

AU NOM DU PEUPLE : LE RÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE DANS LA CRISE EUROPÉENNE

PAR

MATTHIAS KOTTMANN (*)

La crise financière qui perdure depuis 2007 et qui est devenue une crise européenne de la dette publique à l'automne 2009, a une conséquence particulière. On constate en effet l'émergence, de façon embryonnaire, d'une opinion publique européenne – jusqu'alors jugée inexistante par une majorité d'auteurs (1) – qui suit avec attention et parfois avec un esprit critique particulièrement tranchant la politique dite de sauvetage de l'euro. Ayant intégré l'idée d'une interdépendance forte, cette opinion publique européenne s'intéresse aux évolutions et aux particularités des différents régimes politiques nationaux qui sont désormais perçus comme des questions essentielles à l'échelle européenne, ayant ainsi quitté la sphère strictement nationale. Les élections présidentielles françaises, les plans d'économie en Grèce ou la situation du secteur bancaire en Espagne en font partie.

Le rôle central de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (ci-après CCF) fait également partie de ces questions qui soulèvent un vif intérêt au-delà des frontières nationales. Grâce à elle, la célèbre formule d'Alexis de Tocqueville selon laquelle il « *n'est presque pas de question politique [...] qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire* » (2) peut aussi s'appliquer au système allemand, particulièrement en matière de politique européenne (3). La jurisprudence complexe de la CCF relative aux conditions d'intégration trace des lignes rouges que les dirigeants allemands ne doivent pas dépasser lors des négociations nocturnes à Bruxelles. Ainsi,

(*) Chercheur à l'Institut Max Planck de Droit comparé et de Droit international (Heidelberg, Allemagne). L'auteur remercie le Dr Stephan Schill et Johanna Kofler pour les discussions fécondes qu'il a eues avec eux, ainsi que le Dr Xavier Pacreau pour son aide linguistique.

(1) Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1994 (4^e éd.), p. 645 ; Dieter GRIMM, « Braucht Europa eine Verfassung ? », *Juristenzeitung*, n° 50, 1995, pp. 581-588.

(2) Alexis de TOCQUEVILLE, *De La Démocratie en Amérique*, tome 1, Librairie des Médecis, Paris 1953 (16^e éd.), p. 410.

(3) Pour un bilan de la CCF, cf. Matthias JESTAEDT / Oliver LEPSIUS / Christoph MÖLLERS / Christoph SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, Frankfurt, 2011. Pour une analyse de ses constructions doctrinales par rapport à l'intégration européenne, cf. Jo Eric KHUSHAL MURKENS, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

la CCF gagne une influence très significative sur les mesures prises au niveau européen (4).

Certains commentateurs, en particulier en France, ont tendance à déprécier les arrêts de la CCF relatifs à l'intégration européenne en les présentant comme animés par l'eurosepticisme ou par un souci d'assurer sa propre position à l'encontre des juges européens (5). Tout en reconnaissant la pertinence de certains arguments avancés par ces critiques, nous plaiderons cependant, dans le cadre de cette analyse, pour une lecture plus globale et donc plus positive du rôle de la CCF. Afin de parvenir à une évaluation complète de la jurisprudence, il faut reconnaître qu'elle répond à un besoin important, celui de « politiser » les affaires européennes (6). A cet égard, il convient d'expliquer que c'est un contexte constitutionnel et politique particulier qui a conduit la Cour à devenir en Allemagne le principal, pour ne pas dire l'unique forum d'opposition en matière européenne. Cette évolution a atteint son apogée dans les décisions des années 2011 et 2012 relatives aux mesures de stabilité financière, qui ont ouvert la voie à la contestation des mesures adoptées contre la crise par une partie importante de l'opinion publique allemande, tout en révélant les limites du pouvoir judiciaire.

UNE JURISPRUDENCE DUE A DES CONDITIONS PARTICULIÈRES

L'évocation du national-socialisme par des manifestants grecs renvoie de façon ironique aux circonstances particulières qui président à la formulation de ces politiques : les spécificités constitutionnelles et politiques allemandes, auxquelles répond la jurisprudence de la CCF, sont fortement marquées par les expériences de cette époque noire.

Les spécificités constitutionnelles et politiques de l'Allemagne

Le contexte constitutionnel et politique allemand est particulièrement propice à l'intégration européenne. Adoptée en 1949 après la catastrophe de la Seconde Guerre mondiale et sous occupation militaire, la Loi

(4) Consciente de cela, la CCF publie ses arrêts importants par rapport à l'intégration européenne en anglais et en français, sur son site Internet www.bundesverfassungsgericht.de.

(5) Cf. par exemple Alfred GROSSER, « The Federal Constitutional Court's Lisbon case : Germany's *Sonderweg* – An outsider's perspective », *German Law Journal*, n° 10, 2009, p. 1263 ; Oliver DITERT, « La Cour constitutionnelle allemande et le Traité de Lisbonne », *Revue des affaires européennes*, n° 17, 2010, p. 847 ; Arthur DYÈVRE, « The German Federal Constitutional Court and European judicial politics », *West European Politics*, n° 34, 2011, p. 346. Pour une critique de ces perceptions, cf. Beke ZWINGMANN, « The continuing myth of Eurosepticism ? », *International and Comparative Law Quarterly*, n° 61, 2012, p. 665.

(6) La « politisation » désigne le fait de soumettre une affaire auparavant considérée comme technique à un débat public marqué par la comparaison avec des solutions alternatives. Cf. Michael ZÜRN / Martin BINDER / Matthias ECKER-EHRHARDT, « International authority and its politicization », *International Theory*, n° 4, 2012, p. 69. Cf., avec des thèses similaires, Martin NETTESHEIM, « Bundesverfassungsgericht und Staatsschuldenkrise : Parlamentarisierung und Repolitisierung der "Eurorettung" », *Jahrbuch des Föderalismus*, n° 13, 2012, p. 259 ; Steven SCHÄLLER, « Das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Bundesstaat », *Zeitschrift für politische Theorie*, n° 2, 2011, p. 41.

fondamentale ne contient aucune référence à la souveraineté nationale, élément caractéristique du droit constitutionnel français (7). Au contraire, son préambule semble prévoir un Etat fédéral européen en évoquant un peuple allemand « *animé par la volonté de servir la paix mondiale en qualité de membre égal en droit dans une Europe unie* ». Ainsi, les « Etats-Unis d'Europe » ont fait partie du programme politique du parti conservateur (CDU) pendant des décennies (8). A ce jour, le débat allemand sur l'intégration européenne se caractérise par une absence d'opposition sérieuse (9). De plus, le régime parlementaire a pour conséquence de limiter les critiques de la majorité parlementaire à l'égard du gouvernement, surtout en matière internationale ou européenne. Pendant longtemps l'intégration européenne n'a donc pas été politisée en Allemagne : elle constituait plutôt un domaine technique relevant de la compétence de l'exécutif, tout en bénéficiant de l'appui des élites et de l'accord tacite de l'opinion publique.

Cependant, cette image s'est fissurée avec la crise de l'euro : une partie croissante de la population allemande redoute désormais que la prospérité nationale, acquise à force de peine et sacrifices, soit transférée vers le Sud de l'Europe par « Bruxelles », avec la complicité de la « classe politique ». Il en résulte un sentiment d'illégitimité en termes démocratiques, d'autant plus que, à la différence d'autres peuples européens, les Allemands n'ont jamais eu l'occasion de voter directement sur la question de l'intégration européenne. Ce dernier aspect s'explique par une deuxième particularité de la Loi fondamentale : méfiante à l'égard de la mobilisation des masses pour des raisons évidentes, elle ne prévoit pas de référendum au niveau fédéral. La seule exception est l'article 146 qui, selon l'interprétation la plus courante, n'a qu'une portée déclaratoire dans la mesure où il tente de régler la question de la « révolution » – l'abrogation complète de la constitution (10) : il dispose que la Loi fondamentale est abrogée le jour même où le peuple allemand, en pleine liberté de décision, adopte une nouvelle constitution (11).

Une troisième disposition importante de la Loi fondamentale doit encore être évoquée : selon l'article 79 alinéa 3, dit « clause d'éternité » (*Ewigkeitsklausel*), les principes constitutionnels fondamentaux (notamment la dignité humaine, le noyau dur des droits de l'homme, le fédéralisme, l'Etat de droit et la démocratie) ne peuvent être abrogés, fût-ce par une

(7) Cf. Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, § 3 et 9. Pour une vue d'ensemble sur les constitutions des Etats membres, cf. Peter M. HUBER, « Offene Staatlichkeit : Vergleich », in Armin VON BOGDANDY / Pedro CRUZ VILLALÓN / Peter M. HUBER (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, tome 2, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, p. 403.

(8) Carl Otto LENZ, « Ausbrechender Rechtsakt », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 août 2009, p. 7.

(9) Hormis l'extrême gauche (*Die Linke*), qui se situe entre 6 et 8% dans les sondages actuels, et quelques personnalités réfractaires de la coalition CDU-FDP.

(10) Rupert SCHOLZ, in Theodor MAUNZ / Günter DÜRIG (dir.), *Grundgesetz*, n° 64. EL, C.H. Beck, Munich, 2012, art. 146, § 14.

(11) Cette formulation est aussi due aux origines de la Loi fondamentale, cette dernière ayant été considérée comme une réglementation transitoire lors de son adoption.

révision constitutionnelle (12). Pour modifier de telles dispositions il faut alors que le peuple – pouvoir constituant – agisse selon les modalités de l'article 146. A l'origine, cette disposition était censée prévenir la récurrence de la dictature. Aujourd'hui, on le verra, elle est évoquée par la CCF à l'égard de l'intégration européenne.

La réaction judiciaire

Dans de telles conditions, la Cour s'efforce d'être un forum dans lequel la voix des mécontents de l'intégration européenne puisse trouver un écho. La pierre angulaire de sa construction jurisprudentielle est la démocratie. En l'absence de notion constitutionnelle comme la souveraineté nationale, la Cour donne une interprétation particulière à ce principe : selon les juges de Karlsruhe, la notion de démocratie dont il est fait état dans la Loi fondamentale correspond à l'autodétermination démocratique du peuple allemand – ou des citoyens allemands –, qui se manifeste nécessairement au sein des institutions politiques de l'Etat allemand et s'exprime principalement au niveau de l'élection du Parlement fédéral (13).

Loin d'être incontestée (14), cette interprétation de la notion de démocratie a des conséquences importantes : selon la Cour, l'Union européenne ne jouit que d'une légitimité démocratique dérivée, donc secondaire, qui lui est transmise par l'intermédiaire des organes étatiques. Ainsi, la démocratie européenne est localisée au niveau du Conseil, car il est composé de représentants des gouvernements des Etats membres qui sont, quant à eux, élus et contrôlés par les parlements nationaux. Le Parlement européen ne joue qu'un rôle complémentaire aux yeux des juges : en raison du mode de répartition des sièges par Etats membres selon le principe de proportionnalité dégressive prévu à l'article 14 alinéa 2 du Traité de l'UE, il ne représente ni un peuple européen – inexistant pour la Cour –, ni les citoyens de l'Union – comme en dispose pourtant l'article 10 alinéa 2 du Traité UE – : la Cour considère qu'il ne représente que les peuples des Etats membres (15).

(12) Cf. l'article 89 alinéa 5 de la Constitution française, selon lequel la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. Pour la diffusion de clauses similaires en Europe, cf. Pedro CRUZ VILLALÓN, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Vergleich », in Armin VON BOGDANDY / Pedro CRUZ VILLALÓN / Peter M. HUBER (dir.), *op. cit.*, p. 729.

(13) CCF, Arrêt du 30 juin 2009, *Lissabon (Lisbonne)*, BVerfGE 123, 267, § 208 et seq. ; Arrêt du 12 octobre 1993, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155, § 92 et seq. Concernant la discussion relative au fait que le peuple ou le citoyen soit le véritable sujet conférant la légitimité démocratique, cf. Matthias KOTTMANN / Christian WOHLFAHRT, « Der gespaltene Wächter ? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 69, 2009, p. 443.

(14) Cf. le modèle d'une démocratie européenne fondée sur le double fondement des systèmes politiques des Etats membres et de la citoyenneté de l'Union : Jürgen HABERMAS, « The crisis of the European Union in the light of a constitutionalization of international law », *European Journal of International Law*, n° 23, 2012, p. 335.

(15) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 262, 284 et seq. ; Arrêt du 9 novembre 2011, *Europawahl*, BVerfGE 129, 300, § 81. Contrairement, cf. Conseil constitutionnel, *Lisbonne*, précité note 7, § 20, selon lequel le Parlement européen « n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale ».

Dans cette perspective, la démocratisation de l'Union européenne se fait principalement par l'intermédiaire d'une parlementarisation de la politique européenne de l'Etat. C'est exactement ce projet qui est prôné par le juge constitutionnel depuis l'arrêt « Lisbonne », à travers la formule « responsabilité d'intégration » (*Integrationsverantwortung*) : cette notion nouvelle et peu claire exige que toute législation européenne corresponde à une habilitation particulière et qu'elle soit endossée par les organes constitutionnels allemands (16). Dans la plupart des cas, elle sert à rappeler le Parlement, souvent ignoré par l'exécutif concernant les affaires européennes, à son rôle primordial de forum démocratique. L'exigence d'une ratification parlementaire pour l'application de quelques clauses dites « passerelles » et « de flexibilité » des Traités UE (17), l'interdiction pour le Parlement de déléguer son pouvoir de décision concernant les garanties accordées par le Fonds européen de stabilité financière (FESF) à un sous-comité de neuf députés (18) et l'obligation du gouvernement d'informer les parlementaires sans délai et en détail des mesures envisagées au niveau européen (19) ont ainsi été édictées par les juges de Karlsruhe.

Toutefois, la confiance du juge constitutionnel dans les organes politiques est limitée. En se fondant sur la « clause d'éternité » de la Loi fondamentale, la Cour définit des limites constitutionnelles absolues à l'intégration européenne : « *l'unification de l'Europe [...] ne saurait être réalisée de manière telle qu'il ne resterait plus dans les Etats membres de marge d'action politique suffisante* ». Outre l'interdiction de conférer à l'UE la fameuse *Kompetenz-Kompetenz* (20), une liste de domaines relevant de l'« *identité constitutionnelle* » découle de cette position : notamment le droit pénal, le monopole de l'emploi de la force et les prérogatives budgétaires du Parlement constituent « *depuis toujours* », pour les juges, des domaines particulièrement sensibles au regard de l'autodétermination démocratique du peuple allemand (21). Le transfert de telles compétences présuppose un transfert de souveraineté du peuple allemand à un peuple européen futur. Cependant, pour la Cour, cela ne peut se faire que par voie de l'article 146 de la Loi fondamentale : « *La Loi fondamentale n'habilite pas les organes agissant pour le compte de l'Allemagne à renoncer au droit d'autodétermination démocratique du peuple allemand [... Cela] est réservé à un acte de volonté exprimé directement par le peuple*

(16) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 236 et seq. Cf. Martin NETTESHEIM, « Die Integrationsverantwortung – Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung », *Neue Juristische Wochenschrift*, n° 63, 2010, p. 177.

(17) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 319 et 328.

(18) CCF, Arrêt du 28 février 2012, *EFSF*. Le sous-comité de neuf députés, émanation de la Commission budgétaire du Bundestag, devait statuer en cas de décision urgente à prendre sur l'utilisation du Fonds européen de stabilité financière (comme des achats d'obligations souveraines de pays de la zone euro sur le marché dit « secondaire »). La Cour a finalement décidé que cet organe restreint violait les droits des autres députés, sauf en ce qui concerne l'achat d'obligations souveraines sur le marché.

(19) CCF, Arrêt du 19 juin 2012, *ESM I*.

(20) Correspond au transfert de compétences qui ne seraient pas suffisamment délimitées et qui permettraient à l'Union de développer des compétences supplémentaires de façon autonome. L'Union européenne ne doit donc pas disposer de la compétence de la compétence.

(21) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 249 et seq.

allemand » (22). L'abrogation complète de la Loi fondamentale par un référendum, qui était jusqu'alors considérée comme une possibilité plutôt théorique, est désormais envisagée sérieusement, dans les discours juridique et politique, comme une option réaliste et potentiellement inévitable de la politique européenne de l'Allemagne.

Le juge constitutionnel couronne sa construction en transformant la participation de chacun à l'élection du Parlement fédéral (article 38 de la Loi fondamentale) en droit individuel à « *exercer une influence déterminante sur l'exercice de [la] puissance étatique* » (23). En vertu de ce droit, quiconque possédant la nationalité allemande peut alors former un recours constitutionnel direct contre tout acte d'un organe allemand transférant des compétences au niveau européen. On pourrait alors faire grief à cette position que les compétences du Parlement fédéral, qui représente le peuple, ne seraient pas respectées, que la structure institutionnelle créée à l'échelle européenne ne correspondrait pas aux exigences démocratiques et que la limite ultime du processus d'intégration, au-delà de laquelle un référendum devient nécessaire, serait dépassée (24). S'ajoute à cela la possibilité de former un recours contre tout acte mettant en œuvre une décision de l'UE qui outrepassé les limites des compétences qui lui ont été attribuées ou qui viole de manière substantielle le noyau dur des droits fondamentaux allemands (25). Il s'agit là de l'invention d'une véritable *actio popularis*, initialement inconnue dans le contentieux constitutionnel allemand. Elle assure un flux continu de requêtes, permettant ainsi à la Cour de se positionner en tant que forum central d'opposition en matière européenne et d'exercer une influence durable sur le processus d'intégration.

UNE JURISPRUDENCE CULMINANT DANS LA CRISE DE L'EURO

La jurisprudence évoquée précédemment s'est développée de façon particulièrement significative dans les décisions des années 2011 et 2012 qui, tout en autorisant les mesures de sauvetage de l'euro, établissaient un cadre juridique assez strict. En même temps, ces décisions témoignent également des limites du pouvoir judiciaire, ce qui invite à réfléchir sur la véritable place du juge constitutionnel dans le cadre de la politique européenne.

Une zone euro gouvernée par des juges allemands ?

De façon rétrospective, il est peu surprenant que ce soit la compétence budgétaire du Parlement qui fut classée parmi les domaines dont l'Allemagne

(22) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 228.

(23) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 74 et seq. ; *Maastricht*, précité note 13, § 60 et seq.

(24) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 173 et seq.

(25) CCF, *Maastricht*, précité note 13, § 106 ; Décision du 22 octobre, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, § 132. Pour un résumé de la jurisprudence cf. Xavier MAGNON, « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 21, 2010, p. 417.

devait absolument conserver la maîtrise. Jusqu'à présent, la quasi-totalité des mesures de sauvetage de l'euro ont fait l'objet de recours constitutionnels alléguant d'une violation du principe démocratique, ce qui a permis à la Cour de statuer et de formuler des directives assez larges à l'adresse des organes politiques allemands.

Selon la Cour, la prérogative budgétaire, élément central de la démocratie, exige que les décisions essentielles sur les recettes et les dépenses publiques soient prises par le Parlement (26). Toute mesure qui risque de vider le pouvoir de décision des majorités politiques futures de tout sens en créant des contraintes légales ou factuelles est alors suspecte. Il est évident que cette logique se heurte aux mesures destinées à faire face à une crise, lesquelles impliquent souvent des mécanismes complexes et mettent en jeu des sommes considérables (27). Par conséquent, la Cour définit toute une série de critères qui doivent être observés à chaque avancée sur le terrain du sauvetage de l'euro.

Le premier critère renvoie à la responsabilité politique : il est interdit au Parlement d'aliéner sa compétence budgétaire. La Loi fondamentale ne permet pas d'endosser la responsabilité financière de décisions prises par des institutions supranationales, voire des États tiers, ou de créer des mécanismes de garantie ou de financement automatiques irrémédiables (28). Ainsi, les Eurobonds et le gouvernement économique européen, qui sont assez populaires dans le débat français, ne sont en tout état de cause pas inconstitutionnels, mais se trouvent très strictement encadrés (29).

Deuxièmement, selon la Cour, les mécanismes financiers établis au niveau européen doivent permettre de garantir l'influence déterminante du Parlement allemand, ce qui implique un droit de veto de l'Allemagne concernant les décisions importantes et le respect de la volonté des parlementaires par les représentants de l'Exécutif allemand (30).

Troisièmement, la CCF considère que les mesures de sauvetage de l'euro doivent être soumises à des conditions strictes au regard de la stabilité financière (31). Les préoccupations des contribuables et des épargnants allemands sont ainsi reconnues par le droit constitutionnel. Envisagées

(26) CCF, *Lissabon (Lisbonne)*, précité note 13, § 256 ; Arrêt du 7 septembre 2011, *Griechenlandhilfe*, BVerfGE 129, 124, § 104 et 121.

(27) Notamment le Fonds européen de stabilité financière (FESF), le Mécanisme européen de stabilité (MES) et les mesures prises par la Banque centrale européenne (BCE). En revanche, la contrainte liée à la prérogative budgétaire, qui résulte du « *frein à l'endettement* » inclus dans le « *pacte budgétaire* », est considéré moins problématique par la CCF, premièrement parce qu'une disposition similaire se trouve déjà dans la Loi fondamentale et ensuite parce qu'une telle règle vise à conserver la liberté de manœuvre des générations futures. Cf. CCF, Décision du 12 septembre, *ESM II*, § 224 et 302. Cf. Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*.

(28) CCF, *Griechenlandhilfe*, précité note 25, § 25 et seq. ; *ESM II*, précité note 26, § 214.

(29) Cf. Martin NETTESHEIM, « Euro-Rettung und Grundgesetz », *Europarecht*, n° 46, 2011, p. 765 ; Werner HEUN/Alexander THIELE, « Verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Eurobonds », *Neue Juristische Wochenschrift*, n° 67, 2012, p. 973.

(30) CCF, *Griechenlandhilfe (Aide à la Grèce)*, précité note 25, § 128.

(31) *Ibid.*, § 127 ; *ESM II*, précité note 26, § 276 et seq.

d'un point de vue plus polémique on pourrait considérer que la Cour estime que le principe démocratique allemand exige la paupérisation du retraité grec.

Enfin, il existe une limite constitutionnelle quant au montant global des paiements et des garanties. Selon les proclamations officielles de la Cour, cette limite n'est pas exactement définie et ne fait l'objet que d'un contrôle judiciaire restreint (32). Toutefois, dans un entretien à un journal allemand, un juge fédéral avançait que la limite absolue se situait à un niveau équivalent à celui d'un budget fédéral annuel (33).

De telles positions ont eu un effet retentissant dans l'opinion publique allemande, qui est en général plus indulgente que son équivalente française à l'égard d'un « gouvernement des juges » : environ 12 000 requérants se sont joints aux recours contre la ratification du Mécanisme européen de stabilité (MES). Dans un sondage de l'été 2012, peu avant la décision relative à ce mécanisme, la CCF apparaissait aux yeux de l'opinion publique comme le dernier bastion de la démocratie, de l'Etat de droit et de la stabilité financière, dépassant de loin les organes politiques (34). Même si, en réalité, la Cour n'a jamais remis en cause des mesures européennes importantes, il était cependant attendu que les juges ralentissent au moins la politique très active conduite face à la crise (35).

La place du juge constitutionnel dans le cadre de la politique européenne

Les espoirs concernant le rôle inhibiteur de la Cour ont été largement déçus et les limites du pouvoir judiciaire sont clairement apparues. Tout d'abord, il est intéressant de souligner qu'avec l'entrée en vigueur du MES le montant global des risques financiers théoriques de l'Allemagne a dépassé de loin la prétendue limite absolue. Cet argument fut invoqué devant la Cour, mais sans succès, celle-là se repliant sur la marge d'appréciation échouant aux organes politiques (36). Les juges ont plutôt opté pour une intervention relativement symbolique : la responsabilité maximale de l'Allemagne dans le cadre du MES qui, selon l'accord qui le concerne, est

(32) CCF, *Griechenlandhilfe (Aide à la Grèce)*, précité note 25, § 131 et seq. ; *ESM II*, précité note 26, § 216 et seq.

(33) Entretien avec Peter M. HUBER, *Süddeutsche Zeitung*, 18 sept. 2011, disponible sur le site Internet www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verfassungsrichter-huber-im-sz-gespraech-eine-europaeische-wirtschaftsregierung-ist-heikel-1.1145416.

(34) Publié dans la *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 août 2012, disponible sur le site Internet www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-das-bollwerk-11863396.html.

(35) Espoir exacerbé par un entretien du Président de la Cour, dans lequel il expliquait que les limites constitutionnelles étaient largement atteintes et qu'un référendum était indispensable pour de futures avancées de l'intégration européenne. Cf. entretien avec Andreas VOBKUHLE, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25 sept. 2011, disponible sur le site Internet www.faz.net/aktuell/wirtschaft/europas-schuldenkrise/im-gespraech-andreas-voskuhle-mehr-europa-laesst-das-grundgesetz-kaum-zu-11369184.html.

(36) CCF, *ESM II*, précité note 26, § 271 et 216. Pour un assemblage des risques allemands, cf. le site Internet www.cesifo-group.de/ifoHome/policy/Haftungspegel.html.

limitée « *en toutes circonstances* » à 190 milliards d'euros, devait être précisée au travers d'un instrument de droit international public, afin qu'elle n'excède en aucun cas ce montant (37). Le même raisonnement a été utilisé pour préciser que l'immunité dont jouissent les agents et les documents du MES n'est pas opposable aux parlementaires nationaux (38). Pour satisfaire à ces exigences, les représentants des différentes parties au MES ont adopté peu après une « *déclaration interprétative* » (39). Le MES a ainsi pu entrer en vigueur avec la bénédiction de la CCF (40).

Il est bien évident que ce résultat ne doit pas être interprété comme une capitulation judiciaire. Au contraire, la structure institutionnelle du MES étant largement construite en fonction des exigences préalablement énoncées dans les décisions de la Cour, cette dernière pouvait tout à fait se permettre de se placer quelque peu en retrait. Toutefois, la CCF a pu percevoir les limites de son influence par le biais d'une toute autre institution indépendante : la Banque centrale européenne (BCE). En effet, le calendrier des marchés financiers et leur gardienne ne s'accordaient pas avec celui des juges. Lors de la décision de la Cour sur le MES, la BCE avait déjà commencé à inonder le continent avec de l'argent bon marché (41). Alors, même si la CCF avait décidé de remettre en cause une large partie du MES, la véritable politique de sauvetage de l'euro se joue en réalité au sein d'une institution qui n'est responsable devant aucun parlement et qui ne peut être atteinte que de façon indirecte et peu appropriée par le juge constitutionnel (42).

La Cour ne pouvait cependant pas s'abstenir de souligner que le refinancement des Etats par la BCE au moyen de la planche à billets se heurterait au droit européen et au droit constitutionnel allemand (43). Ainsi, les requérants ont déjà trouvé une nouvelle cible : dans une décision à venir, la CCF est appelée à se prononcer sur la question du dépassement éventuel des compétences qui ont été attribuées aux banquiers européens dans le cadre des mesures que ces derniers ont prises pour le sauvetage de l'euro. Cela soulève des problèmes juridiques délicats : l'acquisition volumineuse d'obligations souveraines sur le marché secondaire est-elle contraire au mandat de la BCE ? une voie de recours existe-t-elle pour les particuliers à l'encontre des actes de cette dernière ? quelles pourraient être les

(37) CCF, *ESM II*, précité note 26, § 253. Cf. art. 8 alinéa 5 du Traité MES.

(38) CCF, *ESM II*, précité note 26, § 255 et seq.

(39) Declaration on the European Stability Mechanism, 27 sept. 2012, disponible sur le site Internet www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/132615.pdf.

(40) Et avec celle de la Cour de Justice de l'Union européenne, cf. Arrêt du 27 novembre 2012, *Pringle*, affaire C-370/12.

(41) Cf. BCE, Déclaration du 6 septembre 2012, disponible sur le site Internet www.ecb.int/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html ; Décision 2010/5 du 14 mars 2010, *Journal officiel*, 2010, L 124/8.

(42) En principe, le contrôle de la BCE relève de la compétence exclusive du juge européen. Celui-là peut être saisi de questions préjudicielles par le juge national. Pourtant, la CCF a jusqu'à présent dédaigné cette possibilité.

(43) CCF, *ESM II*, précité note 26, § 202, 219 et 278.

conséquences juridiques d'une éventuelle décision d'un juge national (44) ? Face à toutes ces interrogations, on ne peut douter que la CCF ne manquera pas de réponses novatrices.

Les volte-face judiciaires font l'objet de multiples critiques de la part de la doctrine allemande. Les auteurs attachés au projet européen, dont l'auteur de ces lignes fait parti, désapprouvent la conception étatiste de la démocratie retenue par la Cour et son mépris de certains acquis démocratiques de l'Union (45). Ceux qui se préoccupent davantage des moyens juridiques employés s'inquiètent face aux créations judiciaires à main levée (46). Enfin, sur le plan de la culture politique, il a déjà été souligné, non sans une certaine ironie, que le moment de la révolution constitutionnelle en Allemagne était déterminé par arrêt du juge (47).

Néanmoins, l'intuition judiciaire selon laquelle la crise actuelle est aussi et avant tout une crise de la démocratie est largement partagée par les universitaires et au niveau des institutions européennes (48). Considérée sous cet angle, la CCF joue un rôle de médiateur entre un système politique inapte jusqu'à présent à prendre en compte des inquiétudes légitimes et une partie considérable de la population qui ne parvient pas à se faire entendre autrement. Il peut bien évidemment sembler paradoxal que la politisation des mesures adoptées pour faire face à la crise soit le fait de décisions judiciaires sur lesquelles les responsables politiques n'ont par définition pas d'influence. Cela étant, d'un point de vue plus global, la CCF assume une responsabilité qui est au cœur même de son rôle de juridiction constitutionnelle : préserver le processus démocratique (49). Reste à voir si la politisation des décisions liées à l'intégration européenne au niveau national conduira également à une politisation de ces dernières à l'échelle européenne. En tout état de cause, il est temps, pour ceux qui sont favorables à l'intégration européenne, mais qui demeurent critiques face aux mesures contre la crise adoptées dans l'urgence et présentées comme incontournables, de concevoir la Cour comme un allié naturel.

(44) Cf. Christoph HERRMANN, « Die Bewältigung der Euro-Staatsschulden-Krise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrecht », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 23, 2012, p. 805.

(45) Cf. Par exemple. Armin VON BOGDANDY, « Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum », *Neue juristische Wochenschrift*, n° 63, 2010, p. 1. En revanche, la doctrine conservatrice salue les constructions judiciaires: cf. Dieter GRIMM, « Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union », *Der Staat*, n° 48, 2009, p. 475.

(46) Matthias JESTAEDT, « Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah ? », *Der Staat*, n° 48, 2009, p. 497.

(47) Christoph MÖLLERS, « An der Grenze », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26 oct. 2011.

(48) Cf. Matthias GOLDMANN, « The financial crisis as a crisis of democracy », *German Law Journal*, n° 14, 2013 ; Miguel POIARES MADURO / Bruno DE WITTE / Matthias KUMM, « The Euro crisis and the democratic governance of the Euro », disponible sur le site Internet globalgovernanceprogramme.eu.eu/wp-content/uploads/2012/06/Policy-Report10May20121.pdf ; Herman VAN ROMPUY, *Report of the President of the European Council. Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, 26 juin 2012, p. 6 et seq., disponible sur le site Internet ec.europa.eu/economy_finance/focuson/crisis/documents/131201_en.pdf.

(49) Cf. John Hart ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.