis a Traitor ; or Was Secession a Constitutional Right Previous to the War of 1861?*, Ausg. Baltimore, 1866, 263 p.
- BRANDON (Mark E.), Secession, constitutionalism, and American experience, in : , in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, pp.272-314
- HART (Albert Bushnell), CHANNING (Edward) (éd.), *Ordinances of secession and other documents*, New York, A. Lovell & company, 1893, 22 p.
- PARRISH (William E.), *A History of Missouri : 1860 to 1875*, Columbia, University of Missouri Press, 2001, 344 p.
- HARRISON (Lowell Hayes), *The Civil War in Kentucky*, Lexington, The University Press of Kentucky, 1975, 123 p.

### **Canada**

- BUCHANAN (Allen), *Secession. The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Oxford 1991, 192 p.
- \* The Quebec secession issue ; democracy, minority rights, and the rule of law, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, pp.238-271

### **Etudes comparatives**

- ALEXANDAKIS (Constantine), JONES (Robert T.), Secession and exit: An analysis of two competing hypotheses, in : OTT (Attiat F.), CEBULA (Richard J.), *The Elgar Companion to Public Economics : Empirical Public Economics*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2006, pp.388-401
- BREUSS (Fritz), Österreich und Schweiz – Erfahrungen mit und ohne EU - Mitgliedschaft, *WIFO Monatsbericht*, 2005, n°10, pp.681-714 : [http://fritz.breuss.wifo.ac.at/Breuss\\_Oesterreich\\_Schweiz\\_Wifo\\_MB\\_10\\_2005.pdf](http://fritz.breuss.wifo.ac.at/Breuss_Oesterreich_Schweiz_Wifo_MB_10_2005.pdf)



- BUCHANAN (Allen), Introduction, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, pp.1-15
- DIETRICH (Frank), Das Sezessionsrecht im demokratischen Verfassungsstaat, *Leviathan. Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 2007, vol.35 n°1, pp.62-84
- FAVARQUE (Etienne), Breaking-up a nation, from the inside, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, *Working Paper B20*, Bonn, 2000, 19 p.
- GELY (Marie-Laure), La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l'évolution du fédéralisme: la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatérale du Québec, *RDP*, 1999, pp.1643-1667
- HARBO (Florentina), Secession right – an anti-federal principle ? Comparatife study of federal states and the EU, *Journal of politics and law*, 2008, vol 1, n°3, pp.132-148
- HOROWITZ (Donald), A Right to Secede?, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, pp.50-76
- NORMAN (Wayne), Domesticating secession, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, pp.193-237
- ORENTLICHER (Diane F.), International responses to separatist claims : are democratic principles relevant ?, in : MACEDO (S.), BUCHANAN (A.) (dir.), *Secession and self-determination*, New York University Press, 2003, pp.19-49
- SLAPIN (Jonathan B.), Exit, Voice, and Cooperation : Bargaining Power in International Organizations and Federal Systems, *Journal of Theoretical Politics*, 2009, vol.21 n°2, pp.187-211
- SUNSTEIN (Cass R.), Constitutionalism and secession, *The University of Chicago Law Review*, 1991, vol.58 n°2, pp.633-670

## **E. Sur l'équilibre des compétences**

### ***1) Les compétences et leur répartition***

#### **a) Union européenne**

- BAST (Jürgen), BOGDANDY (Armin von), Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union. Rechtsdogmatischer Bestand und verfassungspolitische Reformperspektiven, *EuGRZ*, 2001, pp.441-458
- CONSTANTINESCO (Vlad), *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, LGDJ, 1974, 492 p.
- \* Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne?, in : BLANQUET (Marc) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp.155-164.
- CONSTANTINESCO (Vlad), PERNICE (Ingolf), La Question des Compétences Communautaires : Vues d'Allemagne et de France, *Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP)*, Berlin, Notre Europe, Paris, juillet 2002, 31 p. : [www.whi-berlin.de/constantinesco-pernice.htm](http://www.whi-berlin.de/constantinesco-pernice.htm)
- CRAIG (Paul), Competence: clarity, containment and consideration, *ELRev*, 2004, n°29, pp.323-344
- DELFAQUE (Lucette), PERTEK (Jacques), STEINFELD (Philippe), VIGNERON (Philippe), *Libre circulation des personnes et des capitaux : rapprochement des législations*, 3<sup>e</sup> éd., Éd. de l'Université de Bruxelles, 2006, 315 p.
- EHLERMANN (Claus-Dieter), Quelques réflexions sur la communication relative au principe de subsidiarité, *RMUE*, 1992, n°4, pp. 215-220
- EMILIOU (Nicholas), The death of exclusive competence ?, *ELRev.*, 1996, vol.21 n°4,
- EVERLING (Ulrich), Einlagensicherung der Banken im Europäischen Binnenmarkt. Zum Urteil des Gerichtshofs der EG vom 13.5.1997, *ZHR*, 1998, n°162, pp.403-426
- FISCHER (Michael), Grundfreiheiten, direkte Steuern und nationale Kompetenzgrenzen, *JZ*, 2007, pp.1024-1028
- GAUTIER (Yves), La compétence communautaire exclusive, in : BLANQUET (Marc) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp.165-



189

- GOLL (Ulrich), KENNTNER (Markus), Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit, *EuZW*, 2002, pp.101 et s.
- HAILBRONNER (Kay), Stand und Perspektiven der EG-Umweltgesetzgebung, in : CALLIES (Christian), WEGENER (Bernhard) (Hrsg.), *Europäisches Umweltrecht als Chance*, Eberhard Blottner Verlag, 1992, pp.15-28
- HETMEIER (Heinz), RICHTER (Virginia), Kompetenzabgrenzung in der EU, *ZG*, 2001, n°4, p.295-327
- IBER (Andrea), ECJ judgment on the new Tobacco Directive – European Court of Justice, December 2002, C-491/01, *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, vol.30 n°2, pp.167-177
- JACQUE (Jean-Paul), La subsidiarité en droit communautaire, in : ONORIO (J.-B. d') (dir.), *La subsidiarité : de la théorie à la pratique*, Paris, Téqui, 1995, pp.81-110
- JARASS (Hans), Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, *AöR*, 1996, n°121, pp. 173-199
- KOVAR (Robert), L'affaire de l'A.E.T.R. devant la Cour de Justice des Communautés Européennes et la compétence internationale de la C.E.E., *AFDI*, 1971, pp.386-418
- LACHMANN (P.), some Danish reflections on the use of article 235, *CMLR*, 1981, n°18, pp.447-461.
- LENAERTS (Koenraad), Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de 'préemption', in : DESMARETS (Paul) (dir.) *Relations extérieures de la Communauté et marché intérieur : aspects juridiques et fonctionnels*, Bruxelles, Story, 1986, n°45, pp.37-65
- \* Regulating the regulatory process : "Delegation of powers" in the European Community, *ELRev*, 1993, n°18, pp. 23-49.
- MICHEL (Valérie), Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique, *Europe*, 2006, n° 10, pp. 4-8
- \* *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, l'Harmattan, 2003, 704 p.
- PERNICE (Ingolf), Kompetenzordnung and Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und TEchnikrechts, *Die Verwaltung*, 1989, n°22, pp.1-54
- Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, *JZ*, 2000, pp.866-876
- PESCATORE (Pierre), La carence du législateur communautaire et le devoir du juge, in : LUKE (Gerhard), RESS (Georg) (Hrsg.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln, Heymans Verlag, 1983, pp.559-580
- SHEUING (Dieter H.), Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, *Europarecht*, 1989, pp.152-192
- SIMON (Denys), compétence en matière pénale, *Europe*, Novembre 2005, n°11, pp.11-13
- \* La compétence de la Communauté pour conclure l'accord OMC : l'avis 1/94 de la Cour de justice, *Europe*, 1994, p.1
- WERNICKE (Stefan), Urteilsanmerkung zu C-233/94, Einlagensicherungsfonds, *EuZW*, 1997, pp.442-443

### La solidarité

- BOUTAYEB (Chahira) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2011, 340 p.
- FRENZ (Walter), EHLENZ (Christian), Der Euro ist gefährdet: Hilfsmöglichkeiten bei drohendem Staatsbankrott?, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, Mars 2010, vol.21 n°3, pp.65-70
- FUEST (Clemens), Stabile fiskalpolitische Institutionen für die Europäische Währungsunion, *Wirtschaftsdienst*, 1993, n°10, pp.539-545
- HÄDE (Ulrich), Haushaltsdisziplin und Solidarität im Zeichen der Finanzkrise, *EuZW*, 2009, vol.12, pp.399-403
- LOUIS (Jean-Victor), Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne, in :



BOUTAYEB (Chahira) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels : pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2011, pp.107-124

- SEIDEL (Martin), Der Euro – Schutzschild oder Falle, *ZEI Working Paper*, B 01 2010, 37 p. : [http://www.zei.de/download/zei\\_wp/B10-01.pdf](http://www.zei.de/download/zei_wp/B10-01.pdf)

#### **b) Allemagne**

- BULLINGER (Martin), Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung, *DÖV*, 1970, Teil 1 pp.761-777, Teil 2 pp.797-801

- FROMONT (Michel), La réforme du fédéralisme allemand de 2006, *RFDC*, n°70, 2007, pp.227-248

- FROWEIN (Jochen A.), Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat, *VVDStRL*, 1973, n°31, pp.13-50

- KÖTTGEN (Arnold), Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltungen, *JöR NF 3*, 1954, pp.67-147

- LASSAR (Gerhard), Die verfassungsrechtliche Ordnung der Zuständigkeiten, in : ANSCHÜTZ (Gerhard), THOMA (Richard) (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1. Bd., Tübingen, Mohr, 1930, pp.301 et s.

- MEYER (Hans), *Die Föderalismusreform 2006. Konzeption, Kommentar, Kritik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 392 p.

- MÜLLER (Martha D.), *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern*, Lit Verlag, 1996, 179 p.

- RENZSCH (Wolfgang), *Finanzverfassung und Finanzausgleich : Die Auseinandersetzung um ihre politische Gestaltung in der Bundesrepublik Deutschland zwischen Währungsreform und deutscher Vereinigung (1948 bis 1990)*, Dietz Verlag J.H.W. Nachf 1991, 300 p.

- SCHARPF (Fritz W.), *Föderalismusreform. kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt a. M., Campus Verlag, 2009, 174 p.

- SCHEUNER (Ulrich), Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, *DÖV*, 1962, pp.641-648

- SOELL (Hermann), Sind die Gemeinschaftsaufgaben nach Art.91aGG ein geeignetes Instrument zur Weiterentwicklung des föderativen Systems, in : *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, 1972, pp.397-411

- STREINZ (Rudolf), Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2001, n°1, pp.481-488

- VAILLANT (Jérôme), Du principe de subsidiarité comme principe fondateur du fédéralisme, *Allemagne d'aujourd'hui*, 2003, n°164, pp.3-8

- VOLKER (Haug), Die Föderalismusreform – Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat, *DÖV*, März 2004, Heft 5, pp.190-197

#### **c) Etats-Unis**

- BIKLÉ (Henry), The silence of Congress, *HLR*, 1927, vol.41 n°2, pp.200 et s.

- BOYDEN GRAY (Clayland), Regulation and federalism, *Yale Journal of Regulation*, 1983, n°1, pp.93 et s.

- DYE (Thomas R.), *American federalism : competition among governments*, Lexington Books, 1990, 240 p.

- EULE (Julian N.), Laying the dormant commerce clause to rest. *Yale Law Journal*, 1982, n°91, pp.425-485

- MAY (Ronald J.), *Federalism and fiscal adjustment*, Oxford, Clarendon Press, 1969, 192 p.

- REDISH (Martin H.), NUGENT (Shane V.), The dormant commerce clause and the constitutional balance of federalism,, *Duke Law Journal*, 1987, n°4, pp.569-617

- REGAN (Donald H.), The Supreme Court and state protectionism : making sense of the dormant commerce clause, *Michigan Law Review*, 1986, n°84, pp.1091-1287

- SCHMIDHAUSER (John), *The Supreme Court as final arbiter in federal-state relations, 1789-1957*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1958, 241 p.



### La protection fédérale des droits fondamentaux aux Etats-Unis

- BRENNAN (William J.), Federal Habeas Corpus and State Prisoners: An Exercise in Federalism, *Utah Law Review*, vol.7, pp.423 et s.
- BRENNAN (William J.), The Bill of Rights and the States, *The New York University Law Review*, 1961, n°36, pp.761 et s.
- COVER (Robert M.) and ALEINIKOFF (T. Alexander), Dialectical Federalism : Habeas Corpus and the Court, *The Yale Law Journal*, 1977, Vol. 86 n°6, pp. 1035-1102
- DOYLE (Charles), *Federal Habeas Corpus : A Brief Legal Overview*, Congressional Research Service Report for Congress, The Library of Congress, 26 avril 2006, 40 p.
- FRIENDLY (Henry J.), Is Innocence Irrelevant? Collateral Attack on Criminal Judgments, *University of Chicago Law Review*, 1970, vol.38 n°1, pp.142-172
- MARCEAU (Justin F.), Un-Incorporating the Bill of Rights: The Tension Between the Fourteenth Amendment and the Federalism Concerns that Underlie Modern Criminal Procedure Reforms, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2008, vol.98 n°4, pp.1231-1304.
- MAYERS (Lewis), The Habeas Corpus Act of 1867: The Supreme Court as Legal Historian, *The University of Chicago Law Review*, 1965, vol. 33 n°1, pp. 31-59
- NELSON (W.), *The Fourteenth Amendment : from political principle to judicial doctrine*, Harvard University Press, 1988, 253 p.

### **d) Suisse**

- COTTIER (T.), MERKT (B.), La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi fédérale sur le marché intérieur suisse : l'influence du droit européen et du droit international économique, in : ZEN-RUFFINEN (P.), AUER (A.) (Hrsg.), *De la constitution, Mélanges en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp.449-471.
- DUBEY (Bernard), *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences*, Paris, LGDJ, 2002, 876 p.
- HANGARTNER (Yvo), *Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, Herbert Lang, Bern, 1974, 250 p.
- SCHINDLER (Dieter), Differenzierter Föderalismus, in : HALLER (Walter), KÖLZ (Alfred), MÜLLER (Georg), THÜRER (Daniel) (Hrsg), *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zürich, Schulthess, 1989, pp.371-391
- WIDMER (Peter), *Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht*, Schulthess, Zürich, 1966, 88 p.
- WUNDER (Kilian), *Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Union*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 243 p.

### Solidarité/ subventions

- DAFFLON (Bernard), *Fédéralisme et solidarité : Etude de la péréquation en Suisse*, Institut du fédéralisme Fribourg Suisse, 1995, 322 p.
- MOTTU (Éric), Réforme de la péréquation financière et principe de subsidiarité, *Swiss Political Science Review*, 1997, vol.3 n°3, p.1-19

### **e) Comparaison sur les compétences**

- AUBER (Emmanuel), *La répartition des compétences - Une comparaison Etats-Unis*, Paris, L'Harmattan, 2009, 160 p.
- HECKLY (Christophe), OBERKAMPF (Eric), *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, L'Harmattan, 1994, 197 p.
- LENAERTS (Koenraad), *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, 1988, 817 p.
- MASON (Ruth), A Theory of Tax Discrimination, Jean Monnet Working Paper, 2006, 09/06, 61p. : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/06/060901.pdf>



- MAYER (Franz C. ), Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV, 2001, vol.61 n°2-3, p.577-640

## 2) *Sur l'encadrement de l'exercice des compétences fédérales*

- GEIGER (Rudolf), Die Stellung der Bundesländer im europäischen Gemeinschaftsrecht und ihre Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Akte der Gemeinschaft, in : KREMER (Harry Andreas), *Die Landesparlamente im Spannungsfeld zwischen europäischer Integration und europäischem Regionalismus*, München, 1988, pp.51-71

- HIRSCH (Günter), *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im gemeinschaftsrecht*, Zentrum für Europäische Wirtschaftsrecht, Bonn, 1997, 30 p.

### a) **La subsidiarité**

#### Concept général de subsidiarité

- LEON XIII, *Rerum novarum : de la condition des ouvriers : lettre encyclique du 15 mai 1891*, Paris, Éd. de la Nouvelle aurore, 1975, 47 p.

- MILLION-DELSOL (Chantal), *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'État, le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, PUF, 1992, 232 p.

- PIE XI, *Quadragesimo Anno (15 May 1931) : L'encyclique Quadragesimo Anno sur la restauration de l'ordre social. Traduction française avec table analytique et commentaires*, Paris, Editions Spes, 1936, 153 p.

- VAILLANT (Jérôme), *Du principe de subsidiarité comme principe fondateur du fédéralisme, Allemagne d'aujourd'hui*, 2003, n°164, pp.3-8

#### Union européenne

- ALTMAIER (Peter), Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungsvertrag, in : DERRA (Hans-Jörg) (Hrsg.) *Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp.301-323

- BARROCHE (Julien), Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, pp.13-29

\* La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen, *Politique européenne*, automne 2007, n° 23, pp.153-177

- BIEBER (Roland), Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in : EVERS (Tilman) (Hrsg.), *Chancen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Baden-Baden, Nomos, 1994, pp.161-171

\* Subsidiarität im Sinne des Vertrages über die Europäische Union, in : NÖRR (Knut W.), OPPERMAN (Thomas) (Hrsg.), *Subsidiarität : Idee und Wirklichkeit*, Mohr, 1997, pp.165-183

- BLUMANN (Claude), démocratie et subsidiarité, in : COHEN-JONATHAN (Gérard), DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, pp.133-154

\* Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres, *RMUE*, 1992, n°4, pp.165-188

- BURCA (Grainne de), The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an institutional actor, *JCMS*, 1998, vol.36, n°2, pp.217-234

- CALLIES (Christian), *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union : Vorgaben für die Anwendung von Art 3b EGV am Beispiel der gemeinschaftlichen Wettbewerbs- und Umweltpolitik*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1996, 330 p.

- CHAMBON (Nadège), Subsidiarité contre solidarité ? L'exemple du programme européen d'aide alimentaire aux plus démunis, *Les brefs, Notre Europe*, octobre 2011, 4 p.

- CONSTANTINESCO (Vlad), Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?, in : *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45

\* Subsidiarité...vous avez dit subsidiarité ?, *RMUE*, 1992, n°4, pp. 227-230

\* Subsidiarität : zentrales Verfassungsprinzip für die Politische Union, *Integration*, 1990, vol.13



n°4, pp.165-178

- DEHOUSSE (Renaud), Does subsidiarity really matter ?, *EUI Working Paper in Law*, 1992, n°32, 31 p.
- DURAND (Claire-Françoise), La mise en œuvre du principe de subsidiarité, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, 2002, pp.367-373
- EHLERMANN (Claus-Dieter), Quelques réflexions sur la communication relative au principe de subsidiarité, *RMUE*, 1992, n°4, pp. 215-220
- ESTELLA (Antonio), *The EU principle of subsidiarity and its critique*, Oxford University press, 2002, 210p.
- GAUDIN (Hélène), Les principes d'interprétation de la CJCE et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, pp.10-27
- GAUTRON (Jean-Claude), Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, pp.3-8
- GAZZO (Emanuele), Lever le voile de la "subsidiarité" pour ne pas tomber dans le piège qu'elle peut cacher, *RMUE*, 1992, n°4, pp. 221-226
- GOLUB (Jonathan), Sovereignty and Subsidiarity in EU Environmental Policy, *Political Studies*, 1996, n°44, pp.686-703
- GRIMM (Dieter), Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1994, n°77, pp.6-12
- GUILLOUD (Laetitia), Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel, *Petites affiches*, 19 avril 2007 n° 79, pp. 53-62
- HAILBRONNER (Kay), Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip nach dem Maastrichter Vertrag, in : HAILBRONNER (Kay) (Hrsg.), *Europa der Zukunft – Zentrale und dezentrale Lösungssätze*, Köln, *Bundesanzeiger*, 1994, pp.49-63
- JACQUÉ (Jean-Paul), WEILER (Joseph), On the Road to European Union. A new judicial Architecture : An agenda for the intergouvernemental conference, *CMLR*, 1990, n°27, pp.185-207
- KAPTEYN (Paul Joan George), Community Law and the principle of subsidiarity, *RAE*, 1991, n°2, pp.35-43
- KNEMEYER (Franz-Ludwig), Subsidiarität – Föderalismus – Dezentralisation, Initiativen zu einem "Europa der Regionen", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1990, pp.449-454
- KOENIG (Christian), LORZ (Ralph A.), Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, *JZ*, 2003, pp.167-173
- LAMBERS (Hans-Jürgen), Subsidiarität in Europa – Allheilmittel oder juristische Leerformel, *EuR*, 1993, n°1, pp.229-242
- LENAERTS (Koenraad) et IPERSELE (Patrick van), Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE, *CDE*, 1994, n°1-2, pp.3-83
- LENAERTS (Koenraad), The principle of subsidiarity and the environment in the European Union : keeping the balance of federalism, *Fordham International Law Journal*, 1994, pp.846-895
- MATTINA (Enzo), Subsidiarité, démocratie et transparence, *RMUE*, 1992, n°4, pp. 203-213
- MELLEIN (Christine), *Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente : eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas*, Baden-Baden, Nomos, 2007, 527 p.
- MERTEN (Detlef), Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in : MERTEN (Detlef) (Hrsg.), *Die Subsidiarität Europas*, 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp.77-96
- MERTENS DE WILMARS (Josse), Du bon usage de la subsidiarité, *RMUE*, 1992, n°4, pp.193-201
- MEYER-HEINE (Anne), La participation des parlements au fonctionnement de l'Union européenne : quand la subsidiarité renforce la démocratisation de l'union, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, pp.31-46
- MISCHO (Jean), Un rôle nouveau pour la Cour de justice?, *RMC*, décembre 1990, n°342, pp.681-686



- MOLSBERGER (Philipp), *Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 263 p.
- ONORIO (Joël-Benoît d') (dir.), *La subsidiarité : de la théorie à la pratique*, Paris, Téqui, 1995, 182 p.
- PIEPER (Stefan Ulrich), *Subsidiarität: ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen*, Köln, Heymann, 1994, 337 p.
- SCHARPF (Fritz W.), *Föderalismusreform : kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt, Campus, 2009, 174 p.
- SCHIMA (Bernhard), *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1994, 176 p.
- SCHNABEL (achim), Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1993, n°13, pp.393-396
- SCHWARZE (Jürgen), Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand, *RMCUE*, n°370, juillet-août 1993, pp.615-619
- SCHWERER (François), La subsidiarité dans l'organisation européenne ou le détournement d'une valeur chrétienne, in : ONORIO (J.-B. d') (dir.), *La subsidiarité...*, pp.111-132.
- STEWING (Clemens), Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzverteilungsregel im Europäischen Recht, *DVBl*, 1992, pp.1516-1518.
- TOTH (Akos), Is subsidiarity justiciable?, *ELRev*, 1994, vol.19, n°3, pp.268-285.
- TOTH (Akos), The principle of subsidiarity in the Maastricht treaty, *CMLR*, 1992, n°29, pp.1079-1105.

#### Suisse

- THALMANN (U.), Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in : FLEINER (T.), MISIC (A.), FORSTER (P.), THALMANN (U.) (Hrsg.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, pp.149-169
- EPINEY (Astrid), Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in : *Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé*, Zürich, 1994, pp.9-34

#### **b) Clause de besoin et clause de nécessité en droit allemand**

- ACHTERBERG (Norbert), Die Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung (art.72 Abs.2 GG), *DVBl*, 1967, pp.213-220
- BREUER (Rüdiger), Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, *Der Staat*, 1977, n°16, pp.21-54
- CALLIES (Christian), Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus, *DÖV*, November 1997 – Heft 21, pp. 889-899
- FRÖHLER (Luwig), Wie verhält sich art.125 zu art.72 abs. 2 Grundgesetz ?, *DVBl*, 1950, n°16, pp.490-493
- ISENSEE (Josef), *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht : eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2. Aufl., 2001, 391 p.
- JOCHUM (Heike), Richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zur legislativen Kompetenzordnung des Grundgesetzes, *NJW*, 2003, pp.28-30
- KENNTNER (Markus), Der Föderalismus ist (doch) justiziabel! – Anmerkungen zum "Altenpflegegesetz-urteil" des BverfG, *NVwZ*, 2003, Heft 7, pp.821-824
- KRATZER (Jakob), Zu Art. 72 Abs.2 und 125 des Grundgesetzes, *DVBl*, 1950, n°13, pp.396-398
- KRÜGER (Hartmut), Zur Bedeutung des Art.72 Abs.2 GG für die Gesetzgebungs-kompetenz des Bundes, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1984, pp.545-551
- LECHLEITNER (Marc), Die Erforderlichkeitsklausel des Art.72 Abs.2 GG, *Jura*, 2004, Heft 11, pp.746-751
- NEUMEYER (Christoph), *Der Weg zur neuen Erforderlichkeitsklausel für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Abs. 2 GG). Renaissance alliierter Verfassungspolitik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 181 p.



- OETER (Stefan), *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht : Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, Mohr, 1998, 655 p.
- PECHSTEIN (Matthias), WEBER (Anja), Gesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz, *JURA*, 2003, pp.82-91
- SCHMEHL (Arndt), Die erneuerte Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG, *DÖV*, 1996, pp.724-731
- TETTINGER (Peter), Überlegungen zu einem administrativen Prognosespielraum, *DVBf*, 1982, pp.421-433
- WINKLER Markus, "Erforderlichkeit" iSv Art 72 II GG nF, *JA*, 2003 – Heft 4, pp. 284-286

### **c) Comparaison de l'encadrement de l'exercice des compétences fédérales**

- BERMANN (George), Taking subsidiarity seriously : federalism in the European Community and the United States, *Columbia Law Review*, vol.94, 2, March 1994, pp.331-456
- CALLIES (Christian), Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung. Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz-Urteils des BverfG, *EuGRZ*, 2003, Heft 7-10, pp.181-197
- FROWEIN (Joachen A.), Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität. Zur Kompetenzverteilung in bündlichen Systemen, in : BADURA (Peter), SCHOLZ (Rupert) (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungsleben, Festschrift für Peter Lerche*, München, Beck, 1993, pp.401-410
- GAS (Tonio), WEBER (Albrecht), République fédérale d'Allemagne. Justice constitutionnelle et subsidiarité, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Justice constitutionnelle et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp.137-177
- HIRSCH (Günter), Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste, in : DELPEREE (F.)(dir.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, 2002, pp.47-65
- KENNTNER (Markus), *Justitierbarer Föderalismus : zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 333p.

## **F. Sur l'équilibre des intérêts dans la prise de décision fédérale**

- BASTA (Lidija), Minderheiten und ihre Legitimation des Bundesstaates. Überlegungen eines "Ousiders" zum Modell "Schweiz", in : SAMARDZIC (Slobodan), FLEINER (Thomas) (Hrsg.), *Föderalismus und Minderheitenproblem in multiethnischen Gemeinschaften : eine vergleichende Analyse über die Schweiz und Jugoslawien*, Publications de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, pp.3-40
- JAAG (Tobias), Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in : AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.) (dir.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, schulthess, Zürich, 2001, pp.473-489
- MAGNETTE (Paul) et KALYPSO (Nicolaïdis), Grands et petits Etats dans l'Union Européenne : réinventer l'équilibre, *Notre Europe, Etudes et recherches*, Mai 2003, n°25, 61 p. : <http://www.notre-europe.eu/media/Etud25-fr.pdf>

### **1) Sur le choix du siège des institutions fédérales**

- FISCHER (Per), Das Saarstatut des Europarats Vorstoß in europäisches integrationspolitisches Neuland, in : HUDEMANN (Rainer), POIDEVIN (Raymond), MAAS (Annette) (hrsg.), *Die Saar 1945-1955 : ein Problem der europäischen Geschichte*, 2e éd., Munich, R. Oldenburg Verlag, 1995, pp.115-126
- FORTENBAUGH (Robert), *The Nine Capitals of the United States*, Maple Press Co., 1948, 104 p.
- LEVRET (Bruno), La Sarre et le Conseil de l'Europe 1949-1954, in : HUDEMANN (Rainer), POIDEVIN (Raymond), MAAS (Annette) (hrsg.), *Die Saar 1945-1955 : ein Problem der europäischen Geschichte*, R. Munich, Oldenburg Verlag, 2<sup>e</sup> éd., 1995, pp.97-114



- STADLER (Peter), Die Hauptstadtfrage in der Schweiz : 1798-1848, *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 1971, vol.21 n°4, pp.523-582.

## 2) Union européenne

### a) Rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne

- CULOT (Marc), La place du parlement national dans l'Union européenne : étude comparée entre la France et le Danemark, *RIDC*, 2004, n°3, pp.677-683

- GAILLARD (Maurice), La coopération interparlementaire dans l'Union européenne, in : AUVRET-FINCK (Josiane) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, Paris, LGDJ, 2002, pp.183-197

- JANOWSKI (Cordula A.), *Die nationalen Parlamente und ihre Europa-Gremien*, 2005, Nomos, 278 p.

- KAMANN (Hans-Georg), *Die Mitwirkung der Parlamente der Mitgliedstaaten an der europäischen Gesetzgebung : national-parlamentarische Beeinflussung und Kontrolle der Regierungsvertreter im Rat der Europäischen Union im Spannungsfeld von Demokratie und Funktionsfähigkeit des gemeinschaftlichen Entscheidungsverfahrens*, Frankfurt a. M., Peter Lang – Europaeischer Verlag der Wissenschaften, 1997, 366 p.

- MAURER (Andreas), *Optionen und Grenzen der Einbindung der nationalen Parlamente in die künftige EU-Verfassungsstruktur*, SWP-Studie, August, 2002, 38 p. :

[http://www.swp-berlin.org/common/get\\_document.php?asset\\_id=765](http://www.swp-berlin.org/common/get_document.php?asset_id=765)

- WEATHERILL (Stephen), Using national parliaments to improve scrutiny of the limits of EU action, *ELRev.* 2003, vol.28 n°6, pp.909-912

### b) Les institutions européennes

- BLUMANN (Claude), Les institutions de l'Union dans le cadre du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *RTDE*, avr.-juin 2005, vol.41 n°2, pp.345-374

- CASTOR (C.), *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, 552 p.

- JACQUE (Jean-Paul), Les réformes institutionnelles introduites par le Traité de Lisbonne, in : BROSSET (Estelle), CHEVALLIER-GOVERS (Constance), EDJAHARIAN (Vérane), SCHNEIDER (Catherine) (dir), *Le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2009, pp.57-73

- SAURON (Jean-Luc), Les institutions : La victoire de la complexité ?, *Europe*, Juillet 2008, n° 7, pp.47-50

- SCHÄFER (Wolf), Institutionenreform in der EU im Spannungsfeld von Integrationsvertiefung und –erweiterung, in : CASSEL (Dieter), WELFENS (Paul J.J.) (Hrsg.), *Regionale Integration und Osterweiterung der Europäischen Union*, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2003, pp.503-517

- LEQUILLER (Pierre), *un président pour l'Europe*, Notes de la Fondation Robert Schuman, n°12, janvier 2003, 79 p.

- QUERMONNE (Jean-Louis), Le rôle du Conseil européen et du Conseil des ministres, in : BELLET (Marc de), SIDJANSKI (Dusan) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Institut européen de l'université de Genève, 1996, pp.76-84

### Conseil européen

- BLUMANN (Claude), Le Conseil européen, *RTDE*, 1976, n° 1, pp. 1-20.

- DONDELINGER (Jean), *Le Conseil européen*, Bruxelles, 1975, 100 p.

- PICOD (F.), Le rôle du Conseil européen dans le processus de décision, *RDP*, 2002, n°4, pp.1187-1203

- SCHOUTHEETE (P. de), Conseil européen et méthode communautaire, *Notre Europe, Policy Paper*, n°57, p.34 p.

- TAULEGNE Béatrice, *Le Conseil européen*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1993, 504 p.

### Commission

- DIEDRICHS (Udo), Wessels (Wolfgang), The Commission and the Council, in : SPENCE (D.),



- EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.209-234
- EDWARDS (Geoffrey), Introduction. The European Commission in perspective, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.1-24
  - GARCIA URETA (Augustin), La Commission européenne, in : AUBY (Jean-Bernard), DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline) (dir.), *Droit administratif européen*, éd. Bruxelles, Bruylant, 2007, pp.81-97
  - GROENLEER (Martijn), The European Commission and agencies, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.156-172
  - JOANA (Jean), SMITH (Andy), *Les commissaires européens : technocrates, diplomates ou politiques ?*, Presses de Science Po, 2002, 260 p.
  - KASSIM (Hussein), The Secretariat General of the European Commission, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, pp.75-102
  - MAZEY (Sonia), Richardson (Jeremy), The Commission and the lobby, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.279-292
  - NOËL (Emile) La Commission européenne dans la perspective de la Conférence Intergouvernementale de 1996, in : BELLET (Marc de), SIDJANSKI (Dusan) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Institut européen de l'université de Genève, 1996, pp.69-76
  - PATTEN (Chris), *Not quite the diplomat : home truths about world affairs*, Londres, Allen Lane, 2005, 324 p.
  - SPENCE (David), The Directorates General and the services : structures, functions and procedures, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.128-155
  - \* The President, the College and the cabinets, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.25-74
  - SPENCE (David), STEVENS (Anne), Staff and personnel policy in the Commission in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.173-208
  - USHER (John A.), The Commission and the law, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.103-127
  - WESTLAKE (Martin), The European Commission and the European Parliament, in : SPENCE (D.), EDWARDS (G.), *The European Commission*, 3<sup>e</sup> éd, éd. John Harper, pp.263-278

### Conseil

- CONSTANTINESCO (Vlad) et SIMON (Denis) (dir.), *Le Coreper dans tous ses états*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 148 p.
- NOVAK (Stéphanie), Usages du vote à la majorité qualifiée de l'Acte unique européen à nos jours : une permanence inattendue, *Etudes et recherches, Notre Europe*, novembre 2011, n°88, 34 p. : <http://www.notre-europe.eu/011-2917-Usages-du-vote-a-la-majorite-qualifiee-de-l-Acte-unique-europeen-a-nos-jours-une-permanence-inattend.html>
- SABSOUB (Jean-Pierre), *Der Rat der Europäischen Gemeinschaft : Ein*



universel. Du projet Dehousse au projet Patijn, *CDE*, 1975, pp. 453-463.

- COCATRE-ZILGIEN (André), De l'élection du « Parlement européen » au suffrage universel direct. La « Décision » et « l'Acte » du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre 1976, *Annuaire français de droit international*, 1976, Volume 22, pp. 787-804
- CORBETT (Richard), JACOBS (Francis), SHACKLETON (Michael), *The European Parliament*, 7e édition, éd. J. Harper, 2007, 407 p.
- COSTA (Olivier), *Le parlement européen, assemblée délibérante*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2001, 507 p.
- COSTA (Olivier), Le Parlement entre efficacité fonctionnelle et déficit politique, in : DUPRAT (Gérard) (dir.), *L'Union européenne. Droit, politique, démocratie*, PUF, 1996, pp.145-173
- DEHOUSSE (Renaud), 1999 : an I du parlementarisme européen ?, *Notre Europe*, 10 p. : [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/NoteRD1\\_02.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/NoteRD1_02.pdf)
- KUNDOCH (Harald G.), Le recours en carence comme moyen juridique de promouvoir l'élection directe de Parlement européen, *CDE*, 1975, pp. 425-452
- SUSKI (Birgit), *Das Europäische Parlament. Volksvertretung ohne Volk und Macht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 211 p.
- TOURET (Corinne), L'élection du parlement européen au suffrage universel direct. Le point de l'évolution et les orientations probables, *Revue juridique du centre ouest*, avril 1992, n° spécial, pp.121-143

### c) La prise de décision dans l'Union européenne

- AYBERK (Ural), Les euro-groupes sont-ils forts ou faibles ?, in : BELLET (Marc de), SIDJANSKI (Dusan) (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Institut européen de l'université de Genève, 1996, pp.119-129
- BLUMANN (Claude), *La fonction législative communautaire*, LGDJ, 1995, 175 p.
- \* Le Parlement européen et la comitologie: une complication pour la Conférence intergouvernementale de 1996, *RTDE*, 1996, n°1, pp.1-24
- \* Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement n°182/2011 du 16 février 2011, *Cahiers de droit européen*, 2011, n°1, pp.23-52
- CONSTANTINESCO (Vlad), Le processus de décision : vers une nouvelle gouvernance ?, *Europe*, Juillet 2008, n° 7, pp.51-54
- JACQUE (Jean-Paul), Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union européenne, in : AUBY (Jean-Bernard), DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline) (dir.), *Droit administratif européen*, éd. Bruylant, Bruxelles 2007, pp.25-48
- MANIN (Philippe), La "méthode communautaire": changement et permanence, in : BLANQUET (Marc) (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp.213-237
- PONZANO (Paolo), CORONA (Daniela), HERMANIN (Costanza), Le pouvoir d'initiative de la Commission européenne : une érosion progressive ?, *Notre Europe, Etudes et recherches*, n°89, 2012, 55 p. : [http://www.notre-europe.eu/media/Commission\\_Pouvoir\\_Initiative\\_NE\\_Fev2012.pdf](http://www.notre-europe.eu/media/Commission_Pouvoir_Initiative_NE_Fev2012.pdf)
- PEDLER (Robin H.), SCHAEFER (Guenther F.) (éd.), *Shaping European Law and Policy : The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, European Institute of Public Administration, 1996, 204 p.
- SZAPIRO (Manuel), Comitologie : rétrospective et prospective après la réforme de 2006, *RDUE*, 2006, n°3, pp.545-586

### La coopération interinstitutionnelle

- BURGORGUE-LARSEN (Laurence), La coopération interinstitutionnelle. Approche comparative et tentative de systématisation, in : Auvret-FINCK (Josiane) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp.13-28
- BLUMANN (Claude), Caractéristiques générales de la coopération interinstitutionnelle, in : Auvret-FINCK (Josiane) (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp.29-60



- TOURNEPICHE (Anne-Marie), La clarification du statut juridique des accords interinstitutionnels. Commentaire de la déclaration du projet de Traité de Nice relative à l'article 10 CE, *RTDE*, avr.-juin 2002, vol.38 n°2, pp.209-222

\* *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 544 p.

#### L'équilibre institutionnel

- ADAM (Stanislas), Cour de justice, 10 janvier 2006 Commission c/ Conseil (C-94/03) et Commission c/ Parlement et Conseil (C-178/03), *Revue des affaires européennes*, 2006 n°1, pp.127-136

- BLUMANN (Claude), Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire, in : UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II), *Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Paris, Dalloz, 2000, pp.1639-1659.

- KOUTRAKOS (Panos), Case C-94/03, Commission v. Council, judgement of the second chamber of 10 January 2006, [2006] ECR I-1 ; Case C-178/03, Commission v. Parliament and Council, judgement of the second chamber of 10 January 2006, [2006] ECR I-107, *CMLR*, 2007, n°44, pp.171-194

- MICHEL (Valérie), Retour confirmé de la double base juridique, *Europe*, Novembre 2009, n°11, pp.10-11

- ROLAND (Sébastien), *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, thèse, 2006, 598 p.

\* *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, Bruylant, 2008, 724 p.

- WACHSMANN (Anne), Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour, *Europe*, janvier 1993, n°1, pp.1-5

#### **d) Hiérarchie des normes en droit de l'Union européenne**

- MEDHI (Rostane), La double hiérarchie normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, in : *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, pp. 443-462

- BLUMANN (Claude), Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de Constitution pour l'Europe, in : *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Éd. Pédone, 2004, pp.249-268

\* A la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp.127-144

- GAUTRON Jean-Claude, Un ordre juridique autonome et hiérarchisé, in : RIDEAU (Joël) (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit*, LGDJ, 2000, pp.25-64

- MONJAL (Pierre-Yves), Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne : les limites de la simplification, *Actualité juridique - Droit administratif*, 2003, n°41, pp.2177-2184

\* *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, LGDJ, 2000, 629 p.

- ROUX (Jérôme), Les actes : un désordre ordonné ?, *Europe*, Juillet 2008, n° 7, pp.54-57

- TIZZANO (Antonio), La hiérarchie des normes communautaires, *RMCUE*, 1995, n°3, pp.219-232

\* La hiérarchisation des normes, in : RIDEAU (Joël) (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit*, LGDJ, 2000, pp.153-171.

#### **e) Le déficit démocratique**

- BLANC (Didier), *Les parlements européen et français face à la fonction législative communautaire : aspects du déficit démocratique*, l'Harmattan, 2004, 527 p.

- CLASSEN (Claus Dieter), Europäische Integration und demokratische Legitimation, *AöR*, 1994, n°119, pp.238-260

- COT (Jean-Pierre), Les défis de la Convention européenne : ou comment rattraper un retard de légitimité, in : BEAUD (Olivier), LECHEVALIER (Arnaud), PERNICE (Ingolf), STRUDEL (Sylvie)



- (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, Bruylant, 2004, pp.69-85
- LENAERTS (Koenraad), *New Models of Constitution-Making in Europe : the Quest of Legitimacy*, *CMLR*, 2002, vol.39 n°6, p.1217-1253.
  - LEQUESNE (Christian), RIVAUD (Philippe), *Les comités d'experts indépendants : l'expertise au service d'une démocratie supranationale ?*, *Revue française de science politique*, 2001, vol.51 n°6, pp.867-880
  - MORAVCSIK (Andrew), *In Defence of the 'Democratic Deficit'. Reassessing Legitimacy in the European Union*, *JCMS*, 2002, vol.40 n°4, pp.603-324.
  - MORAVCSIK (Andrew), *Le mythe du déficit démocratique européen*, *Raisons politiques*, n°10, mai-juillet 2003, p.87-105
  - MOUSSIS (Nicolas), *La construction européenne et le citoyen : déficit démocratique ou déficit d'information ?*, *RMCUE*, mars 2000, n°436, pp.153-159 ;
  - PLIAKOS (Asteris), *L'Union européenne et le Parlement européen : y a-t-il vraiment un déficit démocratique?*, in : LE HARDÿ DE BEAULIEU (L.) (dir.), *Du déficit démocratique à l'Europe des citoyens : travaux des troisièmes journées d'étude Jean Monnet*, Presses universitaires de Namur, 1995, pp.165-179

#### **f) Le système partisan**

- BARTOLINI (Stefano), *Faut-il "politiser" l'UE ? Perspectives et risques*, in : *La politisation de l'UE : remède ou poison*, *policy paper, Notre Europe*, n°19, 2006, pp.31-52 : <http://www.notre-europe.eu/media/Polycypaper19-fr.pdf>
- DELWIT (Pascal), KÜLAHCI (Erol), VAN DE WELLE (Cédric) (éd.), *Les fédérations européennes de partis : Organisation et influence*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, 252 p.
- DE SCHOUTHEETE (Philippe), *En réponse à Hix et Bartolini*, *Notre Europe*, 2006, 2 p. : [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/Reactions\\_Deschoutheete-fr\\_01.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Reactions_Deschoutheete-fr_01.pdf)
- HIX (Simon), *Pourquoi l'UE a-t-elle besoin d'une politique (gauche-droite) ?*, in : *La politisation de l'UE : remède ou poison*, *policy paper, Notre Europe*, n°19, pp.1-30
- HIX (Simon), NOURY (Abdul G.), ROLAND (Gérard), *Democratic politics in the European Parliament*, 2007, Cambridge University Press, 258 p.
- MAGNETTE (Paul), *Politiser l'Union ? Oui, mais comment ?*, *Notre Europe*, 2006, 2 p. : [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/ReactionsMAGnette-fr\\_01.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/ReactionsMAGnette-fr_01.pdf)
- NIEDERMAYER (Oskar), *Europäische Parteien ? Zur grenzüberschreitenden Integration politischer Parteien im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Campus, Francfort sur le Main, 1983, 275 p.
- QUERMONNE (Jean-Louis), *Commentaires relatifs aux deux rapports de Simon Hix et Stefano Bartolini*, *Notre Europe*, 2006, 3 p. : [http://www.notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/R\\_actionQuermonne-fr.pdf](http://www.notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/R_actionQuermonne-fr.pdf)
- ROA BASTOS (Francisco), *Des « partis politiques au niveau européen » ? Etat des lieux à la veille des élections européennes de juin 2009*, *Etudes et recherches n°71, Notre Europe*, mai 2009, 36 p. : [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/Etud71-FRoaoBastos-Partiseuropens-fr.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Etud71-FRoaoBastos-Partiseuropens-fr.pdf).

### **3) Allemagne**

#### **a) Le système institutionnel et la procédure de décision**

- HIRSCHMÜLLER (Martin), *Die Konferenzen der Ministerpräsidenten und Ressortminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere die Rechtsnatur ihrer gemeinsamen Beschlüsse*, Beck, 1967, 158 p.
- WAGNER (Reinhard), *Die Zulässigkeit des parlamentarischen Doppelmandats*, Duncker & Humblot, 1986, 202 p.

#### Bundesrat

- BEYME (Klaus von), *Die Funktionen des Bundesrates. Ein Vergleich mit*



- Zweikammereensystemen im Ausland, in : *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.365-393
- BILFINGER (Carl), Der Reichsrat, in : ANSCHÜTZ (Gerhard), THOMA (Richard), *Handbuch des deutschen Staatsrecht, Bd.I*, Mohr, 1930, pp.545 et s.
  - ELLWEIN (Thomas), Der Entscheidungsprozeß im Bundesrat, in : *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.213-233
  - ESCHENBURG (Theodor), Bundesrat–Reichsrat–Bundesrat. Verfassungsvorstellungen und Verfassungswirklichkeit, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.35-62
  - FISCH (Stefan), Von der Föderation der Fürsten zum Bundesrat des Grundgesetzes. Zur Rolle der Länder im deutschen Föderalismus von 1848 bis heute, in : ARNIM (H. H. von), FÄRBER (G.), FISCH (S.), *Föderalismus – hält er noch, was er verspricht ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp.29-40
  - FROWEIN (Jochen A.), Bemerkungen zu den Beziehungen des Bundesrats zu Bundestag, Bundesregierung und Bundespräsident, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.115-126.
  - HALSTENBERG (Friedrich), Die Fortentwicklung der bundestaatlichen Struktur seit 1949 und ihre Auswirkungen auf den Bundesrat, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.127-150
  - KISKER (Günter), Die Beziehungen des Bundesrates zu den Ländern, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.151-172.
  - LAUFER (Heinz), Reform des Bundesrates, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.395-420
  - MAUNZ (Theodor), Die Rechtstellung der Mandatsträger im Bundesrat, in : BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.193-210
  - PFITZER (Albert), Die Organisation des Bundesrates, BUNDESRAT (hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft : Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1974, pp.173-191

#### **b) Sur l'équilibre institutionnel**

- CARPENTIER (Élise), *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, 2006, 545 p.

#### **4) Etats-Unis**

##### **a) Les institutions fédérales et la procédure de décision**

- BACH (Stanley), The legislative process in the House floor, in : SNEIDER (N. O.) (éd.), *House of Representatives of the United States*, Huntington, Nova Science Publishers, 2001, pp.15-44
- COX (Gary W.), MCCUBBINS (Mathew D.), *Setting the Agenda : Responsible Party Government in the US House of Representatives*, April 2004, Cambridge University Press, 2005, 336 p.



- PINTO (Roger), Les pouvoirs du Sénat américain en matière de traités, *RIDC*, 1950, vol.2 n°1, pp.5-26
- RIKER (William H.), The Senate and American federalism, *American Political Science Review*, vol.44, 1955, p.452-469
- SNEIDER (N. O.) (éd.), *House of Representatives of the United States*, Nova Publishers, 2001, 212 p.

### **b) Le système partisan**

- TOINET (Marie-France), *Le système politique des Etats-Unis*, PUF, 2<sup>e</sup> éd, 1990, 640 p.
- LASSALE (Jean-Pierre), *Les partis politiques aux Etats-Unis*, PUF, Paris, 1987, 108 p.

## **5) Suisse**

### **a) Conseil fédéral**

- BREITENSTEIN (Martin), *Reform der kollegialregierung : Bundesrat und Staatssekretäre in einem zweistufigen Regierungsmodell*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 182 p.
- BRÜHL-MOSER (Denise), Die Regierung und ihre Reform im Werk von René Rhinow, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie - Regierungsreform – Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 63-79
- BURCKHARDT (Walther), Die Reorganisation der Bundesverwaltung, *Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1911, vol.25, pp.343 et s.
- COTTIER (Thomas), Regierungsreform und stiller Verfassungswandel im Kontext der internationalisierung des Rechts, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie...*, pp.81-93
- COUCHEPIN (François), Coordination des actes d'un gouvernement collégial, *Pouvoirs*, 1987, n°43, n° spécial sur La Suisse, pp.65-72
- DÜRSTELER (Johannes), *Die Organisation der Exekutive der Schweizerischen Eidgenossenschaft seit 1798 in geschichtlicher Darstellung*, H.R. Sauerländer & Co., 1912, 329p.
- EICHENBERGER (Kurt), Organisatorische Probleme des Kollegialsystems, in : Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (hrsg.), *Der Staat der Gegenwart : ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, pp.434-450
- EHRENZELLER (Bernhard), Kollegialität und politische Verantwortlichkeit im schweizerischen Konkordanz-system, *ZBl*, 1999, Vol.100 n°3, pp.145-165
- GUT (Walter), Das Kollegialitätsprinzip, *ZBl*, 1989, n°1, pp.23-33
- KLÖTI (Ulrich), Regierungsreform in der Schweiz, in : RIKLIN (alouis) (hrsg), *Kleinstaat und Menschenrechte. Festgabe für Gerard Batliner zum 65. Geburtstag*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp.495-511
- LEMPERIERE (Charles), *Le pouvoir exécutif en suisse recrutement, organisation, fonctionnement*, 1911, Paris, Jouve & Cie, 561 p.
- LUZIUS (Mader), Bundesrat und Bundesverwaltung, in : AUBERT (J.-F.), MÜLLER (Jörg), THÜRER (D.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, schulthess, Zürich, 2001, pp.1047-1069
- RHINOW (René), Regieren unter veränderten bedingungen, *NZZ*, 10-11 juillet 1999, n°157, p.59
- \* Die Regierungsreform im Bund, in : ZEN-RUFFINEN (Piermarco), AUER (Andreas) (éd.), *de la constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp.87-99
- \* Stellungnahme, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie - Regierungsreform – Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhahn, 2009, pp.101-106
- SALADIN (peter), Probleme des Kollegialitätsprinzips, *RDS*, 1985, n°1, pp. 271-286
- SCHMID (Gerhard), Überlegungen zur staatlichen Handlungsfähigkeit und zur



Regierungsreform, in : UHLMANN (F.), MÜLLER (G.), BIAGGINI (G.), MÜLLER (J.), *Demokratie - Regierungsreform – Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhahn, 2009, pp.95-99

- UEBERWASSER (Heinrich), *Das Kollegialprinzip : seine Grundsätze und Konkretisierungen im Bereiche von Regierung und Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Bundesrates*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, 193 p.

\* Die Mitwirkung des Bundesratskollegiums in der Bundesversammlung im Lichte des Kollegialprinzips, in : *Das Parlament, "oberste Gewalt des Bundes"?* : Festschrift der Bundesversammlung zur 700-Jahr-Feier der Eidgenossenschaft, Bern, Paul Haupt, 1991, pp.321-335

- URS (Altermatt), Plädoyer für die Verstärkung des Präsidialprinzips im Bundesrat, in : *Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller*, Berne, Walter R. Schluop, 1993, pp. 211-222

### **b) Le système de concordance en Suisse**

- FLAUSS (Jean-François), L'élection tacite. Retour sur une vraie fausse curiosité du droit constitutionnel suisse, *RFDC*, 2005, n°61, pp.3-18

- KRIESI (Hanspeter), Grundlagen der politischen Willensbildung, in : AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.) (dir.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER (J.), THÜRER (D.), *Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zürich, 2001, pp.413-425

\* Le gouvernement en mutation : concordance et réforme gouvernementale au niveau fédéral : les perspectives, in : EMERY (Yves) (éd.), *L'administration dans tous ses états : réalisations et conséquences = Grossbaustelle Verwaltung : Bilanzen und Ausblicke*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2000, pp. 63-72

\* *Le système politique suisse*, Economica, Paris, 1998, 423 p.

- MAZZOLENI (Oscar), RAYNER (Hervé), *Une coalition gouvernementale durable : émergence, institutionnalisation et crise de la "formule magique" en Suisse (1959-2003)*, Université de Lausanne, 2008, 41 p.

- MAZZOLENI (Oscar), RAYNER (Hervé), SCHORDERET (Pierre-Antoine), *Les partis politiques suisses : traditions et renouvellements*, Michel Houdiard, 2009, 458 p.

- PAPADOPOULOS (Yannis), *Les processus de décision fédéraux en suisse*, Paris, éd. L'harmattan, 1997, 191 p.

- SEILER (Daniel-Louis), Enjeux et partis politiques en Suisse, *Pouvoirs*, 1987, n°43, n° spécial sur La Suisse, p.115-138

### **6) Perspective comparée sur les institutions fédérales**

- DEHOUSSE (Renaud), Le paradoxe de Madison : Réflexions sur le rôle des chambres hautes dans les systèmes fédéraux, *RDP*, 1990, pp.643-676

- HEGER (Matthias), *Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat : Gedanken zu ihrer Entstehung, ihrem aktuellen Erscheinungsbild und ihrer Rechtfertigung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 270 p.

- JAAG (Tobias), *Die Zweite Kammer im Bundesstaat. Funktion und Stellung des schweizerischen Ständerates, des deutschen Bundesrates und des amerikanischen Senats*, Zürich Schulthess, , 1976, 131 p.

- SHAPIRO (Martin), The problems of Independent agencies in the United States and the European Union, *Journal of European public policy*, vol.4, n°2, 1997, pp.276-291

## **III. Jurisprudence**

### **A. Union européenne**

#### **Cour de justice de l'Union européenne / Cour de justice des Communautés européennes**

- Cour de justice, 9 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité* dite "Fédéchar", aff. 8/55, *Rec.* 1955 p.291



- CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute autorité*, aff.9/56 et 10/56, *Rec.*1958 p.11
- CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff.6/69, *Rec.*1969 p.523
- CJCE, 6 octobre 1970, *Grad c/ Finanzamt Traunstein*, aff.9/70, *Rec.*1970 p.825.
- CJCE, 22 octobre 1970, *National Carbonising Company*, aff.109/75 R, *Rec.*p. 1193
- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff.11/70, *Rec.*, p.1125
- CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. C-25/70, *Rec.*1970 p.1161
- CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff.30/70, *Rec.*1970, p.1197
- CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil dit "AETR"*, Aff. 22/70, *Rec.* 1971 p.263
- CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c/France*, aff.7/71, *Rec.*1971 p.1003.
- CJCE, 12 juillet 1973, *Massey Ferguson*, aff.8/73, *Rec.*1973 p. 897
- CJCE, 13 décembre 1973, *Indiamex*, aff. jointes 37 et 38/73, *Rec.*1973 p.1609
- CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff.152/73, *Rec.*1974 p.153
- CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff.9/74, *Rec.*1974 p.773
- CJCE, 23 janvier 1975, *Galli*, aff.31/74, *Rec.*1975 p.64
- CJCE, avis 1/75 du 11 novembre 1975, *Rec.*1975 p.1355
- CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff.48/75, *Rec.*1976, p.497
- CJCE, 14 Juillet 1976, *Kramer*, aff. jointes 3, 4 et 6/76, *Rec.*1976 p.1279
- CJCE, 15 décembre 1976 *Donckerwolcke*, aff. 41/76, *Rec.*1976 p.1921
- CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff.33/76, *Rec.*1976, p.1989
- CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, *Rec.*1977 p.741
- CJCE, 16 novembre 1977, *Inno c/ ATB*, aff.13/77 *Rec.*1977 p.2115
- CJCE, 9 mars 1978, *Simenthal*, aff. 106/77, *Rec.*1978, p.629
- CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral (dit « Cassis de Dijon »)*, aff. 120/78, *Rec.*1979 p.649.
- CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.*1977 p.1629
- CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c/ RU*, aff.32/79, *Rec.*1980 p.2403
- CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères c/ Conseil*, dite "Isoglucose", aff.138/79, *Rec.*1980 p. 3333
- CJCE, 5 mai 1981, *Commission c/ RU*, aff. 804/79, *Rec.*1981, p.1045
- CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff.53/81, *Rec.*1982 p.1035
- CJCE, 6 mai 1982, *Fromme c/ BALM*, aff.54/81, *Rec.*1982 p.1149
- CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/ Parlement*, aff.230/81, *Rec.*1983 p.255
- CJCE 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff.205 à 215/82, *Rec.*1983, p.2633
- CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone c/ Ministero dello Tesoro*, aff.jointes 286/82 et 26/83, *Rec.*1984 p.377
- CJCE, 8 mars 1984, *Pluimveeslachterijen*, aff.47/83 et 48/83, *Rec.*1984 p.1721
- CJCE, 13 mars 1984, *Prantl*, aff.16/83, *Rec.*1984 p.1299
- CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff.14/83, *Rec.*1984, p.1891
- CJCE, 10 avril 1984, *Luxembourg c/ Parlement*, aff.108/83, *Rec.*1984 p.1945
- CJCE, 15 mai 1984, *Zuckerfabrik*, aff.121/83, *Rec.*1984 p.2039.
- CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc c/ Au blé vert*, aff. 229/83, *Rec.*1985 p.1
- CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff.293/83, *Rec.*1985, p.606
- CJCE, 22 mai 1985, *Parlement c/ Conseil*, aff.13/83, *Rec.*1985 p.1513
- CJCE, 11 décembre 1985, *Commission c/ Grèce*, aff.192/84, *Rec.*1985 p.3967
- CJCE, 15 janvier 1986, *Hurd*, aff.44/84, *Rec.*1986 p.29
- CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. C-152/84, *Rec.*1986 p.723
- CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff.294/83, *Rec.*1986 p.1339
- CJCE, 3 juin 1986, *Kempf*, aff.139/85, *Rec.*1986 p.1741
- CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff.66/85, *Rec.*1986 p.2121
- CJCE, 10 juillet 1986, *Wybot*, aff.149/85, *Rec.*1986 p.2391
- CJCE 18 septembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, aff.48/85, *Rec.*1986 p.2549
- CJCE 23 septembre 1986, *AKZO Chemie c/ Commission*, aff.5/85, *Rec.*p.2585
- CJCE, 11 mars 1987, *Rau c/ Commission*, aff.279/84 dite du "beurre de Noël", *Rec.*1987 p.1069.
- CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff.45/86 dite "SPG", *Rec.*1987 p. 1493



- CJCE, 7 mai 1987, *Commission c/ Belgique*, aff.186/85, *Rec.*1987 p.2029
- CJCE, 17 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff.394/85, *Rec.*1987 p.2741
- CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff.62/88 dite "*affaire des hormones*", *Rec.*1988 p.855
- CJCE, 24 mars 1988, *Commission c/ Grèce*, aff.240/86, *Rec.*1988 p.1835
- CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff.352/85, *Rec.*1988 p.2085
- CJCE, 21 juin 1988, *Brown*, aff.197/86, *Rec.*1988, p.3205
- CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff.39/86, *Rec.*1988 p.3161
- CJCE, 12 juillet 1988, *Parlement européen c/ Conseil*, aff.377/87, *Rec.*1988, p.I-4017.
- CJCE, 20 septembre 1988, *Moormann*, aff.190/87, *Rec.*1988 p.4689
- CJCE, 22 Septembre 1988, *France c/ Parlement*, aff.358/85 et 51/86, *Rec.*1988 p.4821
- CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Conseil*, aff.165/87, *Rec.*1988 p. 5545
- CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Belgique*, aff.42/87, *Rec.*p.5445
- CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c/Conseil*, aff.204/86, *Rec.*p.5323
- CJCE, 27 septembre 1988, *Parlement c/ Conseil*, aff.302/87, *Rec.*1988 p.5615
- CJCE, 27 septembre 1988, *Matteucci*, aff.235/87, *Rec.*1988 p.5589
- CJCE, 15 mars 1989, *Echternach et Moritz*, aff.389/87 et 390/87, *Rec.*p.723
- CJCE, 21 Septembre, 1989, *Commission c/ Grèce*, aff.68/88, *Rec.*1989, p.2965
- CJCE, 24 Octobre 1989, *Commission c/ Conseil*, aff.16/88, *Rec.*1989, p.3457, pt.10.
- CJCE, 14 novembre 1989, *Italie c/ Commission*, aff.14/88, *Rec.*1989, p.3677
- CJCE, 5 décembre 1989, *ORO*, aff.165/88, *Rec.*1989 p. 4081, pt. 15.
- CJCE, 29 mars 1990, *Grèce c/ Conseil*, aff.C-62/88, *Rec.*I-1536
- CJCE, 22 mai 1990, *Parlement c/ Conseil*, aff.70/88 dite "*Tchernobyl*", *Rec.*1990 p.I-2041
- CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.*1990 p. I-2433
- CJCE, 13 juillet 1990, *Zwartveld*, aff.C-2/88, *Rec.*1990, p.I-3365
- CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff.297/88 et C-197/89, *Rec.*1990 p. I-3763, pt.41.
- CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff.C-292/89, *Rec.*1991, p.745
- CJCE, 28 février 1991, *Delimitis*, aff.234/89, *Rec.*1991, p.I-935
- CJCE 11 juin 1991, *Athanasopoulos*, aff.C-251/88, *Rec.*1991, p.I-2797
- CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff.C-300/89 dite "*Dioxyde de titane*", *Rec.*1991 p.I-2867
- CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, *Rec.*1991 p.I-4221
- CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, aff.C-159/90, *Rec.*1991, p.I-04685
- CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. C-6 et 9/90, *Rec.*1991 p.I-5357
- CJCE, 26 février 1992, *Bernini*, aff.3/90, *Rec.*1992, p.I-1071
- CJCE, 26 février 1992, *Raulin*, aff.C-357/89, *Rec.*1992, p.I-1027.
- CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff.C-369/90, *Rec.*1992 p.I-4239
- CJCE, 13 mars 1992, *Vreugdenhil*, Aff.C-282/90, *Rec.*1992 p. I-1937
- CJCE, 16 juillet 1992, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-65/90, *Rec.*1992 p.I-4593
- CJCE, 19 mai 1992, *Commission c/ Allemagne*, aff.C-195/90, *Rec.*1992 p.I-3141
- CJCE, 16 juillet 1992, *Legros*, C-163/90, *Rec.*1992, p. I-4625
- CJCE, 27 oct. 1992, *RFA c/ Commission*, aff.240/90, *Rec.*1992 p.I-5383.
- CJCE, 26 janvier 1993, *Werner*, aff.C-112/91, *Rec.*1993 p.I-429.
- CJCE, 17 mars 1993, *Commission c/ Conseil*, aff. C-155/91, *Rec.*1993 p. I-939
- CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff.C-168/91, *Rec.*1993 p.I-1191).
- CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.*1993 p.I-1663
- CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et 268/91, *Rec.*p. I-6097
- CJCE, 2 mars 1994, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-316/91, *Rec.*1994 p.I-625
- CJCE, 15 juin 1994, *Commission/BASF*, aff.C-137/92 P, *Rec.*1994 p.I-2555
- CJCE 28 juin 1994, *Parlement c/Conseil* dit "*Déchets II*", aff. C-187/93, *Rec.*p. I-2857
- CJCE 9 août 1994, *France c/ Commission*, aff.C-327/91, *Rec.*1994 p.I-3641
- CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, aff. C-51/93, *Rec.*1994 p. I-3879
- CJCE, 9 août 1994, *Lancry*, aff. jointes C-363/93, C-407/93 à C-411/93, *Rec.*1994 p.I-3957
- CJCE, avis 1/94 du 15 novembre 1994, *Rec.*1994, p.I-5267



- CJCE, 30 mars 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-65/93, *Rec.* 1995 p.I-643.
- CJCE, 29 juin 1995, *Espagne c/ Commission*, aff.C-135/93, *Rec.* 1995 p.I-1651
- CJCE, 29 juin 1995, *Commission c/ Grèce*, aff. C-391/92, *Rec.* 1995 p.I-1621.
- CJCE, 5 juillet 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-21/94, *Rec.* 1995 p.I-1827.
- CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93, *Rec.* 1995 p. I-1923
- CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.* 1995 p.I-04165
- CJCE 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, *Rec.* I-4921
- CJCE, 19 mars 1996, *Commission c/ Conseil*, aff.C-25/94, *Rec.* 1996 p.I-1469,
- CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grand-duché du Luxembourg*, aff.C-473/93, *Rec.* 1996 p.I-3207
- CJCE, 12 novembre 1996, *RU c/ Conseil*, C-84/94, *Rec.* 1996 p.I-5755
- CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Conseil*, dit "garantie des dépôts" C-233/94, *Rec.* p.I-2441
- CJCE, 17 mai 1997, *Pistre*, aff.321/94, *Rec.* 1997 p.I-2343, pt.44.
- CJCE, 10 juin 1997, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-392/95, *Rec.* 1997, p.3246, pt.14.
- CJCE, 1<sup>er</sup> octobre 1997, *France c/ Parlement*, aff.C-345/95, *Rec.* 1997 p.I-5215
- CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ République française*, aff C-265/95, *Rec.* 1997 p. I-6959.
- CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff.C-120/95, *Rec.* 1998, p.I-1831
- CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff.C-158/06, *Rec.* 1998, p.I-1931
- CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala*, aff.C-85/96, *Rec.* 1998 p.I-2691
- CJCE, 12 mai 1998, *Commission c/ Conseil*, aff.C-170/96, *Rec.* 1998 p.I-2763
- CJCE, 29 septembre 1998, *Commission c/ Allemagne*, aff.C-191/95, *Rec.* 1998 p.I-5449
- CJCE, 3 juin 1999, *Colim*, C-33/97, *Rec.* 1999 p. I-3175
- CJCE, 4 avril 2000, *Commission c/ Conseil*, aff.C-269/97, *Rec.* 2000 p.I-2257.
- CJCE, 11 avril 2000, *Kaba*, aff.C-356/98, *Rec.* 2000 p.I-2623, pt.30
- CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff.C-281/98, *Rec.* 2000 p. I-4139
- CJCE, 5 octobre 2000, *publicité du tabac*, aff.C-376/98, *Rec.* 2000 p. I-2247
- CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.* 2000 p. I-10663
- CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff.C-157/99, *Rec.* 2001 p.I-5473, pt.58.
- CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff.C-184/99, *Rec.* 2001 p.I-6193
- CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil* (aff.C-377/98, *Rec.* 2001 p. I-7079
- CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff.C-413/99, *Rec.* 2002 p.I-7091
- CJCE, 26 novembre 2002, *Oteiza Olazabal*, aff.C-100/01, *Rec.* 2002 p.I-10981
- CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, *Rec.* p.I-11550
- CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Espagne*, aff.C-12/00, *Rec.* 2003 p.I-459
- CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, aff.C-385/99, *Rec.* 2003 p.I-4509
- CJCE, 8 septembre 2003, *Morellato*, aff.C-416/00, *Rec.* 2003 p.I-9343
- CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff.C-148/02, *Rec.* 2003 p.I-11613
- CJCE, 23 octobre 2003, *Inizan*, aff.C-56/01, *Rec.* p.I-12403
- CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, aff.C-482/01 et C-493/01, *Rec.* 2004 p.I-5257
- CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri et Barth*, aff.C-502/01, *Rec.* 2004, p.I-6483
- CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff.C-456/02, *Rec.* 2004 p.I-7573
- CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, aff.C-36/02, *Rec.* 2004 p.I-9609
- CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff.C-200/02, *Rec.* 2004, p.I-9925
- CJCE, 15 mars 2005, *Bidar c/ London Borough of Ealing*, aff.C-209/03, *Rec.* 2005 p.I-2119
- CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Luxembourg*, aff.C-266/03, *Rec.* 2005 p.I-48/05
- CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff.C-154 et 155/04, *Rec.* 2005 p.I-6451
- CJCE, 14 juillet 2005, *Commission c/ Allemagne*, aff.C-433/03, *Rec.* 2005 p.I-6967
- CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff.C-176/03, *Rec.* 2005, p.I-7879.
- CJCE, 8 novembre 2005, *Jersey Produce Marketing Organisation*, aff. C-293/02, *Rec.* 2005 p. I-9543
- CJCE, 11 novembre 2005, *Mangold*, aff.C-144/04, *Rec.* p.I-9981
- CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff.C-178/03, *Rec.* 2006 p.I-107
- CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, *Rec.* 2006 p. I-1711, pts.31-32.



- CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff.C-372/04, *Rec.*2006 p.I-4325
- CJCE, 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff.C-459/03, *Rec.*2006 p.I-4657
- CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni*, aff.C-145/04, *Rec.*2006 p.I-07917
- CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*2007 p. I-2271
- CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz*, aff.C-76/05, *Rec.*2007, p.I-6849
- CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, aff. C-411/05, *Rec.*2007 p. I-8531.
- CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan* aff.C-11/06, *Rec.*2007, p.I-9161
- CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05, *Rec.*2007 p.I-10779
- CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff.C-341/05, *Rec.*2007 p.I-11767
- CJCE, 20 mai 2008, *Commission contre Conseil*, aff.C-91/05, *Rec.*2008 p.I-3651.
- CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*, aff.C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*2008 p.I-06351
- CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff.C-353/06, *Rec.*2008 p.I-7639
- CJCE, 6 novembre 2008, *Parlement/Conseil*, aff.C-155/07
- CJCE, 10 février 2009, *Irlande c/ Parlement et Conseil*, aff.C-301/06, *Rec.*2009 p.I-593
- CJCE, 12 février 2009, *Commission c/ Grèce*, aff. C-45/07, *Rec.*2009 p. I-701
- CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler*, aff.C-544/07, *Rec.*2009, p.I-3389
- CJCE, 3 septembre 2009, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-166/07, *Rec.*2009 p.I-7135
- CJCE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.*2010 p.I-00365
- CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c/ Freistaat Bayern*, aff.C-135/08
- CJUE, 20 avril 2010, *Commission c/ Suède*, aff.C-246/07, *Rec.*2010 p. I-3317
- CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08, *Rec.*2010 p. I-4999
- CJUE, 7 octobre 2010, *Lassal*, aff.C-162/09, *Rec.*2010 p. I-9217
- CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff.C-145/09
- CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff.C-208/09, *Rec.*2010 p.I-13693
- CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, aff.C-391/09
- CJUE, 21 juillet 2011, *Dias*, aff.C-325/09
- CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09
- CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, Aff.C-176/09
- CJUE, 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov*, aff.C-430/10
- CJUE, 17 novembre 2011, *Aladzhov*, aff.C-434/10
- CJUE, 19 avril 2012, *Artogodan*, aff.C-221/10 P
- CJUE, 22 mai 2012, *P. I.*, aff.C-348/09
- CJUE, 6 septembre 2012, *Lucja Czop*, aff.C-147/11 et *Margita Punakova*, aff.C-148/11

### **Tribunal / Tribunal de Première instance**

- TPI, ordonnance du 25 novembre 1999, *Martinez et de Gaulle c/ Parlement*, aff.T-222/99 R, *Rec.*p.II-3397.
- TPI, 2 octobre 2001, *Martinez et de Gaulle c/ Parlement européen, Front national c/ Parlement européen, Emma Bonino c/ Parlement européen*, aff.jointes T-222/99, T 327/99 et T-329/99, *Rec.*p.II-2823, pt.148.
- Tribunal, 3 mars 2010, *Artogodan*, Aff. T-429/05, *Rec.*2010 p.II-491

### **Conclusions des avocats généraux**

- Conclusions d'Alberto Trabucchi, dans l'aff.9/73, *Massey-Fergusson*
- Conclusions de Francesco Capotorti dans l'aff.120/78, *Cassis de Dijon*
- Conclusions de Gerhard Reischl dans l'aff.32/79, *Commission c/ RU*
- Conclusions de Giuseppe Tesauro dans les aff. jointes C-363/93, C-407/93 à C-411/93, *Lancry*
- Conclusions de Giuseppe Tesauro dans les aff. jointes C-485/93 et C-486/93, *Simitzi*
- Conclusions de Philippe Léger dans l'aff.C-84/94, *RU c/ Conseil*
- Conclusions de Philippe Léger dans l'aff.C-233/94, *garantie des dépôts*, *Rec.*1997 p.I-2405
- Conclusions de Francis Jacobs dans l'aff.C-321/94, *Pistre*
- Conclusions d'Antonio La Pergola dans l'aff.C-85/96, *Martínez Sala*
- Conclusions de Francis Jacobs, dans l'aff.C-274/96, *Bickel et Franz*, *Rec.*1998 p.I-7637



- Conclusions de Nial Fennelly dans l'aff.C-281/98, *Angonese*
- Conclusions de Nial Fennelly dans l'aff.C-376/98, *publicité du tabac*
- Conclusions de Leendert Geelhoed dans l'aff.C-491/01, *British American Tobacco*
- Conclusions de Philippe Léger dans l'aff. C-293/02, *Jersey*
- Conclusions d'Antonio Tizzano dans l'aff. C-442/02, *CaixaBank France*, , *Rec.2004 p.I-8961*
- Conclusions de Philippe Léger dans l'aff. C-152/03, *Ritter-Coulais*
- Conclusions de Juliane Kokott dans l'aff.C-178/03, *Commission c/ Parlement et Conseil*
- Conclusions de Leendert Geelhoed dans l'aff.C-13/05, *Chacon Navas*
- Conclusions d'Yves Bot dans l'aff.C-110/05, *"remorques"*
- Conclusions de Paolo Mengozzi dans l'aff.C-341/05, *Laval*
- Conclusions de Jan Mazak dans l'aff. C-411/05, *Palacios de la Villa*
- Conclusions de Poiares Maduro dans l'aff.C-438/05, *Viking*
- Conclusions d'Eléonor Sharpston dans l'aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*
- Conclusions d'Eléonor Sharpston dans l'aff.C-427/06, *Bartsch*
- Conclusions de Ruiz-Jarabo dans les aff. jointes C-55/07 et C-56/07, *Michaeler et Subito*
- Conclusions d'Yves Bot dans l'aff. C-555/07, *Küçükdeveci*
- Conclusions de Poiares Maduro dans l'affaire C-135/08, *Janko Rottmann c/ Freistaat Bayern*
- Conclusions d'Eléonor Sharpston dans l'aff.C-212/06, *Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*
- Conclusions de Poiares Maduro dans l'aff.C-411/06, *Commission c/ Parlement et Conseil*, *Rec.2009 p.I-7585*
- Conclusions de Poiares Maduro dans l'aff.C-58/08, *Vodafone*

## **B. Allemagne**

### **Cour fédérale administrative allemande**

- BVerwGE 50, 137 (9 juillet 1976)

### **Cour constitutionnelle de Karlsruhe**

- BVerfGE 1, 14 (2<sup>e</sup> sénat 23 octobre 1951 *Südweststaat*)
- BVerfGE 1, 117 (1<sup>er</sup> sénat 20 février 1952 *Finanzausgleichsgesetz*)
- BVerfGE 1, 264 (1<sup>er</sup> sénat 30 avril 1952 *Bezirksschornsteinfeger*)
- BVerfGE 1, 299 (2<sup>e</sup> sénat 21 mai 1952 *Wohnungsbauförderung*)
- BVerfGE 2, 213 (1<sup>er</sup> sénat, 22 avril 1953, *Straffreiheitsgesetz*)
- BVerfGE 2, 232 (1<sup>er</sup> sénat 22 avril 1953)
- BVerfGE 3, 52 (2<sup>e</sup> sénat 10 décembre 1953, *Weihnachtsgeld*)
- BVerfGE 3, 225 (1<sup>er</sup> Sénat 18 décembre 1953 *Gleichberechtigung*)
- BVerfGE 4, 115 (2<sup>e</sup> sénat 1<sup>er</sup> décembre 1954 *Besoldungsgesetz*)
- BVerfGE 6, 309 (2<sup>e</sup> sénat 26 Mars 1957 *Reichskonkordat*)
- BVerfGE 8, 143 (2<sup>e</sup> sénat 29 avril 1958 *Beschußgesetz*)
- BVerfGE 7, 377 (1<sup>er</sup> sénat 11 juin 1958 *Apothekenurteil*)
- BVerfGE 8, 122 (2<sup>e</sup> sénat 30 juillet 1958 *Volksbefragung Hessen*)
- BVerfGE 8, 274 (2<sup>e</sup> sénat 12 novembre 1958 *Preisgesetz*)
- BVerfGE 9, 268 (2<sup>e</sup> sénat 27 avril 1959)
- BVerfGE 11, 30 (1<sup>er</sup> sénat 23 mars 1960 *Kassenartzurteil*)
- BVerfGE 12, 205 (2<sup>e</sup> sénat 28 février 1961 *Rundfunkentscheidung*)
- BVerfGE 13, 230 (1<sup>er</sup> Sénat 29 novembre 1961 *Ladenschlußgesetz I*)
- BVerfGE 13, 54 (2<sup>e</sup> sénat 11 juillet 1961 *Neugliederung Hessen*)
- BVerfGE 14, 197 (2<sup>e</sup> sénat 24 juillet 1962 *Kreditwesen*)
- BVerfGE 18, 407 (2<sup>e</sup> sénat 23 mars 1965 *Verordnung als Landesrecht*)
- BVerfGE 22, 293 (2<sup>e</sup> sénat 5 juillet 1967 *EWG-Recht*)
- BVerfGE 22, 180 (2<sup>e</sup> sénat 18 juillet 1967 *Jugendhilfe*)
- BVerfGE 23, 127 (1<sup>er</sup> sénat du 5 mars 1968 *Zeugen Jehovas*)
- BVerfGE 24, 184 (2<sup>e</sup> sénat 9 octobre 1968 *Zustimmungsgesetz*)



- BVerfGE 24, 367 (1<sup>er</sup> sénat 18 décembre 1968 *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*)
- BVerfGE 26, 228 (2<sup>e</sup> sénat 24 juin 1969 *Sorsum*)
- BVerfGE 29, 11 (2<sup>e</sup> sénat 9 juin 1970 *Landesbauordnung Baden-Württemberg*)
- BVerfGE 30, 1 (2<sup>e</sup> sénat 15 décembre 1970 *Abhörurteil*)
- BVerfGE 32, 199 (2<sup>e</sup> sénat 15 Novembre 1971 *Richterbesoldung II*)
- BVerfGE 34, 9 (2<sup>e</sup> sénat 26 juillet 1972 *Besoldungsvereinheitlichung*)
- BVerfGE 34, 216 (2<sup>e</sup> sénat 30 janvier 1973 *Coburg*)
- BVerfGE 37, 271 (2<sup>e</sup> sénat 29 mai 1974 *Solange I*)
- BVerfGE 37, 363 (2<sup>e</sup> sénat 25 juin 1974 *Bundesrat*)
- BVerfGE 39, 1 (1<sup>er</sup> sénat 28 février 1975 *Schwangerschaftsabbruch*)
- BVerfGE 39, 96 (2<sup>e</sup> sénat 4 mars 1975 *Städtebauförderungsgesetz*)
- BVerfGE 41, 291 (2<sup>e</sup> sénat 10 février 1976 *Strukturförderung*)
- BVerfGE 42, 103 (2<sup>e</sup> sénat 4 avril 1976 *Bonus-Malus II*)
- BVerfGE 43, 291 (1<sup>er</sup> sénat 8 février 1977, *numerus clausus II*)
- BVerfGE 45, 1 (2<sup>e</sup> sénat 25 mai 1977) *Bundeshaushaltüberschreitung*
- BVerfGE 50, 290 (1<sup>er</sup> sénat 1<sup>er</sup> mars 1979 *Mitbestimmung*)
- BVerfGE 52, 187 (2<sup>e</sup> sénat 25 juillet 1979 *Vielleicht*)
- BVerfGE 56, 298 (2<sup>e</sup> sénat 7 octobre 1980 *Flugplatz Memmingen*)
- BVerfGE 61, 149 (2<sup>e</sup> sénat 19 octobre 1982 *Amtshaftung*)
- BVerfGE 67, 100 (2<sup>e</sup> sénat 17 juillet 1984)
- BVerfGE 67, 256 (2<sup>e</sup> sénat 6 novembre 1984 *Investitionshilfegesetz*)
- BVerfGE 68, 1 (2<sup>e</sup> sénat 18 décembre 1984)
- BVerfGE 72, 330 (2<sup>e</sup> sénat 24 juin 1986 *Finanzausgleich I*)
- BVerfGE 20, 238 (2<sup>e</sup> sénat 11 octobre 1986 *VwGO-Ausführungsgesetz I*)
- BVerfGE 73, 339 (2<sup>e</sup> sénat 22 octobre 1986 *Solange II*)
- BVerfGE 73, 118 (1<sup>er</sup> sénat 4 novembre 1986 *Rundfunkentscheidung*).
- BVerfGE 75, 223 (2<sup>e</sup> sénat du 8 avril 1987 *Kloppenburg*)
- BVerfGE 76, 1 (2<sup>e</sup> sénat 12 Mai 1987 *Familiennachzug*)
- BVerfGE 76, 107 (2<sup>e</sup> sénat 23 juin 1987 *Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen*)
- BVerfGE 78, 1 (2<sup>e</sup> sénat 27 janvier 1988)
- BVerfGE 81, 310 (2<sup>e</sup> sénat 22 mai 1990 *Kalkar II*)
- BVerfGE 84, 90 (1<sup>er</sup> sénat 23 Avril 1991 *Bodenreform*)
- BVerfGE 89, 155 (2<sup>e</sup> sénat, 12 octobre 1993 *Maastricht*)
- BVerfGE 90, 286 (2<sup>e</sup> sénat du 12 juillet 1994 *Out-of-area Einsätze*)
- BVerfGE 94, 49 (2<sup>e</sup> sénat 14 mai 1996 *Sichere Drittstaaten*)
- BVerfGE 96, 264 (2<sup>e</sup> sénat du 17 septembre 1997 *Fraktions- und Gruppenstatus*)
- BVerfGE 98, 265 (1<sup>er</sup> sénat 27 octobre 1998 *Bayerisches Schwangerenhilfegesetz*)
- BVerfGE 101, 158 (2<sup>e</sup> Sénat 11 novembre 1999 *Finanzausgleich III*)
- BVerfGE 106, 62 (2<sup>e</sup> sénat, 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz*)
- BVerfGE 106, 310 (2<sup>e</sup> sénat 18 décembre 2002 *Zuwanderungsgesetz*)
- BVerfGE 109, 190 (2<sup>e</sup> sénat 10 février 2004 *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*)
- BVerfGE 109, 279 (1<sup>er</sup> sénat 3 mars 2004 *Großer Lauschangriff*)
- BVerfGE 110, 140 (1<sup>er</sup> sénat 16 mars 2004 *Kampfhunde*)
- BVerfGE 111, 10 (1<sup>er</sup> sénat 9 juillet 2004 *Ladenschlussgesetz III*)
- BVerfGE 111, 226 (2<sup>e</sup> sénat 27 juillet 2004, *Juniorprofessur*)
- BVerfGE 112, 118 (2<sup>e</sup> sénat du 8 décembre 2004 *Vermittlungsausschuss*)
- BVerfGE 113, 273 (2<sup>e</sup> Sénat 18 Juillet 2005 *Europäischer Haftbefehl*)
- BVerfGE 113, 348 (1<sup>er</sup> sénat 27 juillet 2005 *Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung*)
- BVerfGE 114, 107 (2<sup>e</sup> sénat du 23 août 2005 *Bundestagsauflösung II*)
- BVerfGE 123, 267 (2<sup>e</sup> sénat, 30 juin 2009 *Lisbonne*)
- BVerfGE 126, 286 (2<sup>e</sup> sénat 6 juillet 2010 *Honeywell*)
- BVerfGE 129, 124 (2<sup>e</sup> sénat 7 septembre 2011 *Eurorettungsschirm*)
- 2 BvR 1390/12 (2<sup>e</sup> sénat 12 septembre 2012 *dauerhafte Eurorettungsschirm*)



## **C. Etats-Unis**

### **Cour suprême des Etats-Unis**

Recueil : ZOLLER (Elisabeth), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, 1328 p.

- *Chisholm v. Georgia*, 2 US (2 Dall.) 419 (1793)
- *Hollingsworth v. Virginia*, 3 Dallas 378 ; 1 L. Éd. 644 (1798)
- *US v. Peters*, 9 U.S. (5 Cranch) 115 (1809)
- *Faifax's Devisee v. Hunter's Lessee*, 11 U.S. (7 Cranch) 602 (1813)
- *Mills v. Duryee* 11 US (7 cranch) 481 (1813)
- *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat) 304 (1816)
- *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat) 316 (1819)
- *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821)
- *Green v. Biddle*, 21 U.S. 1 (1821)
- *Gibbons v. Ogden* 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824)
- *Willson v. The Blackbird Creek Marsh Company* 27 U.S. (2 Pet.) 245 (1829).
- *Hawkins v. Barney's Lessee*, 30 U.S. (5 Pet.) 457 (1831)
- *Worcester v. Georgia* 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)
- *Mayor of New York v. Miln*, 36 U.S. (11 pet.) 102 (1837)
- *Luther v. Borden*, 48 US 1 (1849)
- *D'Arcy v. Ketchum*, 52 US (1 how) 165, (1850)
- *Cooley* 53 U.S. 12 How. 299 (1851)
- *U.S. v. Booth*, 18 How. 476 (1856)
- *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)
- *U.S. v. Booth* , 21 How. 506 (1859)
- *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (7 Wall.) 168 (1869)
- *Ward v. Maryland* 79 U.S. (12 Wall.) 418 (1870)
- *Collector v. Day*, 78 US (11 Wall.) 113 (1871)
- *Legal Tender Cases (Knox v. Lee)*, 79 U.S. (12 Wall.) 457, (1871)
- *Reading Railroad*, dit "*State Freight Tax*", 82 U.S. 15 Wall. 232 (1873).
- *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873)
- *Welton* 91 U.S. 275 (1875)
- *United States v. Fox*, 95 U. S. 670 (1877)
- *United States v. Hall*, 98 U.S. 343, (1879)
- *Civil Rights Cases* 109 US 3 (1883)
- *Ex parte Yarbrough*, 110 U.S. 651 (1884).
- *Dodge v. Woolsey* de 1885 59 U.S. 18 How. 331 (1885)
- *Walling v. Michigan* 116 U.S. 446, (1886)
- *Virginia v. Tennessee*, 148 US 503 (1893)
- *United States c/ E.C. Knight Co* 156 U.S. 1 (1895)
- *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896)
- *Kansas v. Colorado*, 206 US 46 (1907)
- *Southern Railway Company v. Railroad Commission of Indiana* 236 U.S. 439 (1915)
- *Hammer c/ Dagenhart* 247 U.S. 251 (1918)
- *National Prohibition Cases*, 253 U.S. 350 (1920) ; 40 Sup. Ct. 486 ; 64 L. Éd. 946
- *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920)
- *Hawke v. Smith*, 253 U.S. 221 (1920)
- *Leser v. Garnet*, 258 U.S. 130 ; 42 S. Ct. 217 ; 66 L. Éd. 505 (1922)
- *Massachussetts v. Mellon* 262 U.S. 447 (1923)
- *Metcalf & Eddy v. Mitchell*, 269 US 514 (1926)
- *Di Santo v. Pennsylvania* 273 U.S. 34 (1927)
- *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716 ; 51 S. Ct. 220 ; 75 L. Éd. 640 (1931)
- *Baldwin* 294 U.S. 511 (1935)
- *Milwaukee County v. M.E. White Co.*, 296 US 268 (1935)



- *Railroad Retirement Board c/ Alton R. Co* 195 U.S. 330 (1935)
- *Schlechter Poultry Co. c/ United States* 295 U.S. 495 (1935)
- *United States c. Butler* 297 U.S. 1 (1936)
- *Carter v. Carter Coal Co* 298 U.S. 238 (1936)
- *NLRB c/ Jones et Laughlin Steel Corp* 301 U.S. 1, 37 (1937)
- *Stewart Machine Co. v. Davis* 301 U.S. 548 (1937)
- *South Carolina State of Highway Department* 303 U.S. 177 (1938)
- *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 ; 59 S. Ct. 972 ; 83 L. Éd. 1835 (1939)
- *Edwards v. California* 314 U.S. 160 (1941)
- *United States v. Darby* 312 U.S. 100 (1941)
- *Wickard v. Filburn* 317 U.S. 111 (1942)
- *Screws c. United States* 325 U.S. 91 (1945)
- *Southern Pacific Co.* 325 U. S. 761, (1945)
- *United States v. California* 332 U. S. 19 (1947)
- *Rice v. Santa Fe Elevator Corporation* 331 U.S. 218 (1947)
- *California v. Zook* 336 U.S. 725 (1949)
- *Dean Milk Company* 340 U.S. 349 (1951)
- *West Virginia ex rel. Dyer v. Sims* , 341 US 22 (1951)
- *Brown v. Board of education* 347 U.S. 483 (1954)
- *Bartkus v. Illinois et Abbate c. United States* 359 U.S. 121 (1959) et 359 U.S. 187 (1959)
- *Baker v. Carr* 369 US 186 (1962)
- *Fay v. Noia* 372 U.S. 391 (1963)
- *Townsend v. Sain* 372 U.S. 293 (1963)
- *Sanders v. United States* 373 U.S. 1 (1963)
- *Florida Lime and Avocado Growers v. Paul* 373 U.S. 132 (1963)
- *Griswold v. Connecticut* 81 U.S. 479 (1965)
- *Shapiro v. Thompson* 394 U.S. 618 (1969)
- *Pike* 397 U.S. 137 (1970)
- *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441 (1972)
- *Austin v. New Hampshire*, 420 U. S. 656 (1975)
- *National league of cities v. Usery* 426 U. S. 833 (1976)
- *Hunt* 432 U.S. 333 (1977)
- *Wainwright v. Sykes*, 433 U.S. 72 (1977).
- *Hicklin v. Orbeck*, 437 U.S. 518 (1978)
- *Baldwin v. Fish and Game Commission of Montana*, 436 U.S. 371 (1978)
- *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)
- *Garcia* 469 U.S. 528, (1985)
- *Heath v. Alabama* 474 U.S. 82 (1985)
- *Ex parte Royall* 117 U.S. 241 (1986)
- *Maine v. Taylor* 477 U.S. 131 (1986)
- *Tyler Pipe* 483 U.S. 232 (1987)
- *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).
- *New York v. United States* 505 U.S. 144 (1992)
- *United States v. Lopez* 514 U.S. 549 (1995) 115 S.Ct. 1624
- *Felker v. Turpin* 518 U.S. 651 (1996)
- *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999)
- *Sabri v. United States*, 541 U.S. 600 (2004)

#### **Cour suprême de Californie**

- *Johnson v. Gordon*, 4 Cal. 368 (1854)
- *Ferris v. Coover*, 11 Cal. 175 (1858)

#### **Cour suprême de Géorgie**

- *Padelford v. Savannah*, 14 Ga. 438 (1854)

### **Cour suprême de Kentucky**

- *Bodley v. Gaither*, 19 Ky (3 T. B. Mon.) 57 (1825)
- *Green v. Biddle*, 8 (Wheat.) 1 (1823)
- *Gaines v. Buford*, 31 Ky (1 Dana) 481 (1833)

### **Cour suprême de Pennsylvanie**

- *Respublica v. Cobbett*, 3 Dall. 467 (1798)

### **Cour d'appel de Virginie (juridiction suprême de cet Etat)**

- *Hunter's Lessee v. Martin, Devisee of Fairfax*, 18 Va (4 Munf.) 1 (1815)

### **Cour suprême du Wisconsin**

- *Booth*, 3 Wisc. 1 (1854)
- *Booth*, 11 Wisc. 498 (1859)

### **D. Tribunal fédéral suisse**

- BGE 4 I 34 (12 janvier 1878)
- BGE 8 I 43 (17 février 1882)
- BGE 26 I 444 (1<sup>er</sup> novembre 1900)
- BGE 36 I 49 (16 mars 1910)
- BGE 41 I 191 (29 avril 1915)
- BGE 43 I 303 (27 septembre 1917)
- BGE 46 I 453 (4 décembre 1920)
- BGE 47 I 324 (19 juillet 1921)
- BGE 51 I 325 (25 septembre 1925)
- BGE 52 I 384 (19 novembre 1926)
- BGE 73 I 230 (11 septembre 1947)
- BGE 76 I 321 (22 novembre 1950)
- BGE 78 I 14 (19 mars 1952)
- BGE 85 I 103 (20 mai 1959)
- BGE 107 Ib 160 (29 janvier 1981)
- BGE 111 Ia 303 (25 septembre 1985)
- BGE 118 Ia 195 (17 juin 1992)
- BGE 119 Ib 222 (10 août 1993)
- BGE 120 Ib 512 (14 décembre 1994)
- BGE 124 I 101 (24 mars 1998)
- BGE 125 II 152 (23 février 1999)
- BGE 125 I 227 (21 avril 1999)

### **E. Décisions d'autres juridictions**

Pour les décisions de la Cour étatique de l'Empire allemand : LAMMERS (Hans), SIMONS (Walter) (Hrsg.), *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich auf Grund Art. 13 Abs 2 der Reichsverfassung, Bd. I–VI*, Berlin, Stilke, 1929-1939

### **Conseil constitutionnel français**

- Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, JO, 7 novembre 1962, p. 10778
- Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, JO, 14 mai 1991, p. 6350
- Décision n°92-321 DC du 2 septembre 1992 *Maastricht II*, JO, 3 septembre 1992, p. 12095
- Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, JO, 18 juin 1999, p. 8964



- Décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003 *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, JO, 29 mars 2003, p. 5570
- Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JO, 24 novembre 2004, p. 19885

#### **Cour constitutionnelle italienne**

- Décision n°1146 du 29 décembre 1988, *Giurisprudenza costituzionale*, Partie première, 6, Année XXXIII - 1988, Fascicule 10, pp.5565-5570
- Décision n° 232 du 13 avril 1989, *Société FRAGD*, *Revue universelle des Droits de l'Homme*, 1989, p. 258

#### **Cour constitutionnelle tchèque**

- Décision du 8 mars 2006 dit *quotas de sucre*, Pl. ÚS 66/04 : <http://www.concourt.cz/view/pl-66-04>
- Décision 26 nov. 2008, *Lisbonne I*, Pl ÚS 19/08 : <http://www.concourt.cz/clanek/pl-19-08>
- Décision du 3 nov. 2009, *Lisbonne II*, Pl ÚS 29/09 : <http://www.concourt.cz/clanek/pl-29-09>

#### **Cour internationale de Justice**

- CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, CIJ 1955, p. 4

#### **Cour suprême du Canada**

- CSC, 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec, n° du greffe : 25506
- CSC, 28 septembre 1981, Renvoi : résolutions pour modifier la Constitution, 1981, 1 RCS, 753 : <http://csc.lexum.org/fr/1981/1981rcs1-753/1981rcs1-753.html>

#### **Cour suprême du Danemark**

- Décision n° I 361/1997 du 6 avr. 1998, *Carlsen v. Rasmussen*

#### **Cour suprême indienne**

- Décision du 23 avril 1973 *Kesavananda Bharati v. state of Kerala*, AIR 1973 SC 1461 : <http://indiankanoon.org/doc/257876/>

#### **Tribunal constitutionnel polonais**

- Jugement du 11 mai 2005, K 18/04, *Traité d'adhésion* : <http://www.trybunal.gov.pl>

### ***IV. Documents des institutions***

#### **A. Documents des institutions européennes**

- COMITE DES REGIONS, Avis sur le principe de la subsidiarité "Vers une culture de la subsidiarité ! Un appel du Comité des régions" du 10 mars 1999, Cdr 302/98 fin, 18p.
- \* Les pouvoirs régionaux et locaux en Europe (éducation et jeunesse, culture, santé publique, réseaux transeuropéens et politique régionale et structurelle), 2002, 354 p.
- \* Rapport de synthèse sur la consultation du réseau de monitoring de la subsidiarité concernant le plan d'action pour la mobilité urbaine (rapporteur : BORE(Albert)), COM(2009) 490 final, CdR 56/2010, 78 p.
- \* Rapport du réseau de monitoring de la subsidiarité sur la proposition de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (rapporteur : PETERSEN (Karsten-Uno)), COM(2008) 414 final, CdR 9539/2008, 91p.
- COMMISSION EUROPEENNE, Report of the study group on the rôle of public finance in European intégration, dit "rapport MacDougall", Bruxelles, Avril 1977, 2 volumes.
- \* Proposition de réforme de la Commission des Communautés européennes et de ses services, (rapport du groupe présidé par SPIERENBURG (Dirk)), Bruxelles, Service des publications des Communautés européennes, 1979, 43 p.



- \* Eurobaromètre 19, printemps 1983, juin 1983, 130 p. + 142 p. d'annexes  
Les études eurobaromètres sont accessibles via le site :  
[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/index_fr.htm)
- \* Eurobaromètre 53, printemps 2000, octobre 2000, 97 p.
- \* Gouvernance européenne : livre blanc, Luxembourg, OPOCE, Luxembourg, 2001, 73 p.
- \* Gouvernance européenne : travaux préparatoires au livre blanc, Luxembourg, OPOCE, 2002, 456 p.
- \* Rapport "mieux légiférer" conformément à l'article 9 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, 12.12.2003, COM (2003) 770 final, 43 p.
- \* Rapport "mieux légiférer 2004" (12<sup>e</sup> rapport), 21.03.2005, COM(2005) 98 final, 7 p.
- \* Le financement de l'Union européenne Rapport sur le fonctionnement du système des ressources propres, 6.9.2004, COM(2004) 505 final, 14 p. (revoir car deux versions, l'autre 14 juillet 2004)
- \* Un projet pour les citoyens - Produire des résultats pour l'Europe, 10.5.2006, COM(2006) 0211 final, 12 p.
- \* Rapport "mieux légiférer 2006" (14<sup>e</sup> rapport), 6.6.2007, COM(2007) 0286 final, 11 p.
- \* Rapport "mieux légiférer 2008" (16<sup>e</sup> rapport), 25.09.2009, COM(2009) 0504 final, 12 p.
- \* Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, 15.1.2009, SEC(2009) 92, 56 p.
- \* Rapport "mieux légiférer 2009" (17<sup>e</sup> Rapport), 8.10.2010, COM(2010) 547 final, 12 p.
- \* Rapport 2010 du comité d'analyses d'impact, document de travail des services de la Commission, 24.01.2011, SEC(2011) 126 final, 29 p.
- \* Rapport "mieux légiférer 2010" (18<sup>e</sup> Rapport), 10.6.2011, COM(2011) 344 final, 14 p.
- \* Financer le budget de l'Union européenne : rapport sur le fonctionnement du système des ressources propres, SEC(2011) 876 final, 29.06.2011, 54 p.
- \* Un budget pour la stratégie Europe 2020, COM(2011) 500 final, partie I, 29.06.2011, 29 p.
- \* Eurobaromètre standard 75. Printemps 2011, août 2011, 123 p.
- \* Rapport "mieux légiférer 2011" (19<sup>e</sup> Rapport), 10.7.2012, COM(2012) 373 final, 12 p.
- \* Eurobaromètre standard 77. Printemps 2012, premiers résultats, juillet 2012, 26 p.
- \* Rapport sur les progrès réalisés par la Roumanie au titre du mécanisme de coopération et de vérification, 18.07.12, COM(2012) 410 final.
- CONVENTION SUR L'AVENIR DE L'EUROPE, Conclusions du groupe de travail I sur le Principe de la subsidiarité, 23.09.2002, CONV 286/02, 11 p.
- COSAC, *Les Parlements nationaux après Amsterdam : adaptation, re-calibrage et européanisation par processus*. Document destiné à la rencontre du Groupe de travail (préparé par MAURER (Andreas)), XXIV<sup>e</sup> COSAC du 8 au 9 avril 2001, 38 p.  
Accessible sur [http://www.cosac.eu/fr/meetings/24/working\\_group/](http://www.cosac.eu/fr/meetings/24/working_group/) (cliquer sur "mémoire sur les parlements nationaux")
- \* Note sur le travail de la COSAC concernant l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, 9 décembre 2002, 4 p. :  
[www.cosac.eu/fr/meetings/27/wg\\_december/principle.pdf](http://www.cosac.eu/fr/meetings/27/wg_december/principle.pdf)
- \* Rapport sur l'examen au regard de la subsidiarité et de la proportionnalité de la proposition de règlement de la Commission sur la compétence et les règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale (2005/JSL/187), novembre 2006, 19 p.
- \* Rapport sur l'examen au regard de la subsidiarité et de la proportionnalité de la proposition de la Commission sur la directive pour l'achèvement du marché intérieur des services postaux (2006/MARKT/006), janvier 2007, 25 p.
- \* Report on the results of the Test on the subsidiarity check mechanism of the Lisbon Treaty coordinated by COSAC on the Commission proposal for a Framework Decision on Combating Terrorism, février 2008, 19 p.
- \* Rapport sur les résultats du contrôle de subsidiarité réalisé sur la proposition de directive du Conseil sur la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de religion ou de croyance, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, novembre 2008, 23 p.
- \* Rapport sur les résultats du contrôle de subsidiarité au sujet de la Proposition de directive du



Parlement européen et du Conseil relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, mai 2009, 28 p.

\* Rapport sur les résultats du contrôle de subsidiarité sur la proposition sur une décision cadre relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, octobre 2009, 20 p.

- PARLEMENT EUROPEEN, Rapport sur la politique d'information des Communautés européennes (rapporteur : Schuijt (W.)), n°246/71, 1972

\* Rapport sur l'amélioration du fonctionnement des institutions sans modification du traité (Rapporteur : HERMAN (Fernand)), PE 229.072/fin, 26 mars 1999

\* Rapport sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (rapporteur : LAMASSOURE (Alain)), 24 avril 2002 (2001/2024(INI)), *JOCE*, n°C 180 E, 31.07.2003, p.493

\* Rapport sur la typologie des actes et la hiérarchie des normes dans l'Union européenne, (rapporteur BOURLANGES (Jean-Louis)), (2002/2140(INI)), 3 décembre 2002, 27 p.

\* Rapport sur l'avenir des ressources propres de l'Union européenne (rapporteur LAMASSOURE (Alain) [2006/2205(INI)], 60p.

\* Rapport sur le Traité de Lisbonne de la Commission des affaires constitutionnelles, (rapporteurs : CORBETT (Richard), MENDEZ DE VIGO (Iñigo)), (2007/2286(INI)), 29 janvier 2008, 102 p.

## **B. Textes des institutions allemandes**

- BUNDESTAG (hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokole*, 14 Bände, München, Oldenburg Verlag, 1975-2009.

- KOMMISSION FÜR DIE FINANZREFORM, *Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland*, Kohlhammer, 1966, 275 p.

- Schlußbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform, Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/524, 9.12.1976

- Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, 05.11.1993, BT-Drs.12/6000

## **C. Textes des institutions américaines**

- AMES (Herman Vandenburg) (éd.), *State documents on federal relations : The States and the United States*. Department of History of the University of Pennsylvania, Philadelphia (1906), rééd. The Lawbook Exchange, Clark, 2006, 320 p.

- AMES (Herman Vandenburg) (éd.), *The proposed Amendments to the Constitution of the United States during the first century of its history* (1896), rééd. Burt Frankin, 1970, 442 p.

- FARRAND (Max) (éd.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, 3 vol., New Haven, Yale University Press, 1911.

## **D. Textes des institutions suisses**

- Bericht Wahlen. Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bd. VI : Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Eidgenössischen Drucksachen- und Materialbehörde, Bern, 1973, 780 p.

- Bericht Furgler. Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Eidgenössischen Drucksachen- und Materialbehörde, Bern, 1977, 202 p.

- DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons*, Berne, Département fédéral des finances, septembre 2007, 40 p. :

[http://www.efv.admin.ch/f/downloads/finanzpolitik\\_grundlagen/finanzausgleich/revisionp\\_grundlagen/NFA-Brochure\\_f.pdf](http://www.efv.admin.ch/f/downloads/finanzpolitik_grundlagen/finanzausgleich/revisionp_grundlagen/NFA-Brochure_f.pdf)

- OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, Avis de droit du 10 novembre 1998 : "Surveillance fédérale. Notion et modalités", *JAAC*, 2000, vol.64, n°24 :

<http://www.vpb.admin.ch/franz/doc/64/64.24.html>

- Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der



Bundesverfassung, *Bd. VI*, Bern, 1973

### **E. Textes des institutions françaises**

- ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport d'information sur l'application du principe de subsidiarité (rapporteurs : LAMBERT (Jérôme), QUENTIN (Didier)), novembre 2004, 91 p.
- SENAT, Raport intitulé "Comment organiser l'action collective des parlements nationaux au sein de l'Europe" (rapporteurs : ESTIER (Claude), GENTON (Jacques), GUENA (Yves)), 9 octobre 1996, 42 p.
- \* Rapport intitulé "Une deuxième chambre européenne" (rapporteur : HOEFFEL (Daniel)), 13 juin 2001, 35 p.
- \* Rapport sur la répartition des compétences dans l'Union européenne (rapporteurs : HAENEL (Hubert), BLIN (Maurice), LAGAUCHE (Serge), VICON (Serge)), 19 février 2002, 80 p.
- \* Rapport d'information sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (rapporteur : HAENEL (Hubert), 26 novembre 2009, 40 p.
- \* Rapport sur la réforme de la gouvernance économique en Europe (rapporteurs : BERNARD-REYMOND (Pierre) et YUNG (Richard), 19 octobre 2010, 68 p.

# TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION .....	10
<b>Section I : Recherche d'un cadre méthodologique et théorique général pour l'étude .....</b>	<b>13</b>
<i>§1. La perspective de réflexion kelsénienne écartée .....</i>	<i>13</i>
A. Le droit positif, objet de la "science du droit" .....	13
1) L'objectif de la science du droit .....	13
2) L'objet étudié : le droit positif .....	15
B. La caractérisation de l'ordre juridique .....	17
1) La traduction du caractère dynamique du système .....	17
2) Le fondement du système : la norme fondamentale .....	18
<i>§2. La perspective théorique schmittienne adoptée .....</i>	<i>20</i>
A. Le politique, base du juridique .....	21
1) Qualification juridique de la pensée schmittienne .....	21
2) L'unité politique, cadre de cohésion .....	22
a) Le contenu de l'unité politique : la constitution au sens strict .....	22
b) La distinction ami/ ennemi, condition de l'unité politique .....	23
3) La garantie de l'unité politique .....	24
a) Le rôle de l'Etat de garant de l'unité politique .....	24
b) La guerre, moyen de garantir l'unité politique .....	25
B. Le contenu de l'unité politique : objet de la décision du souverain .....	26
1) Le rôle fondateur du pouvoir constituant, expression du décisionnisme Schmittien .....	27
a) Le décisionnisme Schmittien .....	27
b) Le pouvoir constituant, "décideur" du contenu de l'unité politique .....	27
2) Le président-dictateur : "représentant" du peuple .....	29
a) Le dictateur commissaire, gardien de la Constitution .....	29
b) Le dictateur souverain .....	30
<b>Conclusion de la section I .....</b>	<b>31</b>
Précision sur le choix du cadre méthodologique et théorique .....	31
Absence de neutralité d'une théorie .....	32
Choix d'une démarche inductive .....	33
<b>Section II : Conception du fédéralisme suivie dans l'étude .....</b>	<b>34</b>
<i>§1. Les apories de l'opposition classique entre Confédération d'Etats et l'Etat fédéral .....</i>	<i>36</i>
A. La définition de la souveraineté, fondement de la distinction .....	36
1) La souveraineté écartée de la définition de l'Etat .....	36
a) Définition de l'Etat .....	36
b) Définition de la souveraineté .....	38
2) Critiques du concept d'Etat non souverain .....	38
3) L'alternative proposée par Le Fur : une redéfinition de la souveraineté .....	39
B. La distinction Etat fédéral et Confédération d'Etats .....	40
1) La Confédération d'Etat .....	41

2) L'Etat fédéral .....	43
3) Critique de l'opposition entre Etat fédéral et Confédération d'Etats .....	46
a) Critique de l'interprétation du rapport au droit international.....	46
b) Critique du statocentrisme.....	46
c) Critique des éléments de caractérisation de l'Etat fédéral et de la Confédération.....	47
§2. <i>Le renouvellement doctrinal des unions fédérales</i> .....	48
A. Eléments de réflexion kelsénienne du fédéralisme.....	49
1) La décentralisation, moyen de relativiser la souveraineté.....	49
2) La parité fédérative .....	50
3) Importance d'une juridiction pour l'effectivité de l'ordre fédéral .....	52
B. La Fédération comme un entre-deux .....	53
1) Les fondements de la théorie de la Fédération d'Elisabeth Zoller.....	53
2) La distinction entre Fédération, Etat fédéral et Confédération .....	55
C. Une théorie des unions fédérales écartant la souveraineté.....	57
1) La théorie d'Olivier Beaud .....	58
2) La théorie d'Anton Greber.....	61
<b>Conclusion de la section II.....</b>	<b>65</b>
Rejet d'une étude séparée des aspects internationaux et internes du fédéralisme.....	65
Définition générale du pacte fédératif.....	66
Justification du choix des systèmes fédéraux étudiés.....	69
<b>PARTIE I : DEFINITION DU PACTE FEDERATIF .....</b>	<b>72</b>
<b>Chapitre préliminaire : Les critères de qualification de pacte fédératif.....</b>	<b>72</b>
<b>Section I : Un pacte "existantiel" fondant une Fédération.....</b>	<b>72</b>
§1. <i>Un pacte "existantiel"</i> .....	72
A. L'apport des débats sur la fondation de la Confédération du Nord et du Second Empire allemand .....	73
B. Recherche de la nature juridique particulière du pacte fédératif .....	77
C. Précision de la qualification retenue de pacte existentiel .....	82
1) Une union volontaire entre Etats.....	82
2) Le statut d'Etat membre.....	84
§2. <i>Le phénomène d'institutionnalisation impliqué par le pacte fédératif</i> .....	86
A. Définition de l'institution et processus d'institutionnalisation chez Hauriou.....	88
1) L'idée d'œuvre ou idée directrice .....	89
2) Le pouvoir organisé .....	89
3) Les manifestations de communion en l'idée directrice.....	91
B. La transposition de la théorie de l'institution au pacte fédératif .....	94
1) La théorie d'Hauriou transposée au pacte fédératif.....	94
2) Le complément théorique de la dynamique institutionnelle : la tension entre instituant et institué .....	95
<b>Section II : La question du lien entre l'objectif politique du pacte et l'inclusion de compétences particulières.....</b>	<b>96</b>
§1. <i>La compétence de défense, critère de qualification de pacte fédératif ?</i> .....	96

A. Un critère déduit du fondement défensif des Fédérations classiques .....	97
1) Le contexte américain .....	97
2) Le contexte allemand .....	98
3) Le contexte suisse .....	100
4) La défense comme critère du caractère politique du pacte fédératif.....	102
B. Le contre exemple européen.....	103
1) L'évolution de la création de l'UEO en 1954 à la PSDC.....	104
2) Une capacité d'action modeste et une politique étrangère largement inexistante .....	106
3) L'absence d'obstacle à la qualification de Fédération de l'Union européenne.....	108
C. L'unification économique, motif alternatif à la fondation d'une Fédération.....	109
1) Le commerce, facteur de pacification et de stabilisation des Fédérations .....	110
2) La contribution de la Zollverein à l'unification allemande .....	110
3) Un objectif adapté aux unions fédérales modernes.....	111
§2. <i>L'autonomie financière, simple facteur de stabilisation de la Fédération</i> .....	112
A. Le contexte financier de l'Union européenne .....	113
1) Un budget restreint et une autonomie financière à construire.....	113
2) La nécessité d'augmentation des moyens financiers d'action de l'Union européenne. 116	
a) Les exigences déduites de la théorie du fédéralisme budgétaire .....	117
b) Réflexions sur une évolution des finances européennes .....	121
B. Les perspectives d'évolution au regard des systèmes fédéraux allemand, suisse et américain .....	123
1) L'évolution aux Etats Unis .....	124
2) L'évolution en Suisse .....	127
3) L'évolution en Allemagne .....	128
<b>Conclusion du chapitre préliminaire.....</b>	<b>131</b>
<b>Chapitre I : La stabilisation de la Fédération : le processus d'institutionnalisation.....</b>	<b>133</b>
1) Le fédéralisme à dominante dualiste des Etats Unis .....	133
2) Le fédéralisme coopératif allemand, suisse et européen.....	136
<b>Section I : L'impératif de cohérence de la Fédération et d'effectivité du droit fédéral .....</b>	<b>139</b>
§1. <i>Le contenu de l'impératif de cohérence</i> .....	140
A. La nécessité préalable d'homogénéité des Etats membres.....	140
1) Les réflexions sur l'impératif d'homogénéité .....	140
a) L'approche statique et ses limites .....	141
La doctrine schmittienne sur l'homogénéité : une approche statique et antidémocratique.....	141
L'application de l'interprétation statique par Karlsruhe au contexte européen .....	143
Tocqueville ou l'impossible existence de la Suisse.....	145
b) L'apport dynamique de la théorie de l'intégration de Smend .....	146
c) Synthèse pour la Fédération .....	149
L'impératif d'accord sur la bases de légitimation posée par Anton Greber.....	150
Le degré d'homogénéité comme critère de distinction entre la Fédération et l'Etat fédéral .....	151

2) La traduction de l'exigence d'homogénéité dans la pratique .....	152
a) La nécessité d'homogénéité politique.....	152
L'exigence d'homogénéité des régimes politiques des Etats membres .....	152
Le problème de la loyauté à la Fédération de l'Etat membre .....	153
b) La problématique de l'admission de nouveaux Etats membres.....	155
Un respect de l'homogénéité assez aisé dans le contexte de l'élargissement américain.....	156
L'élargissement de l'Union européenne face à l'impératif d'homogénéité .....	157
B. Le problème du fonctionnement cohérent de l'Union européenne .....	159
1) L'impératif de cohérence entre les membres de la Fédération .....	160
a) Les accords entre Etats membres hors traité et les statuts particuliers.....	160
b) Les coopérations renforcées.....	163
2) L'impératif de cohérence entre les politiques et actions menées par la Fédération.....	165
a) Le problème des piliers .....	166
b) Le cas particulier de l'action extérieure de l'Union européenne.....	167
§2. <i>Les moyens du respect de la cohérence et de l'effectivité du système</i> .....	169
A. Les pouvoirs de règlement des litiges et de contrôle de l'application du droit fédéral ...	170
1) Le choix d'un organe politique et/ou d'un arbitre choisi par les parties .....	170
a) Le choix de la compétence d'organes politiques .....	170
b) L'arbitrage par une juridiction choisie par les parties au litige .....	173
2) Le cas d'une juridiction fédérale obligatoire .....	175
a) Le problème de la neutralité du juge fédéral .....	175
b) L'expérience suisse.....	177
c) L'expérience allemande .....	178
d) L'expérience américaine.....	179
3) Le cas de l'Union européenne : le choix d'une juridiction fédérale obligatoire .....	180
a) Le recours en manquement.....	181
b) Le renvoi préjudiciel .....	182
c) La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat.....	184
B. Les moyens de garantie complémentaires .....	186
1) L'exécution fédérale .....	186
a) L'exécution fédérale en Allemagne .....	186
b) L'exécution fédérale en Suisse .....	189
2) L'intervention fédérale .....	192
a) Le cas allemand.....	193
b) Le cas suisse.....	195
c) Le cas américain.....	197
3) Une insuffisance des moyens de garantie existant au sein de l'Union européenne ? ..	198
a) Les possibilités de sanction prévues au sein de l'Union européenne.....	198
b) Réflexions sur la nécessité de moyens complémentaires de garantie .....	202
§3. <i>L'obligation de fidélité fédérale, moyen de cohésion de la Fédération</i> .....	205
La fidélité fédérale aux Etats-Unis .....	207

A. La fidélité fédérale dans le système fédéral allemand .....	210
1) La Bundestreue avant la Loi fondamentale.....	210
a) La Bundestreue sous la Confédération du Nord et le Second Empire.....	210
b) La Bundestreue sous la République de Weimar.....	213
2) La Bundestreue sous la La loi fondamentale .....	216
a) Le fondement et l'intérêt du principe sous la Loi fondamentale .....	216
b) Les obligations sous-tendues.....	219
Obligations négatives de respect mutuel.....	219
Obligations positives d'assistance ou d'action.....	220
B. La fidélité fédérale dans le système fédéral suisse .....	222
1) L'interprétation doctrinale du principe et son expression dans les constitutions suisses .....	222
a) L'interprétation doctrinale de la fidélité fédérale.....	222
b) Expressions de la fidélité fédérale dans les constitutions suisses .....	224
2) La pratique des autorités politiques et juridictionnelles fédérales .....	226
a) L'expression d'obligations négative de respect mutuel.....	227
Respect par un canton des intérêts fédéraux et des autres cantons dans l'exercice de ses compétences.....	227
Respect des obligations conventionnelles entre les cantons .....	230
L'interdiction d'usage abusif de ses compétences ou de contradiction .....	230
b) L'expression d'obligations positives d'assistance et d'action.....	231
Aide financière fédérale et entre cantons.....	231
Assistance judiciaire entre cantons en matière pénale .....	232
Obligation positive d'action : maintien de l'ordre public .....	233
C. L'obligation de coopération loyale dans l'Union européenne .....	233
1) Signification et destinataires du principe .....	234
a) Signification du principe .....	235
b) Les destinataires du principe.....	236
2) Les obligations imposées par le principe .....	237
a) Obligations négatives de respects mutuels.....	238
Respect du bon fonctionnement des institutions.....	238
Obligations des Etats dans les relations internationales.....	238
Obligation étatique de respect des intérêts européens dans l'exercice de leurs compétences.....	240
b) Obligations positives d'assistance et d'action.....	241
Obligations des Etats d'assurer une exécution efficace du droit européen.....	241
Obligations procédurales et de sanction effective des violations du droit de l'Union européenne .....	242
Une obligation d'action en cas d'inaction européenne ?.....	243
Devoir d'information.....	244
<b>Section II : La nécessité du développement d'un sentiment d'appartenance fédérale.....</b>	<b>245</b>
§1. <i>L'appartenance fédérale et les moyens d'intériorisation de ce statut .....</i>	<i>247</i>

A. Conditions de l'appartenance fédérale .....	248
1) Rapports entre appartenance fédérale et appartenance fédérée.....	248
2) La question de l'encadrement de la naturalisation.....	252
3) L'encadrement des pouvoirs de retrait et de restriction des effets de la nationalité ....	255
B. A la recherche des moyens de développement d'un sentiment d'appartenance européen	256
1) Des facteurs d'identification difficilement transposables au cas européen .....	257
a) Des facteurs durablement non transposables.....	257
b) Une identité extérieure encore trop faible.....	259
2) Droit de séjour et principe de non discrimination : effets fondamentaux de l'appartenance fédérale .....	262
a) Droit de séjour et principe de non discrimination dans les systèmes fédéraux comparés.....	263
b) Droit de séjour et non discrimination dans l'Union européenne .....	266
3) Le renforcement du sentiment d'appartenance par le biais des régions .....	270
a) Le rôle joué par le statut de bénéficiaire de la cohésion économique et sociale ....	270
b) La coopération régionale.....	271
§2. <i>Le développement d'un "patriotisme constitutionnel" fédéral</i> .....	274
A. Le concept de "patriotisme constitutionnel" .....	274
1) Le concept développé par Dolf Sternberger.....	274
2) Le concept de patriotisme constitutionnel d'Habermas et son application en dehors de l'Etat.....	276
3) Les critiques du patriotisme constitutionnel habermassien.....	279
B. La contribution au sentiment d'appartenance des valeurs et droits fondamentaux .....	281
1) Une spécificité de l'Union européenne dans l'interprétation des valeurs et droits fondamentaux .....	282
2) L'absence d'affirmation expresse de devoirs pour les citoyens européens.....	284
3) Le renoncement aux protections internationales classiques : signe de l'appartenance fédérale .....	285
C. Le rôle primordial des dirigeants fédéraux .....	286
1) L'importance des symboles .....	287
2) Contribution de l'éducation, des échanges et de manifestations communes .....	292
3) Le rôle des discours et interprétation proposées par les institutions fédérales.....	294
a) La nécessité d'information, de communication .....	295
b) La construction d'une histoire mythique .....	296
c) L'interprétation des institutions fédérales : contribution à l'institutionnalisation de la Fédération.....	298
§3. <i>La contribution des droits d'appartenance fédérale au développement d'un sentiment commun</i> .....	300
A. Les droits sociaux conférés au citoyen fédéral .....	301
1) L'accès aux droits sociaux antérieur à l'intégration du statut de citoyen européen dans les traités.....	302
a) Les droits sociaux ouverts aux travailleurs et à leur famille .....	302

b) Une extension de l'accès à des droits sociaux aux étudiants.....	303
2) L'extension de l'accès aux droits sociaux sur la base de la citoyenneté de l'Union.....	304
a) Accès aux aides sociales.....	304
b) Nom de famille.....	307
3) La Cour de justice au milieu du guet : la recherche d'un équilibre entre libertés économiques et droits sociaux.....	310
a) L'accès aux soins de santé : l'exemple d'un impact positif d'une liberté économique.....	310
b) La jurisprudence <i>Viking</i> et <i>Laval</i> : une image plutôt défavorable aux droits sociaux.....	313
4) Les limites du droit de séjour et du bénéfice de l'égalité de traitement.....	316
a) Le risque d'atteinte à l'ordre public.....	316
b) L'argument du poids sur le système social étatique.....	318
B. Les droits politiques conférés au citoyen fédéral.....	322
1) Les droits politiques classiques des citoyens fédéraux.....	322
a) L'accès aux droits politiques étatiques.....	323
b) La participation aux élections fédérales.....	324
c) La protection diplomatique complémentaire.....	326
2) Le complément de la démocratie directe et de la démocratie participative.....	327
a) La démocratie directe.....	327
Le modèle suisse.....	327
Les réflexions au niveau européen.....	328
L'initiative citoyenne européenne.....	331
b) La démocratie participative.....	332
La citoyenneté active.....	332
L'Europe des citoyens : une volonté de faire masse.....	333
C. La condition des ressortissants des pays tiers et la question de l'identité européenne...	335
1) Aspect accessoire de l'exercice des droits du citoyen européen.....	336
2) Une extension des droits sociaux en dehors des cas de l'accessoire des droits d'un citoyen européen.....	338
3) La problématique extension des droits politiques à des ressortissants d'Etats tiers ....	339
4) La résidence : un critère alternatif pour la citoyenneté européenne ?.....	343
<b>Conclusion du chapitre I.....</b>	<b>345</b>
<b>Chapitre II : La protection de l'intégrité des Etats membres .....</b>	<b>348</b>
<b>Section I : L'obligation de respecter les domaine de compétence des Etats membres .....</b>	<b>349</b>
§1. <i>L'interposition et la nullification dans l'Union américaine.....</i>	<i>350</i>
A. Calhoun théoricien de la nullification .....	350
1) Le pouvoir d'annulation, versant "négatif" de la théorie calhounienne.....	351
a) Présentation de la théorie de la nullification de Calhoun.....	351
b) Critique de la théorie de la nullification.....	352
2) La "concurrent majority", versant "positif" de la théorie calhounienne.....	353
B. La pratique de la nullification.....	357

1) La résistance des juridictions étatiques .....	357
2) La résistance des assemblées et gouverneurs des Etats.....	361
3) Le radicalisme carolinien .....	364
C. Le mécanisme de l'interposition .....	366
1) Les résolutions de la Virginie et du Kentucky de 1798 et 1799.....	366
2) La distinction entre interposition et nullification .....	369
a) La différenciation défendue par Madison.....	369
b) Une différenciation parfois floue : l'exemple des interpositions en Nouvelle Angleterre.....	370
§2. <i>Le contrôle ultra vires dans l'Union européenne : "l'exemple allemand"</i> .....	371
A. Une menace théorique : les jurisprudences <i>Maastricht</i> et <i>Lisbonne</i> .....	373
1) Une intensité incertaine du contrôle.....	374
2) L'impact de l'assouplissement des conditions de recevabilité des recours constitutionnels individuels .....	376
3) La restriction à un contrôle d'inexistence, solution de compromis ? .....	377
B. Une souplesse en pratique : la jurisprudence <i>Honeywell</i> .....	379
1) L'affirmation du principe de coopération avec la Cour de justice et ses implications	380
2) La sanction de la violation de l'obligation de renvoi à la CJUE .....	382
3) Une large marge d'appréciation laissée à la Cour de justice .....	382
4) Une direction néanmoins conservée par Karlsruhe.....	384
<b>Section II : L'obligation de respect de "l'identité " des Etats membres .....</b>	<b>386</b>
§1. <i>La variabilité de la protection de juridique de l'identité constitutionnelle</i> .....	387
A. Le cas allemand d'une forte protection juridique de l'identité constitutionnelle .....	388
1) L'existence d'un contrôle juridique des lois constitutionnelles .....	388
2) Le recours nécessaire au pouvoir constituant originaire .....	390
3) Le principe d'interprétation stricte des limitations .....	392
B. Le cas français d'une protection juridictionnelle limitée de l'identité constitutionnelle .	393
1) Le refus de contrôler les lois référendaires .....	394
2) Le refus de contrôler les lois constitutionnelles .....	395
3) Une simple autolimitation politique.....	396
C. La protection par une procédure particulière de révision .....	397
§2. <i>L'identité constitutionnelle, objet potentiel de tension avec le niveau fédéral</i> .....	399
A. La question de la détermination de compétences étatiques essentielles.....	399
1) Eléments de réflexions concernant les Länder et les Etats américains .....	400
a) La caractérisation <i>a contrario</i> : l'exemple des Länder allemands .....	400
b) La difficulté d'une définition positive à l'aune de l'exemple de la jurisprudence de la Cour suprême .....	402
2) La décision <i>Lisbonne</i> de Karlsruhe : réponse au cœur de compétence étatique incompressible ?.....	403
B. Une protection rigoureuse de l'identité constitutionnelle allemande .....	405
1) Le compromis concernant la protection des droits fondamentaux.....	406
2) Un principe démocratique strictement défendu par Karlsruhe.....	408

a) Une jurisprudence <i>Maastricht</i> .....	408
b) ... durcie par la décision <i>Lisbonne</i> .....	409
c) La confirmation d'une lecture stricte dans les arrêts ultérieurs .....	414
C. L'esclavage : élément d'identité constituant un vice originel de l'Union américaine.....	416
1) Un équilibre instable .....	416
a) Le cadre d'origine posé en 1787 .....	416
b) Une relance de la question de l'esclavage à l'entrée d'un nouveau membre.....	417
2) La résistance au compromis posé par le droit fédéral .....	419
a) La résistance des Etats du Sud .....	419
b) La résistance des Etats du Nord .....	419
3) La fatale remise en cause du fragile équilibre.....	420
a) La remise en cause du compromis par la Cour suprême : l'arrêt <i>Dred Scott</i> .....	420
b) Une exacerbation des tensions .....	421
D. La prise en compte de l'identité constitutionnelle par les institutions européennes .....	423
1) L'impératif de dialogue entre les juges européen et étatiques.....	423
2) La prise en compte indirecte initiale .....	424
3) La période jurisprudentielle intermédiaire .....	426
4) La reconnaissance officielle.....	427
<b>Section III : Le recours ultime au droit de retrait.....</b>	<b>429</b>
§1. <i>Nature et régime du droit de retrait dans une Fédération</i> .....	430
A. Un pouvoir collectif d'amendement "constitutionnel" ou un acte de résistance .....	430
1) L'argumentation des unionistes américains.....	430
2) L'interprétation proposée par la Cour suprême du Canada .....	433
3) Le renoncement au droit de retrait unilatéral par la signature du pacte .....	436
B. Un droit fondé sur le droit international .....	438
1) Les réponses du droit international face à une structure étatique.....	438
a) Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes .....	438
b) L'absence de déductibilité d'un droit de sécession du principe démocratique .....	441
c) Le rejet de l'équivalence entre absence d'interdiction et fondement d'un droit de sécession.....	442
2) Le droit de retrait des organisations internationales.....	444
a) Un droit de retrait unilatéral implicite ? .....	444
b) Les fondements particuliers d'un droit de retrait.....	446
C. Un droit implicitement compris dans le pacte fédératif.....	449
1) Un droit de retrait implicite : garantie ultime de l'équilibre fédéral.....	449
a) L'argumentation soutenant l'existence d'un droit de sécession au sein de l'Union américaine .....	450
b) L'argumentation en faveur d'un droit implicite dans le cadre européen.....	451
c) Définition générale du droit de retrait au sein d'une Fédération .....	454
2) Le refus de la sécession ou le passage à un Etat fédéral : l'exemple de la Guerre de Sécession .....	456
a) La sécession des Etats du Sud et ses causes .....	456

b) Les garanties apportées par la Constitution des Etats confédérés pour prévenir des tensions entre membres .....	458
c) La guerre de Sécession et ses conséquences sur la nature juridique des Etats-Unis	459
§2. <i>L'explicitation du droit de retrait : danger potentiel pour l'équilibre?</i> .....	461
A. Le jugement ambigu concernant l'opportunité d'une clause expresse de retrait.....	462
1) L'inclusion d'une clause de retrait : valeur ajoutée ?.....	462
2) L'utilisation comme instrument de menace dans les négociations .....	465
a) Caractérisation du danger.....	465
b) L'étude coût / avantage opérée par les Etats.....	466
c) Relativisation de la nouveauté de la menace.....	470
d) Le contrepois d'un pouvoir d'expulsion : une solution inadaptée.....	471
B. Un encadrement très incomplet de l'exercice du droit de retrait.....	472
1) L'encadrement limité des modalités d'exercice du retrait.....	472
2) Une problématique absence de soumission à la conclusion préalable d'un accord....	475
<b>Conclusion du chapitre II</b> .....	<b>477</b>
CONCLUSION DE LA PARTIE I .....	479
PARTIE II : LA TRADUCTION DE L'EQUILIBRE IMPLIQUE PAR LE PACTE FEDERATIF.....	481
<b>Chapitre I: L'équilibre des compétences</b> .....	<b>482</b>
<b>Section I : Le difficile équilibre entre cohérence fédérale et autonomie des Etats</b> .....	<b>483</b>
§1. <i>L'importance d'une délimitation a priori des compétences</i> .....	484
A. La répartition catégorielle des compétences fédérales .....	484
1) L'émergence de la distinction dans les systèmes fédéraux américain, suisse et allemand .....	484
a) Le cas des Etats-Unis .....	484
b) Le cas allemand.....	486
c) Le cas suisse .....	488
2) L'émergence de la distinction dans l'Union européenne .....	489
a) Les compétences exclusives.....	489
b) Les compétences partagées .....	492
c) Les compétences d'appui, de coordination et de complément.....	493
B. La recherche d'une délimitation plus stricte des compétences.....	494
1) L'apport de l'expérience allemande .....	494
2) L'apport de l'expérience suisse.....	496
3) Le renforcement de la délimitation dans l'Union européenne.....	499
a) La mise en place de listes par type de compétences.....	499
b) Les tentatives de protection complémentaire des compétences propres des Etats..	500
§2. <i>Une interprétation large des compétences fédérales</i> .....	502
A. Le recours aux pouvoirs implicites et subsidiaires .....	502
1) Une utilisation inégale selon les systèmes fédéraux .....	503
a) La large utilisation de la "necessary and proper clause" .....	503
b) Une utilisation limitée en Allemagne.....	504

c) La situation intermédiaire suisse .....	505
2) La normalisation du recours aux compétences implicites et subsidiaires dans l'Union européenne.....	505
a) La limitation des effets de la théorie des compétences implicites.....	505
b) Une diminution du recours aux compétences subsidiaires.....	507
B. Une lecture extensive des bases juridiques d'intégration économique .....	509
1) La portée de la limitation de l'autonomie des Etats européens .....	510
a) Un contrôle jurisprudentiel renforcé .....	511
b) La nature juridique des compétences d'harmonisation à but d'intégration économique .....	512
2) La délimitation du recours à la clause de commerce entre Etats.....	513
a) Une première période d'interprétation restreinte .....	514
b) Le tournant de la présidence Roosevelt .....	515
c) Le revirement de jurisprudence.....	517
§3. <i>L'encadrement de l'exercice des compétences propres étatiques</i> .....	518
A. L'impact de l'intégration négative.....	518
1) L'effet limitatif des libertés de circulation européennes.....	519
a) Extension de l'applicabilité : la restriction des cas de situations purement internes	520
b) Une rigueur accentuée au stade de l'application des libertés de circulation.....	524
2) La problématique de la "clause dormante" de commerce aux Etats-Unis.....	527
a) La jurisprudence de la Cour suprême concernant la "clause dormante" de commerce .....	527
b) Critique et justification de la consécration de la clause dormante .....	530
B. L'effet d'encadrement des droits fondamentaux fédéraux.....	531
1) Le cas américain.....	532
2) L'exemple européen de la jurisprudence Mangold.....	536
C. L'effet d'encadrement du levier financier .....	538
1) L'encadrement de l'action des Etats, accessoire des subventions.....	539
a) Le cas des Etats-Unis .....	539
b) Le cas allemand.....	542
c) Le cas suisse .....	545
2) Un nécessaire équilibre entre concurrence et solidarité .....	547
a) La solidarité marquée du système allemand.....	548
b) Une solidarité européenne en contrepartie d'un encadrement strict des finances étatiques.....	551
Les mécanismes de solidarité.....	551
L'encadrement strict des finances étatiques .....	553
<b>Section II : Les garanties contre un exercice excessif des compétences fédérales concurrentes.....</b>	<b>557</b>
§1. <i>Explicitation des principes inclus aux articles 5§3 TUE et 72§2 LF</i> .....	559
A. L'origine des articles 5§3 TUE et 72§2 LF.....	560
1) Les définitions du concept de subsidiarité .....	560

2) Origines de la clause de besoin en Allemagne.....	562
3) Les débuts du principe au sein de l'Union européenne.....	564
B. Définition des principes inclus dans les articles 5§3 TUE et 72§2 LF.....	568
1) Différence de définition par rapport aux origines générales.....	568
2) Distinction par rapport aux concepts d'attribution des compétences et de proportionnalité.....	570
a) Distinction par rapport au principe d'attribution des compétences.....	570
b) Une difficile différenciation pratique du principe de proportionnalité.....	571
C. Cadre et critères d'application des articles 5§3 TUE et 72§2 LF.....	573
1) Champ d'application.....	573
2) Les deux critères du principe de subsidiarité.....	575
a) Le caractère cumulatif des critères.....	576
b) La difficile traduction des critères.....	577
c) La précision des critères apportée par les textes européens.....	579
§2. <i>Des garanties politiques plus efficaces</i> .....	580
A. Un contrôle par les institutions européennes renforcé.....	581
1) Un renforcement de la motivation des propositions législatives.....	581
2) Le Conseil : contrôleur naturel ?.....	584
B. ... sous l'influence du contrôle des parlementaires nationaux.....	587
1) Le rejet du contrôle par une chambre spéciale.....	587
a) Les justifications de la proposition.....	587
b) Les difficultés de fonctionnement de la "deuxième" chambre.....	588
2) Le contrôle par les parlements nationaux.....	589
a) Le mécanisme d'alerte précoce.....	590
b) L'expérience des tests COSAC au service de l'amélioration du cadre du contrôle.....	591
c) Les contrôles d'alerte précoce depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne....	594
C. La réversibilité de l'exercice des compétences concurrentes par le niveau fédéral.....	596
1) La réversibilité dans le contexte de la Loi fondamentale.....	597
2) La réversibilité dans le contexte juridique européen.....	599
§3. <i>L'encadrement assuré par le contrôle juridictionnel</i> .....	600
A. Des principes politiques justifiant un contrôle juridictionnel restreint ?.....	601
1) La subsidiarité : un principe politique dangereux pour l'intégration européenne ?.....	601
2) Le contrôle initialement restreint de Karlsruhe.....	603
a) Le contrôle restreint au regard de la clause de besoin initiale.....	603
b) La réforme de 1994 : effort vain de renforcement du contrôle juridictionnel ?.....	605
3) L'inefficacité initiale du contrôle juridictionnel au niveau européen.....	606
a) Comment soulever la question de la subsidiarité devant la Cour ?.....	607
b) Un contrôle de la Cour de justice initialement restreint.....	608
B. L'évolution vers un contrôle juridictionnel renforcé.....	609
1) La possibilité d'un contrôle juridictionnel renforcé.....	609
a) La réponse à l'argument politique.....	609
b) L'appel à se fonder sur le contrôle opéré dans le cadre de la proportionnalité.....	611

2) L'évolution de la jurisprudence allemande vers un contrôle strict de l'art.72§2 LF...	612
a) Le revirement de jurisprudence de la décision "Altenpflegegesetz" .....	612
b) Développements ultérieurs et appréciation de l'interprétation proposée par la Cour .....	615
3) Un évolution progressive de l'intensité du contrôle opéré par le juge européen.....	617
a) La particularité du lien avec l'étude menée au niveau de la base juridique .....	618
b) Un renforcement de la pression avec la révision de Lisbonne? .....	620
<b>Conclusion du chapitre I.....</b>	<b>624</b>
<b>Chapitre II : L'équilibre des intérêts dans la prise de décision fédérale.....</b>	<b>627</b>
1) Le débat sur le choix du siège des autorités fédérales.....	627
a) L'impératif de la garantie d'action autonome des institutions fédérales .....	627
b) L'égalité des Etats membres et l'efficacité .....	629
2) Le cas particulier du débat sur le siège du Parlement européen.....	630
<b>Section I : Des institutions adaptées aux intérêts qu'elles défendent.....</b>	<b>633</b>
§1. <i>La Commission, expression de l'intérêt général européen</i> .....	634
A. La collégialité : une logique de fonctionnement particulière .....	635
1) La problématique de la capacité de décision du collège .....	635
a) L'adaptation "personnelle" des membres à la collégialité .....	635
b) Les conditions fonctionnelles d'une décision véritablement collégiale.....	638
c) Le problème du nombre de membres du collège.....	640
2) Le problème de cohérence de l'action .....	642
3) Les moyens d'améliorer la coordination interne et la capacité de décision collégiale	646
a) La contribution de la Présidence .....	646
b) La distinction entre deux types de commissaires .....	650
c) Le rôle du Secrétariat général.....	653
B. Le dégagement d'un authentique intérêt général européen.....	653
1) Le dégagement d'un intérêt général dans les propositions législatives .....	654
a) La procédure de préparation des propositions.....	654
b) La procédure d'adoption de la proposition .....	656
2) Une balance entre exigences éthiques, démocratiques et capacité décisionnelle.....	659
a) L'adaptation du niveau de transparence au contexte collégial.....	659
b) Le commissaire : entre impératifs d'indépendance, exigences éthiques et nécessité de réseaux.....	660
3) La nécessité de l'expression du politique .....	663
a) L'image technocratique de la Commission.....	663
b) Place de la politique à la Commission .....	665
§2. <i>Le Conseil, institution de défense des intérêts des Etats membres</i> .....	666
L'origine des modèles.....	667
A. L'expression des intérêts étatiques dans la structuration et le fonctionnement du Conseil .....	668
1) Le statut des membres.....	669
a) La différence de statut des membres selon le modèle institutionnel suivi .....	669

b) Les implications des différences entre mandat représentatif et mandat impératif ..	672
c) Conséquence du statut des membres sur la qualification de chambre au sens strict	675
2) La problématique de l'égalité du poids des Etats dans l'adoption des décisions .....	675
3) L'adaptation du modèle du Bundesrat à l'UE .....	679
a) Le rejet d'une supériorité abstraite d'un modèle sur l'autre .....	679
b) Une composition mixte : une fausse bonne idée .....	680
c) La nécessité de remise en perspective contextuelle .....	682
B. La nécessité de poursuite de réformes ponctuelles .....	684
1) La critique au regard du principe démocratique.....	685
a) L'enjeu de la transparence du processus décisionnel.....	685
b) Une prise de décision jugée trop technocratique.....	687
c) La critique de la surreprésentation des petits Etats .....	690
2) Le but de balance entre efficacité de la prise de décision et représentation de la diversité .....	691
a) La recherche d'efficacité dans les mécanismes de prise de décision.....	691
b) La contribution humaine à la cohérence et à l'efficacité au Conseil .....	694
La nécessité d'un esprit coopératif .....	694
La coordination interne au Conseil .....	695
La contribution de la présidence .....	696
§3. <i>La légitimité démocratique directe du Parlement européen</i> .....	699
A. La structure du Parlement européen face aux exigences démocratiques.....	699
1) Les caractéristiques des élections européennes.....	699
a) Le processus électoral : une harmonisation partielle récente .....	699
b) Des élections marquées par de forts taux d'abstention .....	702
2) Les impératifs démocratiques dans l'organisation du Parlement européen.....	705
a) L'impératif de représentativité.....	706
b) La prise en compte des contraintes linguistiques dans l'exercice du mandat de député européen .....	709
c) Le statut des députés.....	711
d) Les lobbies : atteinte à la démocratie ou complément de légitimité démocratique?.....	714
B. Un fonctionnement marqué par le compromis .....	716
1) Une structure partisane peu homogène .....	716
a) Le cas de l'Union européenne.....	718
b) Le cas de la Suisse .....	722
2) Le compromis dans la répartition des postes de direction .....	723
3) L'expression du compromis dans le processus de décision.....	726
a) L'expression du compromis dans la construction des majorités.....	726
b) L'expression du compromis dans le fonctionnement en commission .....	730
c) L'expression du compromis lors de la prise de décision en plénière.....	731
<b>Section II : La réalisation de l'équilibre des intérêts.....</b>	<b>733</b>
§1. <i>Les garanties de l'équilibre des intérêts</i> .....	733
A. La garantie de l'intégrité de l'intérêt défendu par chaque institution .....	733

1) La différenciation entre les objets de l'équilibre des intérêts et de la séparation des pouvoirs.....	733
2) L'absence de problème d'un cumul de compétences par une institution.....	737
3) Les problèmes potentiels du rattachement d'un poste à plusieurs institutions.....	740
4) Les moyens de garanties de l'intégrité de l'intérêt défendu par l'institution.....	743
B. Le contrôle du respect de l'équilibre institutionnel et de la coopération loyale interinstitutionnelle.....	747
1) Le développement des modalités du contrôle juridictionnel.....	747
a) Les moyens de recours.....	747
b) Le fondement du recours : l'équilibre institutionnel et la coopération loyale.....	751
2) Le conflit de base juridique, expression des conflits interinstitutionnels de compétence.....	753
3) La Cour de justice : garante neutre de l'équilibre institutionnel?.....	756
§2. <i>Les caractéristiques de l'équilibre des intérêts dans le cadre européen</i> .....	760
A. Un équilibre évolutif, conséquence de l'impératif d'adaptation au contexte de la Fédération.....	760
1) L'extension des compétences du Parlement européen.....	761
a) La contribution du pouvoir budgétaire combinée aux accords interinstitutionnels.....	762
b) L'extension des compétences législatives du Parlement européen.....	764
2) Un impact renforcé du Conseil européen.....	766
a) La structure du Conseil européen.....	767
b) Les missions et les moyens d'action du Conseil européen.....	769
c) Le Conseil européen, une instance difficilement comparable.....	771
d) Le Conseil européen : un "gouvernement européen" commun en construction ?... ..	772
B. La traduction de l'équilibre des intérêts dans le cadre décisionnel concret.....	773
1) Des relations étroites entre les membres des différentes institutions.....	773
2) L'équilibre des intérêts dans le cadre de la fonction législative.....	777
a) Le pouvoir d'initiative.....	777
b) La délibération et le vote.....	782
3) La comitologie : une application originale de l'équilibre des intérêts à la fonction exécutive.....	787
a) L'augmentation des pouvoirs de la Commission.....	788
b) La problématique de l'attribution de pouvoirs au Parlement européen.....	790
§3. <i>Les difficultés d'adaptation de l'équilibre des intérêts au contexte de l'Union européenne</i> .....	793
A. L'enjeu du renforcement de la légitimation démocratique.....	794
1) Un processus décisionnel plus démocratique.....	794
a) Le Parlement européen, vecteur principal de légitimation démocratique européenne.....	794
b) Le rôle complémentaire des parlements nationaux.....	797
2) L'objectif de clarification du processus décisionnel et des actes européens.....	803
a) Les problèmes suscités par l'absence de hiérarchisation clairs des actes européens.....	803

b) Des possibilités de clarification limitées par l'impératif d'équilibre des intérêts ....	805
B. L'impératif d'équilibre des intérêts face à la détermination d'un régime politique fédéral	
.....	809
1) La parlementarisation par les processus de nomination et de révocation de la Commission.....	810
a) La procédure de nomination.....	810
b) La responsabilité politique collégiale et individuelle des commissaires.....	813
2) Le modèle de la démocratie consociative suisse.....	819
a) La mise en œuvre du modèle consociatif en Suisse et son fondement théorique....	819
b) Les critiques formulées à l'encontre du système de concordance .....	823
3) Le système consociatif appliqué dans l'Union européenne : critiqué mais sans alternative crédible ? .....	826
a) Un handicap pour le développement du sentiment d'appartenance européen .....	827
b) L'inadaptation du clivage partisan au contexte institutionnel européen.....	828
<b>Conclusion du chapitre II .....</b>	<b>831</b>
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	833
CONCLUSION GENERALE .....	835
BIBLIOGRAPHIE .....	841

## **Titre et résumé : LE PACTE FEDERATIF EUROPEEN**

Dans le cadre du renouvellement doctrinal sur les unions fédérales, nous proposons une définition du pacte fédératif qui se fonde sur l'étude des systèmes fédéraux allemand, américain, et suisse dans la perspective d'une qualification juridique des traités européens. Le pacte fédératif est un acte conclu volontairement entre des Etats fondant une institution, la Fédération, qui constitue une union politique. La stabilité de cette Fédération impose des mécanismes assurant sa cohérence et le respect du droit fédéral, ainsi que le développement d'un sentiment d'appartenance fédérale. Mais les autorités fédérales doivent à l'inverse respecter l'intégrité des Etats membres. Si l'un de ces éléments n'est pas respecté la Fédération risque d'imploser ou de se transformer en Etat fédéral. L'Union européenne répond globalement à ces critères de définition, ce qui permet sa qualification de Fédération. L'étude de son fonctionnement permet également de mettre en évidence un respect général de l'équilibre entre les niveaux fédéral et fédéré nécessaire à sa pérennisation en tant que Fédération. Au plan matériel, l'équilibre entre impératif de bon fonctionnement de la Fédération et le respect de l'intégrité des Etats membres ne fait pas l'objet de tensions avec les Etats membres, que ce soit au niveau de la répartition comme de l'exercice des compétences. Au plan institutionnel, le processus décisionnel a dû s'adapter au renforcement de l'intégration européenne. On constate notamment un renforcement de la légitimité démocratique, condition préalable au développement d'un sentiment d'appartenance européen, même si des améliorations restent nécessaires. Le reproche de déficit démocratique lié à l'absence d'alternative partisane paraît plus difficile à résoudre car le facteur partisan n'est pas aisé à concilier avec la logique de fonctionnement des institutions européennes qui impose une forme de compromis.

### *mots clefs :*

Union politique – homogénéité – fidélité fédérale – appartenance fédérale – identité des Etats – retrait – équilibre des compétences – subsidiarité – équilibre institutionnel – régime consociatif

## **Title and Abstract : THE EUROPEAN FEDERAL COMPACT**

As part of the renewal of the doctrine regarding federal unions, I suggest a definition of the federal compact which is based on the study of the German, the American and the Swiss federal systems in order to find a legal classification for the European treaties. The federal compact is an act voluntarily concluded between states founding an "institution", the Federation, which is a political union. The stability of this Federation implies mechanisms which safeguard consistency and compliance with federal law ; besides it requires the development of a federal sense of belonging. But conversely, federal authorities have to respect the member states' integrity. If one of those criteria is not met, the Federation may collapse or turn into a federal state. The European Union meets these criteria completely, which allows its characterization as Federation. The study of its functioning enables then to highlight a global compliance of the balance between federal and state level, which is necessary for the Federation's stability. On the material level, the balance between the obligation of a good functioning Federation on the one hand and the respect of the member states on the other doesn't turn into a conflict with the member states, neither in regard of the allocation of power nor in regard of the exercise of power. On the institutional level, decisional process had to be adapted to a deeper European integration. There is in particular a strengthened democratic legitimacy, which is required for a European sense of belonging to develop, even though improvements are still necessary. It seems more difficult to solve the problem of the criticism related to the lack of democracy based on the absence of political challenge because political challenge is not easy to achieve given the compromise-based way the European institution function.

### *Keywords :*

Political union – homogeneity – Federal comity (loyalty) – federal sense – state identity – withdrawal – balance of powers – subsidiarity – institutional balance – consociational system