

**LE FEDERALISME ALLEMAND
FACE
AU DROIT COMMUNAUTAIRE**

Collection Logiques Juridiques
dirigée par Gérard MARCOU

Le droit n'est pas seulement un savoir, il est d'abord un ensemble de rapports et pratiques que l'on rencontre dans presque toutes les formes de sociétés. C'est pourquoi il a toujours donné lieu à la fois à une littérature de juristes professionnels, produisant le savoir juridique, et à une littérature sur le droit, produite par des philosophes, des sociologues ou des économistes notamment.

Parce que le domaine du droit s'étend sans cesse et rend de plus en plus souvent nécessaire le recours au savoir juridique spécialisé, même dans des matières où il n'avait jadis qu'une importance secondaire, les ouvrages juridiques à caractère professionnel ou pédagogique dominant l'édition, et ils tendent à réduire la recherche en droit à sa seule dimension positive. A l'inverse de cette tendance, la collection « Logiques juridiques » des Éditions L'Harmattan est ouverte à toutes les approches du droit. Tout en publiant aussi des ouvrages à vocation professionnelle ou pédagogique, elle se fixe avant tout pour but de contribuer à la publication et à la diffusion des recherches en droit, ainsi qu'au dialogue scientifique sur le droit. Comme son nom l'indique, elle se veut plurielle.

Xavier Volmerange

**LE FEDERALISME ALLEMAND
FACE
AU DROIT COMMUNAUTAIRE**

*Cet ouvrage a été couronné par le prix spécial 1999 du G.R.A.L.E.
Groupement de Recherches sur l'Administration Locale en Europe*

Préface de Gérard Marcou

Editions L'Harmattan
5-7 rue de l'Ecole Polytechnique
75005 Paris

L'Harmattan Inc.
55, rue Saint-Jacques
Montréal (Qc) - CANADA H2Y 1K9

© *L'Harmattan*, 2000
ISBN : 2-7384-9411-0

Préface

Le livre de M. Volmerange, « Le fédéralisme allemand face au droit communautaire », est sans doute la première étude de cette ampleur consacrée à l'impact de la construction européenne sur la Constitution d'un Etat membre. Au moment où l'on débat de la réforme des institutions de l'Union européenne en vue de son élargissement, où l'on s'interroge sur la place qu'il convient de faire, et s'il convient de faire une place, aux collectivités territoriales des Etats membres dans le système communautaire, alors que le droit communautaire pénètre, à des degrés divers, toutes les branches du droit, cette question est cruciale, et c'est aussi, à la croisée des chemins, la plus difficile. Or, il est deux domaines en particulier où la confrontation du droit communautaire et de la constitution peut être conflictuelle ; c'est d'une part celui des droits fondamentaux (que l'on songe au conflit possible entre le régime de protection sociale basé sur les principes constitutionnels et la tendance de la Cour de Justice à faire de la concurrence l'*ultima ratio* de l'ordre juridique communautaire), et d'autre part celui de l'organisation des pouvoirs publics, ce qui inclut la structure unitaire ou fédérale de l'Etat et l'organisation territoriale de celui-ci. Ce dernier domaine devrait être hors d'atteinte du droit communautaire, en vertu du principe de l'autonomie institutionnelle des Etats membres au regard du droit communautaire, mais ce serait oublier la pression qu'exercent sur les institutions des Etats certaines politiques communautaires, ainsi que l'obligation pour les Etats d'assurer l'application effective du droit communautaire sur l'ensemble de leur territoire. De plus, il existe un tiers parti, celui des collectivités territoriales subnationales, qui, selon les cas, cherchent à préserver leurs prérogatives face au droit communautaire et/ou à accroître leurs marges de manœuvre et à gagner de nouveaux pouvoirs sur l'Etat en prenant appui sur les politiques communautaires. Ceci est particulièrement vrai des *Länder* qui composent la République fédérale d'Allemagne.

C'est dire que ce livre devra intéresser non seulement tous les spécialistes de l'Allemagne, mais bien au-delà de ce cercle, tous ceux qui s'interrogent sur les relations entre l'ordre juridique communautaire et les normes constitutionnelles, et par voie de conséquence sur la nature même de l'Union européenne.

Xavier Volmerange analyse l'évolution des rapports entre le système fédéral et l'intégration européenne dans le cadre de la confrontation de deux ordres juridiques, l'ordre juridique établi par la Loi fondamentale et l'ordre juridique communautaire. Or, d'une part, l'article 24 de la Loi fondamentale permet à la Fédération de transférer par la loi des « droits souveraineté à des institutions internationales », ce qui l'autorise à renoncer à sa compétence exclusive en faveur de normes juridiques d'origine externe, mais d'autre part l'organisation fédérale de l'Etat est non seulement de nature constitutionnelle, mais en outre elle ne peut être remise en cause par une révision constitutionnelle (art.79.III). Malgré cette garantie, l'intégration communautaire a provoqué une érosion du fédéralisme de deux manières. D'une part, l'article 24 permettait en fait à la Fédération de disposer des compétences des *Länder* au bénéfice de la Communauté européenne ; d'autre part, en présence de directives dont la transposition appartenait à la compétence des *Länder*, le détail de leur contenu ne laissait guère à ceux-ci de liberté, alors qu'ils n'avaient pas participé à sa détermination. On doit à la vérité de dire que l'érosion de la compétence législative des *Länder* a été bien davantage atteinte par la centralisation opérée par le législateur fédéral, au moyen d'une interprétation large de son pouvoir d'intervention dans

les matières de compétences concurrentes, mais cette érosion est devenue plus sensible quand elle a commencé à jouer davantage en faveur de la Communauté européenne, car alors elle n'était plus corrigée par la participation des Länder, comme elle l'était par leur participation à la législation fédérale.

En présence de cette évolution il s'est produit une adaptation institutionnelle dont les Länder ont été le moteur et qui a provoqué ou influencé plusieurs révisions de la Loi fondamentale. Leur action s'est portée sur plusieurs fronts. Les Länder sont intervenus en direction de la Commission et du Parlement européen, ainsi que vers les régions des autres Etats membres en vue de gagner leur soutien, pour obtenir un droit d'accès des collectivités subnationales au processus communautaire de décision. Ces efforts ont abouti à la création du Comité des Régions, et surtout à la possibilité donnée aux Etats membres de se faire représenter au Conseil par toute personne ayant rang de ministre, ce qui permettait à des ministres des autorités fédérées d'être désignés. Ils ont tiré de l'oubli le principe de subsidiarité, au point de parvenir à le faire inscrire dans le traité relatif à la Communauté européenne, mais sans dissiper les ambiguïtés qui le caractérisent, et qui expliquent que ce principe, naïf dans sa philosophie, vague dans son contenu et incertain dans sa portée, n'ait plus joué aucun rôle en Allemagne après l'adoption de la Loi fondamentale, alors qu'il avait été évoqué dans les débats qui l'avaient précédée. Dans l'ordre interne, les Länder ont cherché à la fois à renforcer leur autonomie et à développer leur participation à la politique et à la législation fédérales. C'est sur le premier point qu'ils ont eu le moins de succès. A la faveur de l'unification avec la RDA, ils ont tenté, dès 1990, d'imposer une révision d'ensemble du système fédéral, dans le but de récupérer certaines compétences et de prévenir leur absorption à l'avenir par le pouvoir fédéral ; mais la révision constitutionnelle de 1994 ne leur donne en ce domaine que de bien modestes satisfactions. En revanche, le nouvel article 23 de la Loi fondamentale, introduit à la suite du traité de Maastricht, les associe, au travers du Bundesrat, à la détermination de la position allemande, que le gouvernement fédéral doit représenter et défendre dans les instances communautaires ; cela donne lieu à une procédure complexe qui conduit à lier plus ou moins le gouvernement fédéral à l'avis du Bundesrat selon que les intérêts des Länder sont seulement touchés, ou affectés de manière prépondérante, ou que leurs compétences exclusives sont en cause ; dans ce cas, c'est un délégué des Länder désigné par le Bundesrat qui pourra représenter l'Allemagne au Conseil. Toutefois, ce qui paraît relativement simple quand on le ramène à son principe devient d'une complexité qui laisse perplexe l'observateur quand on considère les modalités auxquelles il aboutit et que détaillent encore une loi et un accord entre le gouvernement fédéral et les Länder. Et pourtant, comme le montre Xavier Volmerange, cela ne constitue sans doute qu'une « victoire à la Pyrrhus » : si ce dispositif n'a pas provoqué de crise c'est parce qu'il oblige aussi les Länder à assumer l'objectif d'intégration européenne inscrit dans la Loi fondamentale comme un objectif de l'Etat, et parce que toutes les parties ont cherché à éviter le blocage ; mais en outre, le renforcement de la participation du Bundesrat à la politique européenne de l'Allemagne ne signifie pas que les droits des Länder en tant que tels seront mieux protégés contre la pénétration du droit communautaire.

L'auteur interprète ces évolutions à la lumière du principe de loyauté fédérale, qui trouve place à la fois dans la Loi fondamentale et dans le traité relatif à la Communauté européenne, un principe qui tire son origine de l'accord qui est à la base de tout ordre fédéral. Alors que la loyauté fédérale dans le cadre de la Loi fondamentale et la loyauté communautaire paraissaient d'abord s'opposer, la loyauté communautaire s'exerçant au détriment de la loyauté fédérale envers les Länder, les révisions de la Loi fondamentale et des traités conduisent à la longue à leur intégration. Cette intégration se réalise non

seulement par les procédures déjà évoquées qui assurent une participation collective plus importante des Länder à la politique européenne de l'Allemagne, mais aussi par le renforcement de la protection de l'ordre constitutionnel allemand par la Cour constitutionnelle fédérale.

Tandis que l'article 23 de la Loi fondamentale constitutionnalise l'objectif de la construction d'une Europe unie, et même les principes auxquels devrait obéir l'Union européenne, et que l'Allemagne doit donc promouvoir, la Cour constitutionnelle fédérale a fixé également les limites constitutionnelles de l'intégration communautaire, et les contours du noyau intangible de l'ordre constitutionnel allemand. On savait depuis 1986 que la Cour constitutionnelle fédérale se réservait le pouvoir de se déclarer compétente pour assurer la protection des droits fondamentaux en cas de défaillance de la Cour de Justice des Communautés européennes, par rapport au standard de la Loi fondamentale, et qu'elle pourrait même à ce titre accueillir un recours constitutionnel contre un acte communautaire, que son arrêt pourrait ainsi rendre inapplicable en Allemagne. Les arrêts du 12 octobre 1993 à propos du traité du Maastricht, et celui du 22 mars 1995 à propos de la position adoptée par le gouvernement fédéral dans la négociation de la directive dite « Télévision sans frontières » lui ont permis de préciser sa position, à partir d'une analyse de la nature juridique de la Communauté européenne. On soulignera que la Cour constitutionnelle fédérale est la première haute juridiction d'un Etat membre à prendre position sur ce sujet. Pour la Cour, en effet, l'Union européenne est une « association d'Etats » (*Staatenverbund*), fondée sur le principe de spécialité ; il en résulte que la Cour constitutionnelle fédérale pourrait être amenée à vérifier que les actes du droit communautaire dérivé ne vont pas au-delà des droits souverains (*Hoheitsrechte*) que les institutions communautaires tiennent des traités (arrêt du 12 octobre 1993). Bien plus, la Cour affirme que la Loi fondamentale fait obligation aux institutions fédérales de « s'opposer à toute évolution à long terme par laquelle un élargissement progressif des compétences communautaires, et surtout des compétences transversales, pourrait porter atteinte aux compétences matérielles qui demeurent aux Etats, et par là même aux droits des Länder ». Dans ces deux arrêts, la Cour invoque le principe de la loyauté communautaire pour suggérer la recherche d'un équilibre entre le respect mutuel des ordres constitutionnels des Etats membres et l'intégration européenne : le principe majoritaire « trouve sa limite dans l'obligation, qui résulte de la loyauté communautaire, de prise en considération mutuelle des principes constitutionnels et des intérêts élémentaires des Etats membres » (12 octobre 1993) ; si une majorité se dégage au Conseil en faveur d'une décision portant atteinte au principe du fédéralisme, le gouvernement fédéral devrait « faire valoir le principe de considération réciproque qui découle de la loyauté communautaire » (22 mars 1995).

La Cour ne ferme pourtant pas la porte à une évolution au terme de laquelle l'Union européenne aurait une autre nature et serait dotée d'organes dont la légitimité démocratique serait équivalente à celle du régime établi par la Loi fondamentale. En deçà de ce terme, toutefois, la Cour constitutionnelle fédérale défend les droits politiques des citoyens allemands en protégeant l'ordre constitutionnel national.

On observe donc une interaction complexe entre l'ordre constitutionnel allemand et l'ordre juridique communautaire. La dynamique de l'intégration européenne a provoqué, ou plus exactement accentué et révélé, une évolution des équilibres du fédéralisme allemand, en faveur du pouvoir fédéral ; cette évolution a elle-même nourri une volonté, non seulement de préserver, mais aussi de renforcer les droits constitutionnels des Länder, qui doivent être pris en compte, en retour, par l'ordre juridique communautaire. C'est à la Cour

de Justice et à la Cour constitutionnelle fédérale qu'il revient d'assurer la conciliation deux ordres juridiques.

On peut tirer de nombreux enseignements de la vaste étude de M. Volmerange, et on laissera au lecteur le soin de trouver ceux qui lui conviennent. Par rapport à bien des débats qui ont lieu en France, on voudrait en mentionner ici seulement trois, qui nous paraissent particulièrement devoir retenir l'attention. On retiendra tout d'abord, que si l'ordre constitutionnel allemand a été sensible, peut-être plus que d'autres à la pression du droit communautaire, il a aussi fait la preuve de sa capacité d'adaptation, d'autant que depuis 1990 il a dû aussi absorber le choc de l'unification. Deuxièmement, l'exemple de l'Allemagne montre que, contrairement à une idée trop facilement reçue, le régime fédéral n'est pas forcément le mieux adapté ou le plus favorable à la construction européenne ; l'autonomie des composantes peut conduire à des solutions de nature à affaiblir la position de l'Etat membre, même si, en l'espèce, l'Allemagne a su surmonter cet obstacle. Enfin, on relèvera que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat français ne sont pas isolés à soutenir que le droit communautaire ne prime pas sur la Constitution ; cette position est en fait également celle de la Cour constitutionnelle italienne et du Tribunal constitutionnel espagnol. Et pourtant, l'intégration européenne pousse à un ajustement réciproque des ordres juridiques. Le rôle des hautes juridictions, nationales et communautaire, est ici essentiel ; mais leurs jurisprudences doivent assimiler le principe de loyauté, condition de la compatibilité mutuelle des ordres juridiques. C'est la direction qui nous est indiquée par la Cour constitutionnelle fédérale ; c'est aussi celle du réalisme. Si les Etats ont besoin de l'Europe, l'Europe ne se fera pas sans les Etats ; cela passe par la prise en compte de leurs différences constitutionnelles et administratives.

Gérard Marcou
Professeur à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

Remerciements

Les remerciements sont tout d'abord adressés à nos directeurs de thèse car le rapport de confiance réciproque a grandement facilité la réflexion. Monsieur le professeur Georg Ress, de l'Université de la Sarre, a d'emblée accepté de codiriger nos recherches sans savoir si une soutenance sous le régime de cotutelle serait ou non possible. Monsieur Gérard Marcou, professeur à l'Université de Paris I, a été un codirecteur de thèse rigoureux et diligent, en même temps qu'il nous a laissé une grande latitude dans le travail de recherche.

Nous tenons également à remercier tout particulièrement Monsieur le professeur Christian Autexier, qui nous a accueilli au sein de la chaire de droit public français de l'Université de la Sarre. Ce long séjour en Allemagne nous a permis de mener à bien nos travaux de recherche. Ses conseils, remarques ou critiques ont été particulièrement précieux. Il faut en outre saluer l'énergie qu'il a déployée pour permettre une soutenance sous le régime de cotutelle.

M. Wolfgang Willenbacher (représentation du Land de Rhénanie-Palatinat à Bonn), M. Lars von Dewitz (commission du Bundesrat pour les questions européennes), Mme Heike Peltz et le Dr. Mentler (représentation du Land de Bavière à Bonn), M. Sonnenhol (ministère fédéral des affaires étrangères), M. Gazecki (ministère fédéral pour l'aménagement du territoire) nous ont accordé de longs entretiens à Bonn. L'accueil a été particulièrement chaleureux, et les informations communiquées très précieuses. Les renseignements et documents fournis par M. Bremm (ministère fédéral de l'économie) ont pu être également utilement exploités.

Le DAAD (office allemand d'échange universitaire) nous a accordé une bourse pour étudier en Allemagne et le CRAPS (Centre de recherches administratives politiques et sociales, Lille II) nous a apporté son soutien matériel dans la réalisation du travail.

Nos parents et Placide Mabaka se sont livrés à l'ingrat travail de relecture.

Enfin, Elizabeth, par ses encouragements, a également contribué à la réalisation de ce travail.

Avertissements

Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l'auteur. Celles de la Loi fondamentale allemande (LF) sont extraites de la publication du Centre Juridique franco-allemand de l'Université de la Sarre, puisqu'il s'agit là de la version officielle (édition synoptique bilingue), 3., neubearbeitete Auflage, 1996, Christian Autexier, Jean-François Flauss, Michel Fromont, Constance Grewe, Olivier Jouanjan et Pierre Koenig.

Le mode de citation de la Loi fondamentale répond à un souci de précision. Ainsi l'article 23 V 2 LF renvoie-t-il à l'article 23, alinéa 5, phrase 2 de la Loi fondamentale puisqu'il est d'usage dans la doctrine constitutionnelle allemande d'alterner les chiffres arabes et les chiffres romains pour citer une disposition de ce texte.

L'abondance de sigles allemands peut rapidement lasser le lecteur. C'est pourtant la seule manière de lever le doute sur l'origine d'un texte car ce sigle est celui unanimement adopté en Allemagne. Aussi rappelons-nous ici quelques uns des principaux sigles fréquemment utilisés :

BVerfGE : Entscheidung des Bundesverfassungsgericht (Décision de la Cour constitutionnelle fédérale). Ce sigle est toujours suivi de deux chiffres. Le premier indique le numéro du recueil et le second celui de la page. Ainsi la décision BVerfGE 89, 155, renvoie-t-elle à la décision contenue dans le 89ème recueil à la page 155. Les décisions de la Cour constitutionnelle sont traditionnellement citées sans autre référence de nom ou de date. Lorsque ces décisions sont particulièrement célèbres, nous les mentionnons en outre par le nom attribué par la doctrine et précisons la date : Solange I et II, Vielleicht, Maastricht, etc...

BGBI : Bundesgesetzblatt, Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne .

EUZBLG : Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union : loi sur la coopération de la Fédération et des Länder dans les affaires de l'Union européenne du 12 mars 1993.

EUZBBG : Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union : loi sur la coopération du gouvernement fédéral et du Bundestag allemand dans les affaires de l'Union européenne du 12 mars 1993.

GOBR : Geschäftsordnung des Bundesrates, règlement intérieur du Bundesrat.

On retrouvera l'ensemble des abréviations dans la liste de la page suivante.

Les articles des Traités communautaires sont cités par deux chiffres différents en raison de la nouvelle numérotation entrée en vigueur avec le Traité d'Amsterdam. L'article 92 (87) CE renvoie à l'article 92 de l'ancienne numérotation et à l'article 87 de la numérotation actuelle du Traité CE. Il en va de même pour les autres Traités communautaires.

On trouvera enfin en annexe des extraits des principales décisions de la Cour constitutionnelle fédérale et les textes législatifs (in extenso) relatifs au droit communautaire.

Liste des principales abréviations

| | |
|--|---|
| AEAP.....Annuaire européen d'administration publique | DVDeutsche Verwaltung |
| Aff.Affaire | DVBlDeutsches Verwaltungsblatt |
| AfP.....Archiv für Presserecht | EA.....Europa-Archiv |
| AIJC.....Annuaire international de justice constitutionnelle | EEAEinheitliche Europäische Akte |
| AJDA.....Actualité juridique - droit administratif | EG.....Europäische Gemeinschaft (en) |
| AöRArchiv des öffentlichen Rechts | EIB.....Europäische Investitionsbank |
| APZ.....Aus Politik und Zeitgeschichte | EPEuropäisches Parlament |
| AUE.....Acte unique européen | EU.....Europäische Union |
| BayVBl. Bayerische Verwaltungsblätter | EuGH.....Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften |
| BB.....Betriebsberater | EuGRZ.....Europäische Grundrechte Zeitschrift |
| BdBand | EuREuroparecht (Zeitschrift) |
| BFHBundesfinanzhof | EUZBBG..Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12 März 1993 |
| BEI.....Banque européenne d'investissement | EUZBLG..Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12 März 1993 |
| BGBI.....Bundesgesetzblatt | EuZWEuropäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| BKKommentar zum Grundgesetz (Bonner Kommentar) | EWGEuropäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| BR.....Bundesrat | FAGFinanzausgleichsgesetz |
| B.R.D.....Bundesrepublik Deutschland | FAZ.....Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| BT.....Bundestag | FEDERFonds européen de développement régional |
| BVerfGBundesverfassungsgericht | FEOGA Fonds européen d'orientation et de garantie agricole |
| BVerfGE..Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung | FS.....Festschrift |
| BVerfGG..Gesetz über das Bundesverfassungsgericht | FSEFonds social européen |
| BVerwGE Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung | GFKGemeinschaftliches Förderkonzept |
| CCA.....Cadre communautaire d'appui | GGGrundgesetz |
| CCFCour constitutionnelle fédérale | GOGeschäftsordnung |
| CDU.....Christlich-Demokratische Union | GRW.....Gemeinschaftsaufgabe Regionale Wirtschaftsstruktur |
| CE.....Communauté européenne | HAHauptausschuß |
| CECACommunauté européenne du charbon et de l'acier | HandelsBl. Handelsblatt |
| CEECommunauté économique européenne | HdbStRHandbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, <i>Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg), , Band I- VIII, Heidelberg 1987-1997, C.F. Müller Juristischer Verlag.,</i> |
| CJCE.....Cour de justice des communautés européennes | Hrsg.Herausgeber |
| COREPER Comité des représentants permanents | |
| CSUChristlich-Soziale Union | |
| DÖDDer Öffentliche Dienst | |
| DÖVDie Öffentliche Verwaltung | |
| DRiZ.....Deutsche Richterzeitung | |
| Drucks.Drucksache | |

JOCEJournal officiel des Communautés euro-
 péennes
 JöR.....Jahrbuch des öffentlichen Rechts
 JOCEJournal officiel des Communautés euro-
 péennes
 JuSJuristische Schulung
 JZ.....Juristischenzeitung
 KommKommentar
 LFLoi fondamentale
 NJNeue Justiz
 NJW.....Neue Juristische Wochenschrift
 NWVBl.Nordrhein-Westfälische
 Verwaltungsblätter
 NVwZ.....Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
 PUF.....Presse universitaire de France
 RBDC.....Revue belge de droit constitutionnel
 RDPRevue de droit public
 Rec.....Recueil
 RFAPrevue française d'administration
 publique
 RFDARevue française de droit administratif
 RFDC.....Revue française de droit constitutionnel
 RFSPRevue française de science politique
 RGDIPRevue générale de droit international
 public
 RIWRecht der Internationalen Wirtschaft
 RMCUE...Revue du Marché commun et de
 l'Union européenne

RRJRevue de la recherche juridique
 Rs.....Rechtsache
 RTDE.....Revue trimestrielle de droit européen
 RUDH.....Revue universelle des droits de
 l'Homme
 Slg.....Sammlung
 SPD.....Sozialdemokratische Partei
 Deutschlands
 Sten. Ber ..Stenographischer Bericht
 SZSüddeutsche Zeitung
 T.U.ETraité sur l'Union européenne
 TVA.....Taxe sur la valeur ajoutée
 VRVerwaltungsgrundschau
 VerwArch Verwaltungs-Archiv
 VVDtStRL. Veröffentlichungen der
 Vereinigung der Deutschen
 Staatsrechtslehrer
 VwGO.....Verwaltungsgerichtsordnung
 VwVfGVerwaltungsverfahrensgesetz
 WPWahlperiode
 ZaöRVZeitschrift für ausländisches Recht und
 Völkerrecht
 ZfRV.....Zeitschrift für Rechtsvergleichung
 ZG.....Zeitschrift für Gesetzgebung
 ZParlZeitschrift für Parlamentsfragen
 ZRP.....Zeitschrift für Rechtspolitik

Sommaire

| | |
|--|------------|
| <i>Remerciements</i> | 9 |
| <i>Avertissements</i> | 10 |
| Liste des principales abréviations..... | 11 |
| <i>Introduction</i> | 17 |
| | |
| <i>Première partie. Des loyautés alternatives</i> | 29 |
| | |
| <i>Titre 1. La collision des ordres juridiques</i> | 33 |
| Chapitre 1. L'érosion du fédéralisme | 37 |
| Section 1. Le caractère ouvert de l'ordre constitutionnel..... | 38 |
| Section 2. L'évolution vers un fédéralisme exécutif | 56 |
| Chapitre 2. Le juge de Karlsruhe, "sismographe" constitutionnel | 79 |
| Section 1. Les cas d'ouverture réservés aux particuliers..... | 81 |
| Section 2. Les cas d'ouverture réservés aux organes de l'Etat..... | 104 |
| <i>Titre 2. La réplique du séisme</i> | 113 |
| Chapitre 1. L'adaptation des Länder et du Bundesrat | 117 |
| Section 1. Les Länder tentent d'affirmer leur autonomie..... | 118 |
| Section 2. Le Bundesrat renforce sa participation | 131 |
| Chapitre 2. L'impossible fusion des ordres juridiques allemand et communautaire | 147 |
| Section 1. La myopie communautaire envers les Länder | 147 |
| Section 2. La souveraineté de l'Allemagne..... | 165 |

| | |
|---|------------|
| Deuxième partie. Des loyautés intégrées | 181 |
| Titre 1. L'articulation des ordres juridiques | 185 |
| Chapitre 1. La Cour constitutionnelle, garante des éléments structurants de la Loi fondamentale..... | 189 |
| Section 1. La primauté des éléments structurants de la Loi fondamentale..... | 190 |
| Section 2. Le rapport entre la CCF et la CJCE | 198 |
| Chapitre 2. Le gouvernement fédéral, garant des droits des Länder | 217 |
| Section 1. La nature des obligations du gouvernement..... | 218 |
| Section 2. La collaboration loyale | 226 |
| Titre 2. Le nouveau point d'équilibre du fédéralisme allemand | 237 |
| Chapitre 1. La réunification allemande, le fédéralisme et l'intégration européenne | 241 |
| Section 1. L'impact de la réunification sur les structures fédérales allemandes | 241 |
| Section 2. Les aides communautaires aux Länder de l'Est | 269 |
| Chapitre 2. La victoire à la Pyrrhus des Länder..... | 281 |
| Section 1. Le mécanisme de transfert des droits de souveraineté | 282 |
| Section 2. Les nouveaux droits de participation du Bundesrat | 291 |
| Conclusion | 325 |
| BIBLIOGRAPHIE | 333 |
| I. Articles et documents juridiques..... | 335 |
| A. En allemand | 335 |
| B. En français | 352 |
| II. Ouvrages | 357 |
| A. En allemand | 357 |
| B. En français | 363 |
| III. Articles de la presse écrite | 364 |
| ANNEXES | 367 |
| I. Jurisprudence..... | 369 |
| II. Normes de droit | 371 |
| Table de la jurisprudence citée | 381 |
| Table des matières | 385 |

Introduction

Le fédéralisme allemand constitue l'un des éléments essentiels de la Loi fondamentale, inaccessible au pouvoir de révision de la Constitution car il confère à celle-ci son identité profonde. Le principe fédéral fait donc l'objet d'une protection particulière, précisée à l'article 79 III LF :

« Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

Ce principe fédéral est également affirmé à l'article 20 I LF :

« La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral, démocratique et social ».

L'origine d'une telle protection doit être recherchée dans la volonté du Constituant de 1949 de ne pas permettre des atteintes à la Constitution d'une nature comparable à celles que la Constitution de Weimar avait connues par les lois dites d'habilitation des 24 mars 1933 et 30 janvier 1934, qui permettaient une confusion des pouvoirs au profit du gouvernement puisque celui-ci pouvait même créer de nouvelles normes de droit constitutionnel¹.

Mais l'évolution continue du régime allemand vers un système toujours plus unitaire pouvait faire douter de la capacité et de la volonté du juge de Karlsruhe de défendre les compétences législatives exclusives des Länder. La dérive vers un Etat plus unitaire s'explique notamment par le rôle social de l'Etat. Celui-ci vise à rapprocher les conditions de vie différentes sur l'ensemble du territoire et tend donc à traiter tous les Länder sur un pied d'égalité en unifiant la législation au niveau fédéral.

La Cour constitutionnelle aurait pu considérer qu'elle remplissait sa mission de gardienne de la Constitution en veillant simplement au respect de l'organisation de la Fédération en Länder et au principe du concours de la législation des Länder à la législation fédérale. Ces deux exigences posées par l'article 79 III LF n'ont en effet jamais été remises en cause. Dans la Loi fondamentale, il n'est en outre jamais question des compétences législatives exclusives des Länder.

Le rôle du juge constitutionnel dans la défense des compétences législatives exclusives des Länder était donc une question vitale pour eux car l'évolution du régime vers un système plus unitaire allait trouver un prolongement à travers la pression de plus en plus forte du droit communautaire. La Cour de justice a en effet affirmé la primauté absolue et sans condition du droit communautaire².

On constate ici le même phénomène dans le système fédéral allemand et dans le système communautaire. Le droit communautaire vise finalement à instaurer une libre concurrence sur l'ensemble du territoire des quinze pays membres, ce qui a également pour corollaire l'harmonisation des conditions de vies. Par conséquent les tendances unitaires, sans même parler des mesures communautaires spécifiques visant à rapprocher les législations des Etats membres, sont immanentes à l'action de la Communauté : lorsqu'une norme communautaire entre en vigueur, elle est destinée à produire les mêmes effets dans l'ensemble des pays membres. Du point de vue communautaire, il importe peu que cette norme entre en conflit avec d'éventuelles entités infra-étatiques. C'est également le cas lorsqu'il s'agit d'une directive et que, par conséquent, le choix de la forme et des moyens pour la transposer est laissé aux instances nationales. Cela signifie que la compétence pour la transposition peut revenir aux Länder mais le contenu de la directive lie toujours l'Etat membre. Cette marge de manœuvre permet en fait d'assurer un caractère plus unitaire au droit communautaire en

¹ Cf. *Olivier Jouanjan*, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, p. 229-244 (231-232).

² Cf. *infra*, p. 51.

garantissant l'efficacité maximale de la directive, et ne permet pas de préserver les compétences des Länder.

La jurisprudence du juge communautaire signifie que le droit national doit toujours s'effacer devant la norme communautaire, même s'il s'agit d'une règle de droit constitutionnel (donc placée au sommet de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne) et même si cette règle fait partie des éléments inaccessibles au pouvoir de révision de la Constitution. On aboutit donc à un paradoxe puisque ce qui est interdit au pouvoir constituant dérivé serait permis au pouvoir législatif communautaire.

Ce paradoxe semblait renforcé par la façon dont les pouvoirs de souveraineté de la République fédérale d'Allemagne pouvaient être transférés à des institutions internationales. Jusqu'à la révision constitutionnelle du 21 décembre 1992, l'article 24 LF a en effet servi de vecteur aux transferts de droits de souveraineté au profit des institutions communautaires. Cet article énonce de manière laconique :

« La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales ».

Aucune condition formelle, matérielle ou procédurale ne semblait donc s'opposer à des transferts de droits de souveraineté au profit des institutions communautaires.

La conjonction de ces facteurs faisait planer de lourdes menaces sur le fédéralisme allemand : la Cour constitutionnelle ne semblait pas disposée à défendre les droits des Länder face aux extensions des compétences fédérales et quand bien même cela eût été sa volonté, il n'était pas assuré qu'elle eût les moyens de la défendre. Ces doutes ont été levés par la jurisprudence constitutionnelle. La Cour a tout d'abord affirmé que

« Les Länder dans la Fédération ne constituent encore des Etats que s'il leur reste de façon indisponible un noyau de compétences matérielles propres ».

Cette jurisprudence tend à montrer que la seule participation des Länder à la législation fédérale n'est pas suffisante dans le cadre d'un régime fédéral. Fédéralisme, autonomie et participation sont des termes étroitement liés dans la théorie juridique du fédéralisme depuis *Georges Scelle* :

(...) il n'y a vraiment fédéralisme que si les collectivités associées participent par leurs représentants à la constitution de ces organes fédéraux et à l'élaboration de leurs décisions³ ».

Le principe d'autonomie se manifeste au contraire par le caractère étatique des entités fédérées. C'est ainsi qu'elles disposent notamment d'une constitution et de compétences législatives exclusives.

Il existe donc une étroite corrélation inversement proportionnelle entre ces deux grands principes. Lorsqu'un système institutionnel est fondé sur l'autonomie, la participation des entités fédérées est faible, en revanche une forte participation des Etats fédérés se traduit par un faible degré d'autonomie. Quel que soit le degré d'autonomie ou de participation, ces deux principes sont toujours présents. Dans le cas contraire, il ne s'agit plus d'une structure de type fédéral. Une autonomie sans participation conduirait ainsi à la création d'un nouvel Etat à côté de l'ancienne structure fédérale alors qu'une participation sans autonomie (système vers lequel la République fédérale d'Allemagne semblait s'orienter) conduirait, dans le meilleur des cas, à une forme de décentralisation dans le cadre d'un Etat unitaire.

³ A contrario, *Georges Scelle* étudie l'hypothèse dans laquelle cette caractéristique n'existe pas : «A défaut de cette participation (...) il y aurait "droit de subordination" et non "droit de collaboration" et c'est la collaboration qui est la caractéristique du Droit fédéral, qui distingue le fédéralisme de la vassalité, de la tutelle, de la colonisation». *Georges Scelle*, Manuel de droit international public, Domat Montchrestien, 1948, 1008 p. (256-257).

La Cour constitutionnelle fédérale a ensuite précisé que les transferts de droits de souveraineté à des institutions internationales étaient soumises aux limites de la Loi fondamentale, ce qui inclut les limites imposées au pouvoir de révision de la Constitution, c'est-à-dire non seulement les droits fondamentaux mais aussi le fédéralisme. Or cette jurisprudence heurte le principe de primauté du droit communautaire, posé par la Cour de justice.

L'étude du fédéralisme allemand face au droit communautaire ne se résume pas à la résolution d'une simple équation arithmétique, fût-elle à plusieurs inconnues, mais plutôt à un calcul de forces, propre à la science physique. Ce type de calcul permet en effet de déterminer les causes capables de déformer un corps ainsi que de modifier ou de produire son mouvement lors d'une collision. Cela revient donc à mesurer l'impact du droit communautaire sur la structure fédérale de la Loi fondamentale. Le recours à des images empruntées à la science physique et aux sciences naturelles permet de mieux faire comprendre la collision entre les deux ordres juridiques.

S'agissant d'un système à trois dimensions, le calcul vectoriel, c'est-à-dire le calcul de force, doit intervenir dans l'espace et non dans le plan puisque se conjuguent les intérêts des Länder, de la Fédération et de l'Union européenne.

Ce calcul vectoriel peut comporter plusieurs niveaux de difficultés. Le modèle le plus simple est celui où deux corps indéformables entrent en collision. L'énergie du mobile en mouvement est alors intégralement transmise au mobile fixe (dans un système où les frottements n'existent pas). La mécanique entre le droit communautaire et la Loi fondamentale correspond au contraire à un modèle présentant un degré de difficulté très élevé. Une telle construction constitue en effet une "complication terrible" (eine heillose Komplikation), comme le faisait remarquer *Hans Kelsen* en 1927 lorsqu'il étudiait l'annexion (pacifique !) de l'Autriche au Reich allemand⁴. Il s'agissait alors de l'intégration d'un Etat fédéral dans un Etat fédéral mais les constatations de *Hans Kelsen* peuvent être transposées *mutatis mutandis* à l'Union européenne et à la RFA, bien que l'Europe ne constitue pas un Etat fédéral.

"Complication terrible", parce que l'on est en présence de deux corps en mouvement, autonomes l'un par rapport à l'autre et qui suivent, dans un premier temps du moins, une trajectoire indépendante. Cette autonomie du droit communautaire a tout d'abord été affirmée par la Cour de justice⁵ puis par la Cour constitutionnelle allemande⁶. Mais les juges n'en font pas découler les mêmes conséquences : pour le juge de Luxembourg, l'autonomie fonde la primauté du droit communautaire. Le juge de Karlsruhe accepte en revanche de faire prévaloir le droit communautaire, uniquement lorsque celui-ci n'est pas susceptible de porter atteinte aux éléments qui confèrent à la Loi fondamentale son identité. Dans les autres cas, c'est le droit national qui doit primer.

Concernant le droit communautaire, le déplacement est inscrit dans sa nature même. Pour subsister, le droit communautaire doit rester en mouvement, de la même façon qu'une bicyclette doit rouler pour se maintenir en équilibre⁷ car le droit communautaire fonde une

⁴ *Hans Kelsen*, Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1927, p. 329-352 (331).

⁵ « Le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre » CJCE 1964/07/15, Costa/ENEL, Aff. 6/64, Rec. p. 1141.

⁶ « Le droit communautaire et le droit interne des Etats membres sont deux ordres juridiques internes distincts et différents, le droit créé par le Traité CEE est issu d'une "source autonome" », BVerfGE 22, 293 (296), trad. in: RTDE 1968 p. 203-206 (204).

⁷ *Josef Isensee*, Integrationsziel Europastaat ?, in FS Ulrich Everling, 567-592 (568).

Union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, comme le précise l'article A (1) TUE. Certains mécanismes du droit communautaire visent justement à maintenir l'Union européenne en équilibre comme, par exemple, le principe de l'acquis communautaire selon lequel il n'est plus possible de revenir sur les progrès juridiques déjà réalisés. Il y a ici un effet cliquet. Le mouvement du droit communautaire se justifie en lui-même, sans qu'il soit besoin de préciser le but à atteindre. C'est ce que la Cour constitutionnelle souligne dans son arrêt du 12 octobre 1993 à propos du Traité de Maastricht en citant l'ancien président de la Commission européenne :

«Si l'étiquette d'"Union" européenne" contient peut-être, dans le désir d'une poursuite de l'intégration, une indication quant au stade final d'un processus d'intégration européenne après de nouvelles modifications des traités, cette question reste en définitive ouverte dans l'objectif visé (*Delors, Entwicklungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaften*, dans : *Aus Politik und Zeitgeschichte* 1/93, p. 3 [4])»⁸.

Le droit allemand est, lui aussi, animé d'un mouvement propre, indépendant de l'influence du droit communautaire, et qui a conduit à un renforcement des compétences fédérales depuis 1949⁹.

"Complication terrible" encore, parce que dans cette collision entre deux ordres juridiques, les réactions vont être multiples et correspondent aux lois de la physique. Lorsque deux mobiles entrent en collision, il se produit un dégagement d'énergie. Dans le cadre du fédéralisme allemand et de l'intégration européenne, cette énergie est partiellement absorbée par les deux ordres juridiques, dans la mesure où chacun d'entre eux va intégrer des éléments, qui du droit communautaire, qui du droit allemand. Cela va entraîner en même temps des réactions en chaînes et des ajustements car chaque ordre va s'adapter aux effets de l'autre ordre juridique, comme le montre l'exemple des jurisprudences constitutionnelle et communautaire sur la protection des droits fondamentaux.

La Loi fondamentale repose essentiellement sur la protection des droits fondamentaux, à la différence de l'ordre juridique communautaire. Par conséquent, le juge constitutionnel a toujours gardé une compétence de réserve vis-à-vis du juge communautaire, qui lui permet en toute circonstance d'exercer son contrôle sur la protection des droits fondamentaux, telle qu'elle est assurée par les articles 1 à 19 LF. De son côté, le juge communautaire a développé une jurisprudence favorable aux droits fondamentaux pour justement s'adapter aux exigences de l'ordre juridique allemand. En retour, le juge constitutionnel a donc accepté d'abaisser sa garde dans certaines circonstances et a reconnu le juge communautaire en tant que juge légal au sens de l'article 101 I 2 LF. Mais pour continuer à justifier son contrôle dans le cadre d'un ordre communautaire de plus en plus soucieux de garantir un niveau élevé de protection des droits sans toutefois égaler le niveau de protection garanti en Allemagne, le juge constitutionnel a défini sa relation avec le juge communautaire dans le cadre d'un "rapport de coopération". Le juge communautaire a donc su faire évoluer sa jurisprudence pour ne plus être confronté directement au juge constitutionnel et celui-ci a pris en compte cette évolution dans sa jurisprudence en gardant toutefois une compétence subsidiaire, qui lui permet de garantir les principes structurants de la Loi fondamentale.

⁸ BVerfGE 89, 155 [189] II 1.a.

⁹ Voir notamment *Konrad Hesse*, *Der unitarische Bundestaat*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1962, 34 p. ; *Michel Fromont*, *L'évolution du fédéralisme allemand depuis 1949*, in : *Mélanges Burdeau*, L.G.D.J. 1977, p. 660-679 ; *Stéphane Riels*, *Destin du fédéralisme*, LGDJ 1986, 78 p. (27-51) ; *Elisabeth Zoller*, *Droit constitutionnel*, PUF, Collection droit fondamental, 1998, 629 p. (379). On reviendra plus en détail par la suite sur cette évolution du fédéralisme allemand dans les développements.

Les éléments structurants de la Loi fondamentale et des traités communautaires constituent des coques indéformables qui ne peuvent aucunement s'adapter à l'autre ordre juridique. On touche ici les limites de l'intégration. L'énergie résiduelle du choc entre les deux ordres juridiques va donc apparaître dans la jurisprudence de la Cour de justice et celle de la Cour constitutionnelle fédérale. Les juges vont donc jouer ici le rôle de sismographes car ils révèlent l'incompatibilité entre les deux ordres et mesurent les secousses qui se produisent.

La rencontre de l'ordre juridique communautaire avec l'ordre juridique allemand va laisser une empreinte sur ce dernier : il va s'agir du point d'application de la collision, qui va être perceptible directement sur les éléments structurants de la Loi fondamentale en raison du caractère ouvert de celle-ci. L'influence du droit communautaire est directement perceptible sur le noyau identitaire de la Loi fondamentale, résumé à l'article 79 III LF.

Le point d'application du droit communautaire sur l'ordre juridique allemand n'est pas resté immuable. Il a tout d'abord été constitué par les droits fondamentaux, à travers une série de jurisprudences de la Cour constitutionnelle à partir de 1967. Il a porté ensuite sur le caractère étatique de la République fédérale, mis en évidence à l'occasion de l'arrêt du 12 octobre 1993 des juges de Karlsruhe¹⁰. L'ordre constitutionnel allemand est composé de plusieurs strates, qui apparaissent au fur et à mesure de l'intégration progressive du droit communautaire. La souveraineté de l'Allemagne constitue la couche la plus profonde du régime fondé par la Loi fondamentale mais elle n'est pas venue se substituer à la protection des droits fondamentaux dans la confrontation entre les deux ordres juridiques. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle la plus récente à propos de l'organisation du marché des bananes est à nouveau axée sur la protection des droits fondamentaux des importateurs allemands, ce qui montre que cette caractéristique du droit allemand constitue toujours une position fermement défendue par le juge allemand et que celui-ci n'est pas disposé à abandonner ce type de contrôle au juge communautaire.

Sans connaître de revirement à 180 degrés, la direction du droit communautaire a également connu certaines variations. Tout d'abord étranger aux droits des entités infra-étatiques, le droit communautaire les a peu à peu intégrés dans son mécanisme décisionnel. Cette évolution a eu notamment lieu sous la pression des Länder allemands qui, en raison de circonstances politiques internes à partir du milieu des années quatre-vingts, étaient en mesure de s'opposer à une intégration européenne plus poussée. On mesure ici une nouvelle fois l'interaction entre les deux ordres juridiques : le nouvel article 146 (203) CE permet aux Länder d'être représentés au sein du Conseil de la Communauté, qui constitue le véritable organe législatif. La Loi fondamentale a pris en compte cette évolution du droit communautaire par l'importante révision constitutionnelle du 21 décembre 1992¹¹.

L'ampleur, enfin, de la force du droit communautaire sur l'ordre juridique allemand est déterminée par la jurisprudence de la Cour de justice. Car comme le faisait remarquer *Hallstein*, alors président de la Commission européenne, la seule arme de la Communauté, c'est le droit qu'elle fixe et seule la CJCE est en mesure de le faire respecter¹². Le conflit qui oppose la CJCE à la Cour constitutionnelle allemande à propos de la primauté du droit communautaire montre comment celle-là n'a non seulement jamais dévié de la position qu'elle avait prise dès les premières années de la Communauté économique européenne

¹⁰ *Christian Autexier*, Introduction au droit public allemand, PUF 1997, p. 163.

¹¹ BGBl. I, p. 2086.

¹² Intervention dans le débat juridique sur le rapport Dehousse, session de juin 1965 du PE reproduit in: RTDE 1965, p. 247-254 (250).

mais encore qu'elle l'a toujours renforcée au fur et à mesure de sa jurisprudence. La primauté communautaire fait partie des éléments structurants de l'ordre juridique fondé à Rome en 1957, au même titre que le sont les droits fondamentaux pour la Loi fondamentale. Il n'est donc guère étonnant d'avoir vu les juges communautaires et allemands s'affronter lorsque ces deux principes sont contradictoires.

Il va donc falloir construire et analyser le polygone des forces qui s'appliquent entre l'Union européenne, le gouvernement fédéral et les Länder. Cette tâche est toutefois facilitée par l'existence d'un principe commun au fédéralisme allemand et au droit communautaire : la Bundestreue. Ce principe est particulièrement difficile à traduire en français. Il est tantôt rendu par le terme de fidélité, tantôt par celui de loyauté mais ces deux termes se complètent mutuellement car ce principe traduit la volonté de tous les acteurs institutionnels de vivre en bonne intelligence et de ne rien faire qui puisse porter atteinte de manière irrémédiable aux intérêts de l'Union européenne, des Etats membres ou des Länder.

Si la loyauté est propre à tous les régimes fédéraux, elle a été particulièrement théorisée par la doctrine allemande¹³. *Rudolf Smend* est généralement considéré comme le père de la loyauté fédérale, ce qui peut sembler excessif dans la mesure où on en trouve des manifestations à l'époque du Saint Empire Romain germanique¹⁴. En fait, le principe est sans doute aussi vieux que le fédéralisme lui-même car les deux principes sont consubstantiels. Ils ont même une étymologie commune (*fædus, fides*)¹⁵. *Rudolf Smend* a cependant été le premier à théoriser et systématiser la nature des relations entre les différentes entités de l'Empire allemand en les fondant sur un principe constitutionnel non-écrit.

Dans les dernières années de l'Empire allemand, il tente de mettre en évidence les multiples liens qui existent entre ses différents composants, qui ne se déclinent pas uniquement sur le mode dominé/dominant, ce qui était alors la grille d'interprétation retenue par la doctrine¹⁶ :

« L'Empire et les Etats membres ne sont pas uniquement placés dans une relation de subordination et de supériorité qui devrait être déduite de la Constitution de l'Empire (...), mais aussi dans une relation de Fédération à alliés (*Verhältnis des Bundes zu den Verbündeten*) ; c'est-à-dire que chaque allié est redevable envers les autres et envers l'ensemble, de la loyauté fédérale en tant que partie contractante (*schuldet die Bundes-, die "Vertrags"-Treue*), il doit remplir les devoirs qui lui incombent et exercer ses droits selon la Constitution de l'Empire »¹⁷.

Cette nouvelle vision des relations entre les Etats fédérés et l'Etat central est en fait une passerelle lancée entre le passé et le présent, entre un rapport fondé sur l'assujettissement et l'égalité, comme celle-ci prévaut en droit international public :

« (Les devoirs des Etats membres vis-à-vis de l'Empire) doivent être remplis et revendiqués dans un esprit d'accomplissement d'alliance (*im Geist der Bündniserfüllung*) et revendiqués dans le

¹³ « (elle) représente un des instruments-clés de la doctrine constitutionnelle allemande dans l'effort entrepris par elle pour influencer de manière constructive la solution des problèmes concrets posés par la réalité quotidienne de l'ordre constitutionnel allemand », *H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf*, Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la Bundestreue (fidélité fédérale), RDP 1979, p. 769-792 (769). Sur la notion, on pourra se reporter à l'ouvrage suivant : *Hartmut Bauer*, Die Bundestreue, Tübingen, Mohr 1992, 431 p.

¹⁴ *Hartmut Bauer*, *op.cit* ; p. 30

¹⁵ *Bernard Voyenne*, Histoire de l'idée fédéraliste, les sources, Presses d'Europe, 1976, 317 p. (27).

¹⁶ Voir par exemple *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 1, 5. Aufl., Tübingen 1911, p. 102 ; *Heinrich Triepel*, Die Reichaufsicht : Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin, Springer 1917, 734 p. (451).

¹⁷ *Rudolf Smend*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, in : Festgabe für Otto Mayer, J.C.B. Mohr, Tübingen 1916, p. 245-270, réimp. in : Staatsrechtliche Abhandlungen, Duncker & Humblot, Berlin 1955, 39-59 (51).

style diplomatique du droit des gens. Il en va naturellement de même des devoirs de l'Empire envers les Etats membres »¹⁸.

Il prenait ainsi le contre-pied de la doctrine dominante, corsetée dans son positivisme juridique, et qui voyait encore dans la Constitution le moyen pour chaque Etat de défendre ses droits. Ainsi selon, *Paul Laband*, le fait pour les Etats membres de donner des instructions à ses représentants dans l'intérêt de l'ensemble de l'Empire constituait "un devoir patriotique" et une "nécessité politique" mais ne les empêchait pas de "garder à l'esprit leurs propres intérêts particuliers et égoïstes"¹⁹.

Dans le meilleur des cas, le principe était reconnu mais ses effets juridiques étaient alors niés. Selon *Gerhard Anschütz*, il n'était pas possible de voir dans la loyauté fédérale un droit coutumier puisque la conviction juridique, condition *sine qua non* pour qu'une coutume produise des effets juridiques, faisait défaut. Il s'agissait donc tout au plus d'éthique et de politique mais en aucun cas de droit public. Une atteinte au principe ne pouvait donc pas constituer une entorse au droit et encore moins à la Constitution²⁰. *Triepel* accueille plus favorablement la notion en reconnaissant qu'il existe, à côté des intérêts du Reich, d'autres devoirs des Etats membres, qui seraient un droit constitutionnel non-écrit et qui formeraient d'autres intérêts communs reconnus par la Constitution (*andere von der Reichsverfassung anerkannte Gemeininteresse*)²¹.

La doctrine était donc plutôt réservée sur la notion de loyauté fédérale, d'autant plus que ce principe avait pour cadre un Etat fédéral monarchique, ce qui explique en même temps les difficultés pour le transposer dans un Etat fédéral parlementaire et moderne²². Selon *Rudolf Smend*, la loyauté fédérale était le prolongement de l'origine conventionnelle (*Vertragstreue*) de la Constitution, c'est-à-dire le prolongement des pactes et accords passés entre les différents souverains pour fonder un Etat fédéral. Le recours au peuple, en tant que pouvoir constituant originaire, pour fonder la République de Weimar, faisait donc disparaître le lien matériel (plus ou moins fictif d'ailleurs) qui pouvait exister entre les différents composants de l'Etat²³ alors même que la notion n'avait pas encore eu le temps de s'affirmer sous l'Empire. C'est la question de l'incompatibilité éventuelle entre fédéralisme et régime parlementaire qui est ici soulevée.

La loyauté fédérale a, selon *Rudolf Smend*, nécessairement un caractère non écrit.

«La mesure avec laquelle l'Empire doit informer les Etats membres, voire prendre en considération leur avis divergent et trouver un arrangement, ne peut pas être fixée dans une phrase vague, sans risquer nécessairement des malentendus et des interprétations divergentes. (...) Il en va de même pour la détermination des devoirs envers les Etats membres. La mesure dans laquelle les Etats membres peuvent agir dans le domaine des affaires étrangères sans dépasser la "haute politique" réservée à l'Empire (...) ne pourrait pratiquement pas être exprimée dans un article constitutionnel; et si tel était le cas, la tournure extrêmement minutieuse et alambiquée (*sorgfältigste und bestüberlegte Fassung*) serait dans le cas d'espèce plus dommageable qu'utile, alors que le principe général de loyauté est suffisamment flexible pour trouver une réponse adéquate dans l'esprit et dans les détails en toutes circonstances à de telles questions »²⁴.

¹⁸ *Rudolf Smend, op. cit.* p. 56.

¹⁹ *Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 1, 5. Aufl., Tübingen 1911, p. 246.*

²⁰ *Georg Meyer, Gerhard Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München, 1919, p. 697-698.*

²¹ *Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht : Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin, Springer 1917. 734 p. (451).*

²² Les réserves formulées par la doctrine se sont prolongées jusque sous le régime fondé par la Loi fondamentale, Cf. *Konrad Hesse, op. cit.* p. 8-9.

²³ *Hartmut Bauer, op. cit., p. 68*

²⁴ *Rudolf Smend, op. cit., p.55-56.*