

L'INTRODUCTION ET LE CONTROLE
DE LA CONSTITUTIONNALITE DES TRAITES
ET EN PARTICULIER DES TRAITES EUROPEENS
EN DROIT ALLEMAND

par

Leontin CONSTANTINESCO

Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques
Directeur de l'Institut d'études européennes de l'Université de la Sarre

INTRODUCTION

1. PRESENTATION

Exposer les rapports entre le droit communautaire et le droit allemand implique nécessairement une présentation du système allemand d'introduction des traités en droit interne. Avant de présenter ce système, il faut commencer par exposer la théorie qui le domine et qui l'explique. En effet, en Allemagne les théories ont non seulement la vie robuste, mais elles expliquent aussi le caractère dogmatiquement mieux charpenté du droit allemand, la cohérence plus grande de ses solutions ou le fait que ses règles s'enracinent plus logiquement dans les théories sous-jacentes. Le caractère artificiel de ce droit souvent théoriquement orienté ainsi que l'extrême complexité d'un ensemble doctrinal qui alourdit le système, sont fréquemment la rançon et la marque du *Professorenrecht*¹.

Le problème des rapports entre le droit international et le droit interne et notamment les solutions concernant l'introduction des traités en droit allemand,

¹ Déjà avec l'école du droit naturel, avec l'école historique et les pandectistes, le *Professorenrecht* prend fortement pied dans la science juridique allemande et influe directement sur la législation. Pour ce problème voir notamment le grand livre de KOSCHAKER, P., *Europa und das Römische Recht*, 1953, pp. 211, 248 et ss., 251 et *passim*.

sont une expression de la conception dualiste. Dominante à la fin du siècle passé, cette théorie reçut sa forme définitive avec Triepel². Distincts dans leurs sources, le droit international et le droit interne représentent « deux sphères qui tout au plus se touchent, sans jamais s'entrecouper »³. Même si, par la suite, la théorie dualiste a survécu et notamment dans la forme la plus modérée que lui donna Anzilotti⁴, il n'en est pas moins vrai que jusqu'à l'heure actuelle elle a profondément imprégné la doctrine du droit international en Allemagne et en Italie.

Cette conception explique qu'en Allemagne le droit international en général et les traités en particulier doivent être transformés, par une loi d'approbation. En modifiant leur base d'existence, leur contenu, leur champ d'application et leurs destinataires, la loi d'autorisation transforme, introduit et incorpore les traités dans l'ordre juridique allemand. C'est là, comme nous le verrons, l'une des deux fonctions fondamentales de la loi d'autorisation des traités.

La Constitution de la République fédérale allemande du 23 mai 1949 n'a pas pris position de façon expresse dans la controverse entre monisme et dualisme, ni quant au droit international général, ni quant au droit international conventionnel. Cependant, les termes de l'article 25 de la Constitution⁵, valent reconnaissance implicite de l'existence de deux ordres juridiques séparés. Aussi la doctrine allemande admet-elle, dans sa très grande majorité, bien qu'avec de nombreuses variantes et des différences de détails, que le système allemand en la matière est fondé sur l'existence sous-jacente de la conception dualiste modérée; il affirme la nécessité de la transformation du droit international conventionnel en droit interne⁶.

² TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, nouvelle éd. 1958.

³ TRIEPEL, *op. cit.*, p. 111.

⁴ ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giuridici interne*, 1905.

⁵ « Les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral. »

⁶ BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. I, 1960, p. 95; KAUFMANN, E., « Traité international et loi interne », *Mélanges Gilbert Gidel*, 1961, p. 384; SCHEUNER, « L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 68, 1939, II, pp. 100 et ss.; SCHÜLE, « Die Umwandlung völkerrechtlicher Verträge des deutschen Reichs in deutsches Landesrecht », *ZaöRV*, VI, 1936, pp. 269 et ss.; MOSLER, *Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, 1957, pp. 5 et ss.; SCHLOCHAUER, « Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten », *AVR* 11 (1963), pp. 1 et ss.; MAUNZ dans MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, Kommentar, t. I, art. 25, note marginale 25; KRAUS, « Der deutsche Richter und das Völkerrecht », *Festschrift Rudolf Laun*, 1953, pp. 14 et ss.; MENZEL, « Die Geltung internationaler Verträge im innerstaatlichen Recht », *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg*, 1962, pp. 401 et ss.; PIGORSCH, *Die Eindordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht des Bundesrepublik Deutschland. Eine Studie zu den Artikeln 25, 59 und 79 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*, Hamburg, 1959, et les auteurs qu'il a cités à la page 3, renvoi n° 9;

D'autre part, la jurisprudence allemande⁷ demeure fidèle à la conception dualiste dans la mesure où elle considère le droit international et le droit interne allemand comme deux ordres juridiques séparés quant à leurs sources, leurs domaines d'application et leurs destinataires. Logique et conséquente, elle souligne par ses décisions la nécessité d'une transformation, pour permettre l'application des traités en droit interne.

2. LA VOLLZUGSTHEORIE (LA THÉORIE DE L'EXECUTION)

Cependant un courant nouveau est apparu récemment en doctrine afin de démontrer que la *Vollzugstheorie* (la théorie de l'exécution), qui n'est en fait qu'une variante de la théorie de l'adoption⁸, répond mieux que la théorie de la transformation aux besoins théoriques et pratiques de l'introduction des traités en droit interne. Tout comme la théorie de la transformation, cette théorie considère qu'un acte étatique est nécessaire pour conférer au traité force obligatoire en droit interne. Selon la *Vollzugstheorie*, cet acte laisse toutefois intacte la nature juridique du traité. Il ne fait qu'assurer l'application du traité en droit interne, sans en changer le domaine d'application, la raison d'être ou les destinataires. Le traité est ainsi appliqué dans l'ordre juridique interne à la suite d'un « ordre d'exécution », en tant que traité et non en tant que règle de droit interne. La différence principale par rapport à la théorie de la transformation réside dans le fait que l'ordre d'exécution du traité ne réalise pas la transformation du traité en règle de droit interne, effet que la théorie de la transformation postule.

A partir de 1955, des réserves ont été formulées à l'encontre de la théorie de la transformation et parallèlement la *Vollzugstheorie* a trouvé plus de partisans. Le fait qu'à partir de cette date, les lois d'autorisation des traités cessèrent d'être publiées dans le *Bundesgesetzblatt*, assorties de la formule « le traité sera publié avec force de loi »⁹, n'est pas étranger à cette mutation.

RUDOLF, W., *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967, qui traitant de la théorie dualiste et après avoir soumis l'ensemble du problème à un nouvel examen, donne la préférence à la théorie de la transformation. Bien entendu, les différences entre les théories modérées monistes et dualistes sont minimes. WAGNER, H., « Monismus und Dualismus : eine methodenkritische Betrachtung zum Therorienstreit », *ABR* 89 (1964), p. 212, essaie de prouver leur « équivalence logique et dogmatique ». Pour la critique de cet essai voir RUDOLF, W., *op. cit.*, pp. 144 et ss. Pour le dualisme voir aussi ZEMANEK, « Über das dualistische Denken », dans *Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für A. Verdross*, 1960, pp. 321 et ss.; etc.

⁷ *BVerfGE* 1, p. 372 (389); 1, p. 396 (410, 411); 4, p. 157; 6, p. 290 (294); 6, p. 309 (331-334).

⁸ Dans ce sens et pour sa critique voir RUDOLF, W., *op. cit.*, pp. 164 et ss. et les auteurs qu'il y cite.

⁹ BOEHMER, *Der Völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht*, 1965, p. 27.

Cette formule correspondait à la théorie de la transformation, comme d'ailleurs la Cour constitutionnelle l'a expressément reconnu dans l'un de ses premiers arrêts¹⁰. Ainsi ne préjugait-on plus d'une évolution future.

Une commission de la Société allemande pour le droit international a étudié le problème et présenté en 1963 un rapport¹¹ concluant que la théorie de la transformation, comme celle du *Vollzug*, sont conciliables avec les dispositions de la Constitution. Cependant, il serait préférable, *de lege ferenda*, de se décider clairement pour la *Vollzugstheorie*. En effet, sans incorporer les traités en droit interne comme dans la théorie de la transformation, la *Vollzugstheorie* met davantage en lumière certains aspects de la pratique des traités internationaux : notamment que la loi d'autorisation n'a d'effet que lorsque le traité entre en vigueur au point de vue international, ou que le traité qui cesse d'exister internationalement s'éteint également en droit interne. Une partie de la doctrine¹² s'est donc engagée dans cette voie.

L'auteur d'une monographie récente¹³ consacrée à ce problème, n'en renforce pas moins le courant fidèle à la théorie de la transformation. Nous n'insisterons cependant pas sur la controverse, car les deux théories confèrent au traité un rang identique dans la hiérarchie des formes de droit : celui d'une loi ordinaire¹⁴.

L'étude consacrée à l'introduction des traités en droit allemand englobera les aspects suivants : les pouvoirs du Président fédéral en matière de conclusion des traités (A); les traités et l'approbation parlementaire (B); les différentes fonctions de la loi d'approbation des traités (C); le contrôle de la constitutionnalité des traités (D); le contrôle de la constitutionnalité des traités européens (E).

¹⁰ *BVerfGE* 1, p. 396 (410, 411).

¹¹ PARTSCH, « Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationstheorie », Heft 6 der *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1964.

¹² En dehors des auteurs qui, avec des nuances, ont participé à la discussion du rapport précité : KAUFMANN, E., *op. cit.*, pp. 383 et ss.; MOSLER, *loc. cit.*; BOEHMER, *op. cit.*; SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 1965, note marginale pp. 408 et ss.; le même auteur, « Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law », *I.C.L.Q.*, 1963, pp. 88 et ss.; etc.

¹³ RUDOLF, W., *op. cit.*

¹⁴ Certains auteurs, dont OPHÜLS, « Das Problem der unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit (*self-executing*) von Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge und seine Anwendung auf die Gemeinschaftsverträge », *Bericht vor der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht*, 4, p. 17, et FURLER, « Grundfragen des europäischen Gemeinschaftsrechts », *NJW*, 1965, p. 1404, se rendant compte des conséquences désastreuses du système allemand à l'égard du droit communautaire, veulent assurer la priorité de ce dernier par d'autres moyens. A cet effet, ils combinent la *Vollzugstheorie* dite « faible » avec l'idée de transfert de compétences pour aboutir à une *Vollzugstheorie* dite « forte » (selon l'expression de Ophüls).

A. LES POUVOIRS DU PRESIDENT EN MATIERE DE CONCLUSION DES TRAITES

3. LES ORGANES PARTICIPANT AU *TREATY MAKING POWER*

Si le pouvoir de conclure des traités compte traditionnellement parmi les prérogatives de l'exécutif, il n'en est pas moins vrai que, par suite de la démocratisation de la vie publique¹⁵, nationale et internationale, ce pouvoir est tombé progressivement sous le contrôle du Parlement. Dans ce domaine, l'évolution moderne tend de plus en plus à remplacer le principe de la séparation des pouvoirs par celui de leur étroite collaboration. Très souvent le pouvoir de conclusion des traités est en fait l'expression d'un véritable pouvoir mixte.

En Allemagne¹⁶, le *treaty making power* requiert, au moins pour les traités les plus importants, le concours de l'exécutif et du Parlement. Le problème est réglé par des dispositions du droit positif. L'article 59 de la Constitution détermine la compétence des organes ainsi que la procédure à suivre en matière de conclusion des traités¹⁷. L'alinéa premier, deuxième phrase de l'article, confie au président de la Fédération le pouvoir de conclure des traités. C'est le principe. Sa signification véritable doit être appréciée à la lumière du deuxième alinéa du même article, qui précise que le concours des assemblées législatives fédérales est nécessaire pour les traités réglant les rapports politiques de la

Dans ce système, les règles du droit international conventionnel font toujours partie du droit international et non du droit interne. Les dispositions directement applicables du traité de la C.E.E. font partie d'un ordre juridique propre et n'ont pas besoin d'avoir un rang spécial en droit interne. Ces règles sont applicables en droit interne, mais ne peuvent être influencées par ce dernier. La Constitution nationale ne peut leur accorder une priorité ou leur prescrire un rang spécial.

¹⁵ CONSTANTINESCO, L., « Droit communautaire et droit constitutionnel néerlandais » (n° 6), à paraître en 1969 dans la *R.G.D.I.P.*

¹⁶ Pour la discussion théorique du problème en Allemagne : BAADE, « Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland », *Studien über den Einfluß der auswärtigen Beziehungen auf die innerstaatliche Verfassungsentwicklung*, Hamburg, 1962; MENZEL, « Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik », *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 12, 1954, p. 183.

¹⁷ En Allemagne, le pouvoir de conclure des traités est plus compliqué, du fait que l'art 32, al. 2, de la Constitution accorde aux *Länder*, dans la mesure de leur compétence législative et avec l'assentiment du gouvernement fédéral, le droit de conclure des traités avec les Etats étrangers. C'est là une disposition qui distingue le système allemand, qui prévoit un partage possible du pouvoir de conclure des traités, des autres systèmes fédéraux comme celui des Etats-Unis ou de l'Autriche, qui réservent le monopole de ce pouvoir à la Fédération. Cette disposition de la Constitution allemande pose plusieurs problèmes controversés. Cet aspect du problème concernant le *intergovernmental division of Powers* entre la Fédération et les *Länder*, sera laissé de côté.

Fédération ou portant sur des matières relevant de la législation fédérale. Ce concours des assemblées législatives prend la forme d'une loi fédérale.

4. LA CONCLUSION DES TRAITÉS PAR LE PRÉSIDENT DE LA FÉDÉRATION

Les termes de la deuxième phrase de l'article 59, alinéa 1^{er}¹⁸ sont inexacts¹⁹, du moins dans la mesure où le président de la Fédération ne conclut pas les traités, mais les ratifie.

La conclusion des traités comprend traditionnellement les négociations, la signature et le paraphe du traité. En ces matières, le président n'intervient ni seul ni directement. D'autres organes interviennent directement ou par la délégation qui leur est donnée par le président²⁰. En fait, le pouvoir de procéder à chacune de ces étapes de la procédure de conclusion des traités, a été largement délégué au gouvernement fédéral et au ministère des Affaires étrangères. Le règlement intérieur²¹ du gouvernement fédéral du 11 mai 1951 en a, sur plusieurs points, organisé la procédure.

Selon les dispositions du paragraphe 11 de ce règlement intérieur, les négociations en vue de la conclusion des traités ne peuvent avoir lieu qu'après autorisation du ministère des Affaires étrangères et seulement en coopération avec lui. Pour conduire des négociations et signer des traités dans le cadre d'une procédure solennelle, le ministère des Affaires étrangères doit obtenir un mandat spécial du président de la Fédération, conformément au paragraphe 77 du « Règlement intérieur commun aux ministères fédéraux »²².

Si le président de la Fédération participe peu, directement ou indirectement, aux diverses phases de la conclusion des traités, il conserve néanmoins le droit de ratifier les traités. Ce droit d'engager le pays par des traités n'est toutefois pas absolu, mais limité par les pouvoirs du Parlement qui, pour les traités les plus importants, élabore une loi autorisant le président à ratifier.

¹⁸ Le Président fédéral « conclut au nom de la Fédération les traités avec les Etats étrangers ».

¹⁹ VON MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, t. II, 2^e éd., 1964, art. 59, note III 4.

²⁰ Pour la procédure de conclusion voir SCHLOCHAUER, *Öffentliches Recht*, 1957, pp. 109 et ss.; MENZEL, dans *Kommentar zum Bonner Grundgesetz* (Bonner Kommentar), art. 59; VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art., 59, note III 3 d et ss.; MAUNZ in MAUNZ-DÜRIG, *op. cit.*, art. 59, notes marginales, 5-7, 11.

²¹ Geschäftsordnung der Bundesregierung du 11 mai 1951, *GMBL.*, p. 137.

²² Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil du 1^{er} août 1958 avec des modifications du 10 mars 1960 dans : LECHNER-HÜLSHOFF, *Parlament und Regierung, Textsammlung des Verfassungs-, Verfahrens- und Geschäftsordnungsrechts der Obersten Bundesorgane*, 2^e éd., 1958, pp. 399-442.

Par leur nature, en effet, les traités sont les instruments et l'expression d'une politique étrangère. Ils doivent donc être matériellement conformes aux directives fixant les grandes options de la politique étrangère de la République fédérale. Or l'élaboration de ces directives politiques relève de la compétence du Chancelier fédéral. Ainsi se trouve posé le problème de ses rapports avec le président de la Fédération dans l'élaboration de la politique étrangère.

Il est évident que le président doit avoir le droit d'être entendu et d'exprimer son point de vue lors de l'élaboration de ces directives²³. Cela suppose une certaine collaboration et permet au président d'exercer, par ce biais, une certaine influence sur la politique extérieure. En réalité, cette collaboration n'implique nullement un partage de compétences, voire une obligation pour le Chancelier fédéral de n'élaborer ces directives qu'en accord avec le président, comme certains auteurs ont pu le soutenir²⁴. Dans cette matière, le droit du Chancelier fédéral est prépondérant et certain. Les pouvoirs du président en sont d'autant limités, car ils lui interdisent une politique étrangère propre ou la possibilité de conclure des traités contraires à ces directives²⁵.

Le président de la Fédération semble donc être davantage le titulaire que le détenteur du pouvoir de conclure des traités. Cela ressort non seulement de ce que les négociations sont conduites en son nom et décidées par d'autres organes de l'exécutif, mais aussi et surtout de ce que les traités les plus importants ont besoin de l'approbation parlementaire. Cependant, le droit du président demeure en cette matière très important, tant que c'est lui qui conserve le droit exclusif de ratifier un traité approuvé par le Parlement.

B. LES TRAITÉS ET L'APPROBATION PARLEMENTAIRE

5. L'APPROBATION DES TRAITÉS PAR LE PARLEMENT

Bien qu'indispensable, le concours du président de la Fédération ne suffit pas. Les traités les plus importants doivent en outre recevoir l'approbation du Parlement. Cette exigence répond en Allemagne à une double nécessité : assurer la démocratisation des relations internationales en soumettant les traités au contrôle du Parlement qui seul autorise le président à les ratifier; introduire les traités en droit interne en leur donnant une assise légale, conforme à la

²³ SCHLOCHAUER, *op. cit.*, p. 63; GIESE, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*, Frankfurt, 1955, 4^e éd., p. 111.

²⁴ NAWIASKY, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Systematische Darstellung und kritische Würdigung*, 1950, pp. 107 et ss.

²⁵ MAUNZ dans MAUNZ-DÜRIG, *op. cit.*, art. 59, note marginale n° 5; VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art. 59 note III, 3 et ss.

conception dualiste. Seule une loi interne peut transformer le droit international conventionnel en droit interne. De là le double rôle de la loi d'approbation, comme nous le verrons.

Cependant la Constitution allemande ne soumet pas tout traité à l'approbation parlementaire. Il est évident, que pour les accords de nature administrative ou technique, dont le nombre ne cesse d'augmenter, l'approbation parlementaire n'est ni appropriée ni indispensable. Sans parler des accords en forme simplifiée, la Constitution allemande introduit la distinction devenue classique (et que la Constitution de Weimar ne connaissait pas) entre accords administratifs et traités internationaux proprement dits. Les premiers se distinguent des seconds précisément en ce qu'ils n'ont pas besoin d'approbation parlementaire et peuvent être conclus sans mandat spécial du président de la Fédération.

6. LES TRAITÉS NE NECESSITANT PAS L'APPROBATION PARLEMENTAIRE : LES ACCORDS ADMINISTRATIFS

Bien que cette distinction ait des conséquences juridiques très importantes, la Constitution ne donne aucune précision et ne fournit aucun critère pour identifier les accords administratifs. La différence procédurale faite par l'article 59, alinéa 2, entre les traités nécessitant une approbation parlementaire et les accords administratifs susceptibles d'être conclus sans approbation parlementaire, serait d'application aisée, si la Constitution ou la doctrine énonçaient des critères certains pour distinguer les deux notions. Mais le droit allemand, comme tant d'autres, n'a pas réussi à dégager de tels critères. D'abord parce que les accords administratifs eux-mêmes sont des traités au sens large du terme : leur mise en opposition dans l'article 59, alinéa 2 est une conséquence et non une cause de leur différence qualitative. Ensuite, parce que la désignation, purement formelle, d'un acte comme traité ou accord administratif ne permet pas de déterminer leur véritable nature juridique²⁶.

Aussi, certains auteurs essaient-ils de déduire ces critères de la différence matérielle entre la loi et le règlement administratif. Le traité serait toujours nécessaire, lorsqu'il s'agit d'imposer des droits ou des obligations aux particuliers, ce qui, en droit allemand, suppose une loi. En dehors de ces hypothèses, on pourrait recourir aux accords administratifs²⁷. D'autres s'en tiennent cependant à des distinctions formelles, selon lesquelles le traité est conclu par le président de la Fédération, tandis que l'accord administratif est conclu par le gouvernement

²⁶ GREWE, « Verwaltungsabkommen », *AöR* 77 (1951/52), pp. 371 et ss.; HAAS, « Abschluß und Ratifikation internationaler Verträge », *AöR* 78, 1952/53, p. 388.

²⁷ HAAS, *loc. cit.*; MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, p. 206; GREWE, « Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik », *VVD StRL* 12, 1954, pp. 154 et ss., etc...

ou par un ministère²⁸. Pour d'autres enfin le traité obligerait l'Etat dans la totalité de ses compétences souveraines, alors que les accords administratifs n'obligeraient que l'administration²⁹.

Ces essais infructueux expliquent qu'une partie de la doctrine se résigne à considérer comme accords administratifs au sens de l'article 59, alinéa 2, deuxième phrase, tout traité qui ne tombe pas sous les dispositions de la première phrase des mêmes article et alinéa, ce qui ramène au point de départ³⁰.

Une certaine clarification a cependant été apportée par le paragraphe 77 de la partie spéciale du « Règlement intérieur commun aux ministères fédéraux », qui distingue deux catégories parmi les accords administratifs : les accords gouvernementaux (*Regierungsabkommen*) qui ne sont pas des *intergovernmental agreements*, mais des accords à la conclusion desquels participent plusieurs ministères fédéraux; et les accords ministériels (*Ressortabkommen*) à la conclusion desquels participe le seul ministère intéressé.

Fait en principe l'objet d'un accord administratif, tout ce qu'une autorité administrative peut régler par voie de dispositions administratives. Il n'est donc pas certain que les accords administratifs doivent être ratifiés. La pratique de la R.F.A. n'est d'ailleurs pas fixée sur ce point. En pratique, le problème ne revêt guère d'importance, vu que de toute façon, le président de la Fédération a seul le droit de représenter la République à l'extérieur, et l'exigence de la ratification se trouve quelque peu remplacée par le mandat qu'il donne à un des organes de procéder à la conclusion des accords³¹. De même les accords administratifs ne doivent pas nécessairement satisfaire aux formes de publication prévues pour les traités. Il suffit de les porter à la connaissance de ceux qui, par leur fonction, auront à connaître de pareils accords³².

7. LES TRAITES NECESSITANT APPROBATION PARLEMENTAIRE

Le système allemand réserve donc la nécessité d'une autorisation parlementaire aux traités les plus importants. Selon l'article 59, alinéa 2 de la Constitution³³,

²⁸ MOSLER, « Die Auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland », dans *Festschrift für Carl Bilfinger*, 1954, p. 265; ERLER, *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts*, p. 171; etc.

²⁹ SCHNEIDER, H., « Verträge zwischen Gliedstaaten im Bund, VVDStRL », p. 19, 1961, pp. 8 et ss. Pour la critique voir RUDOLF, W., *op. cit.*, p. 221.

³⁰ VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art. 59, note V, 2b et les auteurs qu'il y cite.

³¹ HAAS, *op. cit.*, pp. 385 et ss.

³² Pour ce qui est de la transformation des accords administratifs, voir RUDOLF, W., *op. cit.*, pp. 222 et ss.

³³ « Les traités qui règlent les relations politiques de la Fédération ou qui se rapportent à des matières relevant de la législation fédérale requièrent l'agrément ou le concours des Assemblées législatives fédérales compétentes selon les cas, sous forme de lois fédérales. »

l'autorisation des organes législatifs, compétents pour l'élaboration des lois fédérales, est nécessaire pour l'introduction de deux catégories de traités dans l'ordre juridique allemand. La première est celle des traités réglant les relations politiques de la Fédération. La deuxième est la catégorie des traités concernant les matières relevant de la législation fédérale. La Constitution semble avoir choisi volontairement des formules susceptibles de laisser le champ libre à l'interprétation et par là de faire face aux besoins changeants de la vie internationale.

8. LES TRAITES REGLANT LES RELATIONS POLITIQUES
DE LA FEDERATION
(LA PREMIERE HYPOTHESE DE L'ARTICLE 59, ALINEA 2)

La première catégorie qui, selon les dispositions de l'article 59, alinéa 2, exige l'approbation parlementaire concerne « les traités qui règlent les relations politiques de la Fédération ».

La formule est assez vague. La Cour constitutionnelle a eu cependant l'occasion de la préciser par une analyse approfondie qui a détruit une bonne part des spéculations doctrinales.

Selon la Cour,

« ... un traité ne devient pas politique dans le sens de l'article 59, alinéa 2 de la Constitution, simplement parce qu'il s'occupe généralement des affaires publiques, du bien général ou des affaires de l'Etat. Si tel était le cas, tout traité serait politique, ce qui enlèverait tout sens à la limitation prévue par l'article 59, alinéa 2. Bien plus, à cela doit s'ajouter le fait que le même traité doit toucher à l'existence de l'Etat, à son intégrité territoriale, à son indépendance, à sa position ou à son poids normal dans la communauté des Etats »³⁴.

Un traité ne « règle » les relations de la Fédération, que lorsque par son but ou par son contenu il tend à cela. « Un traité doit contenir ou viser lui-même à régler les relations politiques par rapport à d'autres Etats et ne pas avoir sur ces relations seulement une influence secondaire ou même involontaire ou inattendue »³⁵.

C'est pour cela que les traités économiques *stricto sensu*, les traités de commerce ou des traités techniques, peuvent être entendus comme des traités politiques au sens de l'article 59, alinéa 2. Ainsi la réponse sera-t-elle donnée dans chaque cas spécial, après analyse effectuée à la lumière des critères établis par la Cour constitutionnelle. La doctrine est dans sa grande majorité en accord avec ces critères³⁶.

³⁴ BVerfGE, 2, p. 371.

³⁵ BVerfGE, 1, p. 382.

³⁶ BERNHARDT, *Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat*, 1957, p. 190; VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art. 59, note IV 1b; MAUNZ, *op. cit.*, p. 289; MAUNZ-DÜRIG, *op. cit.*, art. 59, note marginale, n° 14, etc.

9. LES TRAITÉS SE RAPPORTANT A DES MATIÈRES RELEVANT
DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE
(DEUXIÈME TERME DE L'ALTERNATIVE DE L'ARTICLE 59, ALINEA 2)

L'article 59, alinéa 2, de la Constitution exige l'approbation parlementaire également pour une deuxième catégorie de traités, ceux qui se rapportent à des matières relevant de la législation fédérale.

Comment doit-on comprendre cette notion ? Quelles sont ces matières, très controversées d'ailleurs ? Là encore, l'interprétation a été précisée par la Cour constitutionnelle dans le même arrêt³⁷.

Selon la Cour, la réponse ne doit pas être trouvée dans les articles 73 à 75 et 105 de la Constitution, qui précisent les matières sur lesquelles porte la compétence législative, exclusive ou concurrente, de la Fédération. La réponse devra être donnée dans chaque cas concret, après examen de la question de savoir si la mise en œuvre du traité exige la coopération des organes législatifs. Cette précision devient plus claire, si l'on pense aux relations entre l'exécutif et le législatif et au fait que les traités, œuvres de l'exécutif, produisent leurs effets en droit interne, donc dans des domaines régis, en règle générale, par le législatif. C'est notamment le cas, lorsque pour « la conclusion du traité, la Fédération assume des obligations, dont l'exécution n'est possible que par l'élaboration d'une loi fédérale ».

Ainsi précisée, la portée et la *ratio legis* de l'article 59 deviennent plus claires. La disposition vise à rétablir, entre l'exécutif et le législatif, l'équilibre que la prépondérance du premier dans la conclusion des traités tend à rompre. L'idée de base est que l'exécutif ne doit pas assurer des obligations internationales, sans la coopération du législatif, toutes les fois que le pouvoir exécutif ne peut remplir ces obligations sans le concours des organes parlementaires. La règle édictée par l'article 59, alinéa 2 pour la deuxième catégorie de traités, permet également d'éviter que des traités puissent être appliqués en droit interne faute d'approbation parlementaire, ou que les compétences constitutionnelles soient méconnues par l'exécutif lors de la conclusion des traités. Cette opinion est maintenant partagée par la majorité de la doctrine³⁸.

Quant à savoir quels organes parlementaires doivent intervenir, ceci dépend de la nature des traités et de la structure fédérale de l'Etat. Il est évident que

³⁷ *BVerfGE*, 1, p. 388.

³⁸ MAUNZ, *op. cit.*, p. 290; MAUNZ-DÜRIG, *op. cit.*, art. 59, note marginale n° 17; HAAS, *op. cit.*, pp. 383 et ss.; ZACHER, « Ratifizierungsgesetz und Normenkontrolle », *DVBf*, 1955, p. 651; MEYER-LINDENBERG, « Zum Begriff der Verträge, die sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen » (Art. 59, Abs. 2, Satz 1 GG), *Festschrift Jahrreiss* (1964), pp. 269 et ss.; RUDOLF, W. *op. cit.*, pp. 192 et ss.; Voir cependant la très vive critique de VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art. 59, note IV 2c.

pour les traités qui affectent la compétence législative ou les intérêts importants des *Länder*, le concours du Conseil fédéral (*Bundesrat*) est nécessaire. C'est ce qui explique la formule de l'article 59, alinéa 2 : « L'approbation ou le concours des assemblées législatives fédérales *compétentes selon le cas...* »

Le problème, relativement clair pour les traités portant sur des matières relevant des lois fédérales, est plus discuté dans l'hypothèse où l'exécution d'un traité exige seulement une *Rechtsverordnung* qui peut être établie sans le concours des organes parlementaires³⁹.

C. LES FONCTIONS DE LA LOI D'AUTORISATION

10. LA LOI D'AUTORISATION DE RATIFICATION DES TRAITES. PRECISIONS TERMINOLOGIQUES

Selon les dispositions de l'article 59, alinéa 2, « l'approbation ou le concours des assemblées législatives compétentes selon le cas » prennent « la forme des lois fédérales ». Le débat n'a pas tardé à s'engager pour savoir si l'acte législatif approuvant les traités a seulement « la forme d'une loi » ou bien s'il constitue un acte législatif au plein sens du terme. Des auteurs n'ont pas manqué d'affirmer que l'autorisation n'est pas un acte législatif, mais un acte gouvernemental à forme législative, car le Parlement n'exerce pas une fonction législative, mais contrôle simplement le pouvoir exécutif⁴⁰. La majorité des auteurs voient cependant dans la loi d'autorisation un acte matériellement législatif. Toutefois, doctrine et jurisprudence hésitent encore sur son caractère exact et reconnaissent en elle une loi « d'une nature spéciale », comme l'indique la Cour constitutionnelle⁴¹.

Cette incertitude, quant à la nature exacte de cette loi, se traduit dans la terminologie et apparaît dans les fonctions qu'elle remplit. Les termes par lesquels les auteurs, comme la jurisprudence et la Cour constitutionnelle, désignent cette loi sont divers et quelquefois contradictoires. Mettant l'accent sur l'un ou l'autre de ces aspects ou fonctions, ils parlent de « loi d'autorisation » (*Zustimmungsgesetz*), « loi de transformation » (*Transformationsgesetz*), « loi d'autorisation et de transformation » (*Zustimmungs- und Transformationsgesetz*), « loi parlementaire d'approbation » (*parlamentarisches Zustimmungsgesetz*).

³⁹ Pour la discussion voir notamment MEYER-LINDENBERG, *op. cit.*, pp. 275 et ss; et les autres auteurs qu'il cite et RUDOLF, W., *op. cit.*, pp. 195 et ss.

⁴⁰ BACKSMANN, « Über die staatsrechtliche Ermächtigung zum Abschluß zwischenstaatlicher Vereinbarungen. Ein Beitrag zu Art. 59 Abs. 2 GG », *DVBl*, 1956, pp. 317 et ss; BÖNING, « Abschlußkompetenz und Transformationskompetenz », *DÖV*, 1957, pp. 819 et ss, etc.

⁴¹ *BVerfGE* 1, p. 396 (410) = *NJW*, 1952, p. 1209 avec note de la rédaction.

gesetz), « loi du traité » (*Vertragsgesetz*), « loi de ratification » (*Ratifikationsgesetz*), etc.⁴².

11. LES FONCTIONS DE LA LOI D'AUTORISATION

Ces hésitations terminologiques proviennent de ce que les lois d'autorisation remplissent en réalité une double fonction juridique. La première, c'est de donner au président de la Fédération l'autorisation de ratifier les traités. La seconde, c'est de transformer les dispositions du traité en dispositions de droit interne.

a) *L'autorisation de ratifier.*

Le but de la loi d'autorisation est en premier lieu d'éviter que le président n'engage la République fédérale allemande, par des traités qui, par la suite, ne seraient pas approuvés par le Parlement. Les lois d'autorisation ont ainsi une signification politique et démocratique : assurer le contrôle parlementaire et le respect de la Constitution. Elles ont une signification juridique, car elles autorisent le président à engager les *Länder* en concluant le traité. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁴³ et la quasi-unanimité de la doctrine le soulignent⁴⁴.

La ratification ne doit intervenir qu'après promulgation et entrée en vigueur de la loi d'approbation⁴⁵, dont le but est précisément d'autoriser le président de la Fédération à ratifier le traité, sans cependant lui en imposer l'obligation. Toute ratification antérieure à la loi d'autorisation porterait ainsi atteinte à la Constitution⁴⁶. Le jour où le traité entre en vigueur, en droit international et

⁴² En employant le terme de « loi d'autorisation » ou « d'approbation » des traités, j'entends la même signification.

⁴³ *BVerfGE*, 1, p. 410; 6, p. 294.

⁴⁴ SCHLOCHAUER, *op. cit.*, pp. 111 et ss.; MAUNZ, *op. cit.*, p. 289; dans MAUNZ-DÜRIG, *op. cit.*, art. 59, note marginale n° 22; BERNHARDT, *op. cit.*, p. 135; ZACHER, *op. cit.*, p. 651; MOSLER, *op. cit.*, p. 18; MÜNCH, « Entscheidungen nationaler Gerichte in völkerrechtliche Fragen, Deutsche Rechtsprechung 1951-1957 », *ZaöRV* 20 (1959/60), pp. 229 et ss., etc. Voir cependant la thèse de KAUFMANN, E., *Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek* (1955), pp. 446 et ss, et la critique de VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art. 59, note IV, 7a et de RUDOLF, W., *op. cit.*, pp. 201 et ss.

⁴⁵ VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art. 59, note IV 7d; RUDOLF, W., *op. cit.*, p. 204.

⁴⁶ PARTSCH, *op. cit.*, p. 89; RUDOLF, W., *op. cit.*, p. 202. Pour le problème de savoir si les traités conclus en violation de la Constitution peuvent être considérés comme valablement conclus, voir notamment : GECK, *Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge. Zugleich ein Beitrag zum Vertragsschluß im Verfassungsrecht der Staatenwelt*, Köln, Berlin, 1963 et HAURI, *Die Verfassungsmäßigkeit der Staatsverträge. Über die inhaltliche Bindung der vertragsschließenden Gewalt an die Verfassung*, Bern, 1962.

en droit interne, sera précisé par le ministère des Affaires étrangères par la publication dans le *Bundesgesetzblatt*⁴⁷.

b) *La transformation.*

La seconde fonction de la loi d'autorisation est de transformer le traité en droit interne. Cet effet de transformation, qui consacre la théorie dualiste est, malgré le silence du texte, adopté de façon expresse par la jurisprudence allemande. Déjà dans un arrêt de 1952, la Cour constitutionnelle⁴⁸ a souligné la double fonction de la loi d'autorisation : autorisation de ratification et transformation des traités en droit interne, puisque la loi accorde aux dispositions du traité la validité propre aux normes du droit allemand.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est constante sur ce point⁴⁹. Dans un arrêt du 21 mars 1957, la Cour a affirmé :

« La signification juridique de telles lois (d'autorisation) ne réside pas uniquement dans le fait que la réalisation (*Zustandekommen*) constitutionnelle des traités dépend de leur promulgation. Elles transforment en même temps le contenu du traité international en droit interne, dans la mesure où il comporte des obligations vis-à-vis des organes étatiques ainsi qu'à l'égard des citoyens, au cas où il concerne leur comportement juridique. Au-delà de l'autorisation (de ratifier) le traité, peuvent être fondés dans le cadre de la même loi, comme c'est le cas ici, des droits et des obligations directement à la charge des particuliers. »

La position de la Cour constitutionnelle concernant l'effet de transformation de la loi d'autorisation, conséquence de la conception dualiste, est trop claire pour qu'il soit nécessaire d'insister.

Le *Bundesgerichtshof* se fonde sur la même conception. Selon lui, les traités ne peuvent produire que des obligations et des droits entre Etats signataires. Pour être valables en droit interne et y produire des effets en tant qu'ils fondent des droits et obligations relatifs à des particuliers, les traités ont besoin d'un acte législatif interne. En cela, et dans la mesure où il considère les traités, après ratification, comme « du droit interne », le *Bundesgerichtshof* suit la conception dualiste⁵⁰. Il n'est dès lors pas étonnant que l'opinion de la grande majorité des auteurs, bien qu'avec de nombreuses différences de détails, aille dans le même sens⁵¹.

⁴⁷ *BVerfGE*, 1, p. 411.

⁴⁸ *BVerfGE*, 1, p. 396 (410).

⁴⁹ *BVerfGE*, 1, p. 396; 6, p. 290 (294); 6, p. 309 (332, 334, 346-347).

⁵⁰ Notamment 31.1.1955, *BGHZ*, 16, p. 207 (208-209; 211-222); 24.5.1955, *BGHZ*, 17, p. 309 (313-314); 14.12.1955, *BGHZ*, 19, p. 258 (263); 19.12.1957, *BGHZ*, 26, p. 200 (201).

⁵¹ HAAS, *op. cit.*, p. 385; GREWE, *op. cit.*, p. 135; BERNHARDT, *op. cit.*, p. 135; SCHLOCHAUER, *op. cit.*, p. 111; BÖNING, *op. cit.*, p. 820; FIGORSCH, *op. cit.*, p. 84; MAUNZ dans MAUNZ-DÜRIG, *op. cit.*, art. 59, note marginale n° 25; RUDOLF, W., *op. cit.*, pp. 205 et ss.; avec des nuances VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, art. 59, note IV 7c; etc.

Les différences de nuances se transforment en différences de nature avec la *Vollzugstheorie* qui refuse à la loi d'autorisation tout effet de transformation. Selon cette théorie, l'effet de la loi d'autorisation est de donner un ordre d'exécution permettant l'application du traité en droit interne⁵².

12. NATURE DE LA LOI D'AUTORISATION ET DISPOSITIONS *SELF-EXECUTING*

La loi d'autorisation est une loi au sens matériel du terme.

En effet, dans une conception qui, partant de la structure interétatique de la communauté internationale, considère le droit international comme une catégorie complètement distincte du droit interne, c'est par l'intermédiaire de l'Etat que le droit international peut atteindre les sujets d'un ordre juridique, en leur conférant des droits ou en leur créant des obligations : c'est l'Etat qui, en transformant le traité, établit des règles de droit applicables dans la sphère de son ordre juridique interne. Ainsi la loi d'autorisation transforme-t-elle le traité, en changeant la nature de ses dispositions, et en établissant la base juridique pour l'introduction des normes du droit international en droit interne. Cela explique aussi la formule « le traité... est approuvé... le traité sera publié avec force de loi », formule que revêtaient les lois d'autorisation jusqu'en 1953⁵³. Elle pourrait néanmoins prêter à confusion dans la mesure où elle donne l'impression que la loi d'autorisation donne « force de loi » en droit interne à toutes les dispositions du traité. En réalité, les traités qui règlent les rapports politiques de la Fédération et les dispositions qui, pour devenir applicables en droit interne, ont besoin d'un acte d'exécution, ne peuvent obtenir force de loi, (et être transformés en droit interne) par la seule loi d'autorisation. Seules les dispositions directement applicables, *self-executing*, peuvent être transformées par la loi d'autorisation, et deviennent sources de droit interne, imposant directement aux particuliers des obligations ou leur accordant directement des droits⁵⁴. La démarcation entre les dispositions *self-executing* et les autres n'est pas toujours aisée : d'une part, des dispositions peuvent produire des effets en

⁵² Voir notamment PARTSCH, *op. cit.*, pp. 20 et ss.; KAUFMANN, E., dans *Mélanges Gidel*, pp. 383 et ss.; BERNHARDT, « Konflikte zwischen dem nationalen Recht und völkerrechtlichen Verträgen », *Deutsche Landesreferate zum VIII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966* (1967), p. 417; BOEHMER, *op. cit.*, p. 46; SEIDL-HOHENVELDERN, *loc. cit.*,

⁵³ Incertaines jusqu'en 1955, la pratique et la formule ont été modifiées après, sans que cela implique un changement des effets juridiques de la loi d'autorisation. Voir RUDOLF, W., *op. cit.*, pp. 205 et ss.

⁵⁴ Notamment RUDOLF, W., *op. cit.*, p. 207 et les auteurs qu'il cite à la note 97. Pour la pratique des tribunaux dans la matière, voir les arrêts cités p. 208, note 101.

droit interne, sans être pour cela *self-executing*; de l'autre, des dispositions *self-executing* peuvent ne pas s'adresser aux particuliers⁵⁵.

Un autre problème mérite d'être signalé. Il concerne le moment à partir duquel la loi d'autorisation produit des effets en droit interne, en y introduisant le droit international conventionnel. En effet, la date de l'entrée en vigueur de la loi d'autorisation ne coïncide pas avec celle de l'entrée en vigueur du traité. La première entre en vigueur en règle générale le jour de sa publication⁵⁶. Sauf exception, il est probable qu'à ce moment le traité n'est pas encore en vigueur. Pour cette raison les lois d'autorisation prévoient généralement de façon expresse que la date de l'entrée en vigueur du traité sera publiée dans le *Bundesgesetzblatt*. En principe, le contenu d'un traité ne peut devenir droit interne avant la ratification qui, elle, ne peut intervenir qu'après la loi d'autorisation⁵⁷.

D. LE CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES TRAITES

13. POSITION DE LA QUESTION ET PLAN

L'introduction des traités dans un ordre juridique interne pose non seulement le problème de la forme et de la modalité de l'introduction, mais aussi un problème de fond : celui de la compatibilité du traité avec les structures fondamentales de cet ordre juridique, c'est-à-dire avec sa Constitution. Examiner la constitutionnalité d'un traité est une précaution normale qui permet d'assurer, d'une part, la primauté et l'inviolabilité de la Constitution, de l'autre, la sécurité juridique qui doit garantir l'existence d'un traité introduit dans l'ordre juridique interne.

Il est donc normal que le contrôle de la constitutionnalité du traité soit effectué avant l'introduction du traité dans l'ordre juridique interne. Il est tout aussi naturel que ce contrôle, une fois effectué, soit définitif, et qu'on ne puisse pas à tout moment remettre en cause un traité, par un contrôle renouvelé de sa constitutionnalité. Seul un contrôle définitif est à même d'assurer la sécurité, indispensable à la vie internationale. Il est donc important de savoir, quelle autorité est en droit de l'exercer, à quel moment, de quelle manière et surtout avec quels effets juridiques.

⁵⁵ Exemple; art. 177 du traité C.E.E.

⁵⁶ Voy. § 29 a. 3 du Règlement intérieur commun des ministères fédéraux (Partie spéciale).

⁵⁷ Pour la discussion dans la doctrine, voir RUDOLF, W., *op. cit.*, p. 209 et les auteurs qu'il cite.

La solution du système allemand en la matière cumule les inconvénients de deux conceptions différentes : ceux de la conception dualiste qui identifie les traités au droit interne dès la mise en vigueur de la loi d'introduction; et ceux qui naissent de la possibilité pour la loi, en tant que telle, d'être soumise, à tout moment, à un contrôle de constitutionnalité susceptible de revêtir différentes formes. Il en résulte que les traités peuvent être soumis à plusieurs formes de contrôle, exercées par des organes divers, à différents stades, mais dont aucune n'est définitive. Cette possibilité de remettre en jeu, à tout moment, l'existence des traités par le biais du contrôle de constitutionnalité de la loi d'introduction, est la principale source des difficultés pratiques, en ce qui concerne la sécurité des traités.

Dans la République fédérale allemande, les traités peuvent être soumis à six formes de contrôle, qui peuvent être groupées en deux catégories.

La première comprend les contrôles qui peuvent être exercés avant la ratification, par le Parlement, par la Cour constitutionnelle fédérale et par le président de la République.

La seconde catégorie comprend le contrôle exercé sur la loi d'introduction après la ratification. Ce contrôle peut revêtir trois formes différentes : le contrôle abstrait de constitutionnalité, le contrôle concret de constitutionnalité et le recours en constitutionnalité.

14. CONTROLE PAR LE PARLEMENT

Selon l'article 29, alinéa 2, l'introduction des traités dans l'ordre juridique allemand s'opère par une loi d'autorisation, élaborée dans le cadre de la procédure parlementaire. Cette procédure peut donner lieu à un contrôle qui porte non seulement sur l'opportunité politique des traités et sur leurs dispositions juridiques, mais aussi sur leur compatibilité constitutionnelle. Ce contrôle et la discussion parlementaire, étant réels et non formels, peuvent aboutir à un contrôle de constitutionnalité d'autant plus justifié, lorsqu'il porte sur des traités transférant des droits souverains et ayant nécessairement des implications constitutionnelles. En effet, la Constitution est en principe supérieure aux traités, et ceux-ci, comme les lois, doivent être en accord avec elle⁵⁸. Il est donc évident que le Parlement peut soumettre les traités à un contrôle de constitutionnalité et qu'il a le pouvoir de refuser l'autorisation d'introduction d'un traité pour incompatibilité avec la Constitution.

⁵⁸ *BVerfGE*, 4, pp. 157 et 169 et la majorité des auteurs.

15. CONTROLE PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE FEDERALE

Le contrôle politique et parlementaire peut être doublé d'un contrôle juridique exercé par la Cour constitutionnelle fédérale et portant plus spécialement sur la constitutionnalité du traité.

La compétence de la Cour constitutionnelle fédérale, organe dont la mission est de veiller au respect de la Constitution et d'annuler toute loi contraire à celle-ci, s'explique en cette matière par la conception dualiste et par la théorie de la transformation.

En effet, le contrôle de la Cour constitutionnelle ne s'exerce pas sur les traités en tant que tels, mais sur les lois d'autorisation qui sont considérées comme des lois internes tombant nécessairement sous la compétence de la Cour constitutionnelle⁵⁹.

Le raisonnement et les résultats pratiques sont cependant les mêmes dans la *Vollzugstheorie*⁶⁰. Ainsi, le traité de la C.E.E., comme les autres traités européens, peut être soumis au contrôle de constitutionnalité, portant non pas sur le traité international en tant que tel, mais sur la loi interne l'ayant approuvé⁶¹.

C'est l'article 93, alinéa 2 de la Constitution allemande qui pose le principe et définit les modalités de cet *abstrakten Normenkontrolle*. La Cour constitutionnelle fédérale est habilitée à statuer en cas de « divergence d'opinion ou de doute » portant sur la « compatibilité formelle et matérielle », « soit du droit fédéral ou du droit des *Länder* avec la Constitution ». La mise en œuvre du contrôle appartient en ce cas au gouvernement fédéral, au gouvernement d'un *Land* ou au tiers des membres de la Diète fédérale. Comme l'article 59, alinéa 2 exige que les traités qui vont être introduits dans l'ordre juridique allemand revêtent la forme de lois, c'est par ce biais que les traités sont soumis à ce contrôle.

La Cour constitutionnelle, dans une jurisprudence abondante⁶², a donné

⁵⁹ BERNHARD, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁰ BERNHARD, *loc. cit.*; BOEHMER, *op. cit.*, p. 73. Voir aussi KAUFMANN, E., « Normenkontrolle und völkerrechtlicher Vertrag », *Gedächtnisschrift Walter Jellinek* (1955), pp. 445 et ss.

⁶¹ C'est l'opinion dominante. Com. aussi SCHRÖCKER, *DVBl*, 1958, p. 457; KÜCHENHOFF, *DÖV* 1963, p. 169; EHLE, *NJW* 1964, p. 321. La Cour constitutionnelle s'est prononcée à plusieurs reprises sur la constitutionnalité de pareilles lois (concernant d'autres traités que les traités instituant les Communautés européennes). Ainsi *BVerfGE* 1, p. 396 (410); 4, p. 157 (162) (contrôle abstrait); *BVerfGE* 12, p. 281 (288) (contrôle concret).

⁶² *BVerfGE* 1, p. 396, p. 410; *BVerfGE* 4, p. 162.

largement⁶³ à la suite d'actions portant sur la constitutionnalité des lois autorisant les traités. Elle a reconnu que la notion de droit fédéral (*Bundesrecht*), au sens de l'article 93, article 2, englobe les lois d'autorisation des traités.

On notera cependant que les termes de l'article 93, alinéa 2, qui consacrent le contrôle de la constitutionnalité des lois, se réfèrent expressément aux lois. En effet, « les divergences d'opinion », ou « les doutes » doivent porter sur la compatibilité du droit fédéral (*Bundesrecht*), donc des lois fédérales, avec la Constitution.

Or le droit fédéral (*Bundesrecht*), sous la forme de la loi fédérale, n'existe qu'au moment où la procédure législative est close, c'est-à-dire après la publication du texte. Si l'on s'en tient au texte, cela signifierait que la Cour constitutionnelle ne pourrait jamais exercer ce contrôle avant la ratification des traités, au moment où ce contrôle est le plus opportun.

C'est pour cette raison que la Cour constitutionnelle a modifié ce principe afin de permettre un pareil contrôle avant la ratification des lois autorisant les traités⁶⁴. Elle a précisé⁶⁵ que les lois d'autorisation des traités non seulement autorisent le président de la République à conclure les traités, mais également transforment leur contenu en droit interne, dans la mesure où il s'agit de droit transformable.

A cet effet la jurisprudence permet aux organes compétents de mettre en œuvre ce contrôle par voie de requête, introduite *avant* la loi d'autorisation et pendant la procédure d'autorisation parlementaire des traités. Cette innovation de nature jurisprudentielle, réalisée *contra legem*, a permis l'exercice du contrôle de constitutionnalité au moment opportun, donc avant la ratification des traités et pendant la procédure d'élaboration parlementaire des lois d'autorisation. Si ce contrôle préalable aboutissait à établir qu'un traité est incompatible avec la Constitution, la procédure parlementaire devrait être suspendue jusqu'à ce que la constitutionnalité se trouve rétablie soit par un amendement au traité, soit par une révision de la Constitution.

⁶³ Des voix n'ont pas manqué pour faire des réserves concernant cette tendance de la Cour constitutionnelle. Ainsi selon ZACHER, *op. cit.*, DVBl 1955, pp. 696 et ss. et pp. 699 et ss., une loi autorisant un traité ne devrait être soumise au contrôle abstrait que lorsqu'elle contient du droit directement applicable. La loi d'autorisation ne serait une loi dans le sens matériel du terme, que dans ce cas, car seulement dans cette hypothèse elle constituerait du droit fédéral, dans le sens de l'art. 93, al. 1 de la Constitution. Autrement, il s'agirait d'une loi dans le sens formel du terme, qui, de ce fait, ne devrait pas être soumise à l'*Abstrakten Normenkontrolle*.

⁶⁴ BVerfGE 1, p. 396 (310, 314); voir aussi PARTSCH, *op. cit.*, p. 47; LEIBHOLZ et RINCK, *Grundgesetz*, Köln, 1966, art. 93, note 3; WINTRICH et LECHNER, « Die Verfassungsverfassungsgerichtsbarkeit » dans Bettermann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte* (3 volumes, deuxième partie 1959), p. 643 et ss. Voir aussi l'opinion divergente de GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (1962), § 76, note 5.

⁶⁵ BVerfGE 1, p. 396 (410-414).

Ce contrôle peut être exercé avant comme après⁶⁶ la publication de la loi d'autorisation. Bien entendu, il est très probable que le contrôle *a posteriori* aboutira aux mêmes résultats que le contrôle *a priori*. En effet, si, à la suite du contrôle exercé avant la loi d'autorisation, la Cour constitutionnelle conclut à la compatibilité du traité avec la Constitution, elle maintiendra ses conclusions lors d'un contrôle de constitutionnalité abstraite exercé postérieurement sur la loi d'autorisation. Dans cette hypothèse, il s'agit de deux contrôles de même nature, exercés sur la même loi à deux époques différentes.

16. CONTROLE PAR LE PRESIDENT FEDERAL

Il faut enfin mentionner le contrôle que le président de la République peut exercer à l'occasion de la promulgation et de la publication des lois et qui peut porter aussi sur les lois d'autorisation des traités. En effet, l'article 82, alinéa 1^{er}, prévoit que « les lois adoptées conformément aux dispositions de la présente loi fondamentale sont, après contreseing, promulguées et publiées au Bulletin des lois fédérales par le Président fédéral ».

La doctrine en a conclu que le président se trouve investi du droit de contrôler la constitutionnalité des lois, afin de pouvoir les promulguer et les publier. Un doute subsiste toutefois quant à la portée de ce contrôle. Vise-t-il uniquement l'aspect formel de la constitutionnalité⁶⁷ ou englobe-t-il également l'aspect matériel ? Certes, l'aspect formel se laisse difficilement dissocier de l'aspect matériel et souvent en effet il n'est pas possible de procéder à l'un sans l'autre. C'est pourquoi la tendance dominante⁶⁸ admet que le droit de contrôle du président, selon l'article 82, alinéa 1^{er} de la Constitution, implique également le contrôle matériel de la constitutionnalité des lois d'autorisation des traités.

17. LE CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES TRAITES APRES LEUR RATIFICATION

Le contrôle de la constitutionnalité des traités postérieurement à leur ratification se confond avec le contrôle de la constitutionnalité des lois, réglé en détails par la Constitution allemande.

⁶⁶ Voy. *infra* n° 17.

⁶⁷ WERTENBRUCH, « Für und Wider das materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten », *DÖV* 1952, pp. 201 et ss.

⁶⁸ MAUNZ in MAUNZ-DÜRIG, *op. cit.*, art. 82, note 2 et les auteurs qu'il y cite dans le renvoi n° 3; HAMANN, *op. cit.*, art. 82, note C4; ARNDT, « Das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten », *DÖV*, 1958, pp. 604 et ss.; SCHÄFER, « Das materielle Prüfungsrecht bei der Ausfertigung von Gesetzen », *DVBl* 1951, pp. 434 et ss.; MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, (1^{re} éd., 1953), art. 82, note 2; ANDERS, « Zum Prüfungsrecht des Bundespräsidenten », *DÖV* VfzG, pp. 653 et ss.; SCHACK, « Die Prüfungszuständigkeit des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung der Gesetze », *AöR* 1964, pp. 88 et ss.; SCHMIDT-BLEIBTREU et KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (1967), art. 82, note 2.

Ce contrôle constitue la consécration de deux principes fondamentaux. Le premier résulte de la structure fédérale de l'Allemagne et repose sur l'idée que le droit fédéral exprime le droit des *Länder*. Le second principe est celui de la hiérarchie des normes, en vertu duquel une loi ordinaire peut être l'objet d'un examen de compatibilité avec la Constitution et, en cas d'incompatibilité, peut être annulée.

La Cour constitutionnelle fédérale exerce ce contrôle dont la procédure et les conditions d'exercice peuvent revêtir trois formes différentes.

L'exercice du contrôle abstrait de constitutionnalité appartient exclusivement aux trois institutions publiques précitées.

La procédure du contrôle concret de constitutionnalité appartient aux tribunaux devant lesquels la constitutionnalité d'une loi a été mise en doute à l'occasion d'un litige concret.

Enfin, le contrôle par recours constitutionnel est réservé aux particuliers.

Bien que s'exerçant dans des conditions différentes, chacun des trois contrôles peut porter sur les lois d'autorisation des traités. Par ce biais, c'est l'existence même des traités qui peut être mise en jeu.

18. LE CONTROLE ABSTRAIT DE LA CONSTITUTIONNALITE (ABSTRAKTE NORMENKONTROLLE) ⁶⁹

Prévu à l'article 93, alinéa 1^{er}, de la Constitution, le contrôle abstrait de la constitutionnalité ⁷⁰ est réglé de façon détaillée par les paragraphes 76 et suivants de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

Le contrôle de la constitutionnalité d'une norme juridique est abstrait, toutes les fois que son examen a lieu indépendamment de tout acte juridique ou de tout litige concrets.

Cette forme de contrôle est réservée exclusivement au gouvernement fédéral, au gouvernement d'un *Land* ou au tiers des membres de la Diète fédérale.

Le paragraphe 76 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale énonce deux conditions de procédure. Il faut d'abord qu'une des trois institutions auxquelles

⁶⁹ Comparez VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, notes à l'art. 93; HAMANN, *Das Grundgesetz*, 1956, art. 93; WINTRICH et LECHNER, *op. cit.*, pp. 666 et ss.; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1954, § 76 et ss.; GEIGER, *loc. cit.*; LEIBHOLZ et RINCK, *op. cit.*, art. 93; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *op. cit.*, art. 93.

⁷⁰ L'art. 93, al. 1 constitue l'application la plus importante de la *Abstrakten Normenkontrolle*. A cela il faut ajouter l'art. 126 de la *Grundgesetz* et le paragraphe 14, n° 14 de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*.

la procédure est réservée, considère la loi comme nulle parce qu'inconstitutionnelle. Dans ce cas, il suffit « du doute », d'une de ces institutions, sur la constitutionnalité de la loi. En second lieu il faut que ces institutions considèrent la loi comme compatible avec la Constitution, mais que, pour des motifs contraires, un tribunal, une autorité administrative ou un organe de la Fédération ou d'un *Land* n'ait pas appliqué la loi. Dans ce sens, il y a une véritable divergence d'opinion.

Le principe de la hiérarchie des normes dans un Etat fédéral permet de comprendre pourquoi ce contrôle peut porter sur la compatibilité :

- a) du droit des *Länder* avec les Constitutions des *Länder*;
- b) du droit des *Länder* avec le droit fédéral (qui comprend aussi la Constitution fédérale);
- c) du droit fédéral avec la Constitution fédérale ⁷¹.

Toute norme juridique (et pas seulement les lois formelles, comme dans la procédure du contrôle concret de la constitutionnalité) peut être l'objet d'un contrôle abstrait. Selon la thèse prédominante en doctrine, l'exercice de ce contrôle est indépendant du fait que les lois respectives contiennent ou non des dispositions de droit matériel ⁷².

Le contrôle abstrait de la constitutionnalité peut porter sur le caractère constitutionnel de l'élaboration des lois, comme sur la constitutionnalité du droit matériel respectif.

Il faut enfin ajouter que le contrôle abstrait de la constitutionnalité, portant sur la loi d'approbation des traités, peut englober la procédure d'élaboration de la loi d'autorisation et les dispositions matérielles du traité. L'exercice de ce contrôle n'est lié à aucune condition de délai.

19. LE CONTROLE CONCRET DE LA CONSTITUTIONNALITE (KONKRETE NORMENKONTROLLE) ⁷³

Prévu à l'article 100, alinéa 1^{er}, de la Constitution, le contrôle concret de la constitutionnalité est réglé de façon plus détaillée aux paragraphes 80 et suivants

⁷¹ GEIGER, *op. cit.*, § 76, note 4; HAMANN, *op. cit.*, art. 93, note C 2; voir aussi MAUNZ, SIGLOCH, SCHMIDT, BLEIBTREU, KLEIN, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Nebengesetzen*, Kommentar, 1967, § 80, note marginale 45 et ss.; HOLTKOTTEN, *Bonner Kommentar*, 1967, art. 93, note 2.

⁷² Voir par exemple : WINTRICH et LECHNER, *op. cit.*, pp. 667, 668; LEIBHOLTZ et RINCK, *op. cit.*, art. 93, note 3. Voir aussi la thèse soutenue par ZACHER, *op. cit.*, *supra* note 63.

⁷³ Voir MAUNZ-SIGLOCH et autres, *op. cit.*, et les auteurs qu'ils y citent; VON MANGOLDT-KLEIN, *op. cit.*, notes à l'art. 100; GEIGER, *op. cit.*, § 80 et ss.; LECHNER, *op. cit.*, notes au § 80 et ss.; HAMANN, *op. cit.*, notes à l'art. 100; WINTRICH et LECHNER, *loc. cit.*; LEIBHOLTZ et RINCK, *op. cit.*, notes à l'art. 100; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *op. cit.*, notes à l'art. 100.

de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale. Le point de départ de ce contrôle est toujours un litige concret au cours duquel la constitutionnalité d'une loi est mise en doute. La mise en marche de la procédure n'est toutefois pas réservée aux particuliers, parties au litige, mais au tribunal devant lequel le litige a été porté. Ce tribunal est libre de confirmer la constitutionnalité de la norme contestée par une partie. Cependant, s'il la considère comme inconstitutionnelle, il est obligé de surseoir à statuer et de solliciter une décision de la Cour constitutionnelle fédérale (ou d'un tribunal constitutionnel d'un *Land* lorsqu'il s'agit de la violation de la Constitution d'un *Land* par la loi ordinaire de ce même *Land*).

Dans la mise en œuvre de la procédure, le tribunal saisi⁷⁴ n'est pas lié par la demande des parties. C'est lui seul, de sa propre initiative et de plein droit, qui décide de surseoir ou non. Pour ce faire, un simple doute ne suffit pas; le tribunal doit être convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi⁷⁵.

Le tribunal qui sursoit à statuer, doit motiver sa décision en montrant l'importance du problème constitutionnel pour la solution du litige pendant, ainsi que les arguments plaidant en faveur de l'inconstitutionnalité⁷⁶. La décision de surseoir à statuer n'est pas définitive⁷⁷.

Le contrôle concret de constitutionnalité peut porter sur la compatibilité :

- a) du droit des *Länder* avec les constitutions des *Länder*;
- b) du droit des *Länder* avec le droit fédéral (y compris la Constitution fédérale);
- c) ainsi que sur la compatibilité du droit fédéral avec la Constitution fédérale.

La décision de surseoir peut être suivie d'un double renvoi parallèle à la Cour constitutionnelle fédérale et au tribunal constitutionnel d'un *Land*, chaque fois que la loi d'un *Land* viole à la fois la Constitution du *Land* respectif ainsi que la Constitution fédérale⁷⁸.

La compétence de la Cour constitutionnelle fédérale est limitée au contrôle de la constitutionnalité de la loi⁷⁹.

Le contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques inférieures à la loi, des décrets ou des règlements, appartient aux tribunaux. Enfin, la Cour

⁷⁴ Voy. § 80, alinéa 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

⁷⁵ *BVerfGE* 1, p. 184; MAUNZ-SIGLOCH et autres, *op. cit.*, § 80, note marginale 21; WINTRICH et LECHNER, *op. cit.*, p. 662.

⁷⁶ Voy. § 80, al. 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

⁷⁷ WINTRICH et LECHNER, *op. cit.*, § 80 à l'alinéa 1^{er}; GEIGER, *op. cit.*, § 80, note 6.

⁷⁸ Voir MAUNZ-SIGLOCH et autres, *op. cit.*, § 80, note marginale 24 et ss.

⁷⁹ *BVerfGE* 1, p. 184.

constitutionnelle fédérale se déclare incompétente pour connaître du contrôle constitutionnel du droit préconstitutionnel⁸⁰.

La Cour constitutionnelle fédérale est compétente pour étendre son contrôle sur d'autres textes de la même loi que le texte visé, dont la constitutionnalité n'avait pas été mise en doute par le tribunal de renvoi, afin de voir s'ils ne sont pas, pour les mêmes raisons juridiques, incompatibles avec la Constitution⁸¹. Il est évident que, dans ce cas, le contrôle n'est plus concret mais abstrait.

Le contrôle de constitutionnalité ne peut porter que sur du droit allemand. Le droit international, général ou conventionnel, ne peut faire l'objet d'un contrôle concret que dans la mesure où il est devenu droit interne allemand, par l'intermédiaire de l'article 25 de la Constitution ou à la suite de sa transformation. L'exercice du contrôle concret de constitutionnalité n'est limité dans le temps par aucun délai; il peut donc être exercé longtemps après l'introduction d'un traité en droit allemand.

20. LE RECOURS OU LA REQUÊTE CONSTITUTIONNELLE (VERFASSUNGSBESCHWERDE)

Une troisième forme du contrôle de la constitutionnalité vient compléter le système allemand : elle est réalisée par le recours ou la requête constitutionnels. Ce recours se caractérise par deux idées fondamentales. D'une part, et à la différence des deux autres formes de contrôle, cette voie de contrôle constitutionnel est exclusivement réservée et largement ouverte aux particuliers. Par ailleurs, et contrairement aussi aux autres voies de recours, elle est limitée aux droits fondamentaux. Seules les lois portant atteinte aux articles de la Constitution relatifs aux droits fondamentaux peuvent faire l'objet de ce contrôle.

Cette forme de contrôle constitutionnel n'est pas expressément prévue par la Constitution. L'article 93, alinéa 2, prévoit cependant de façon implicite la possibilité de sa création par des lois ordinaires. C'est le paragraphe 90 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale qui donne aux particuliers le droit de s'adresser à elle, en cas de violation par l'autorité publique de leurs droits fondamentaux ou droits équivalents⁸². A l'égard des droits de l'homme⁸³ dont le bénéfice n'est pas réservé de façon exclusive aux citoyens allemands, cette voie est aussi ouverte aux étrangers et aux apatrides.

Enfin, les personnes morales peuvent également introduire cette requête dans la mesure où selon l'article 19, alinéa 3, de la Constitution, elles peuvent être

⁸⁰ *BVerfGE* 2, p. 129.

⁸¹ *Voy.* § 82, al. 1 et 78 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

⁸² Par exemple les articles 33, 38, 101, 103, 104 de la Constitution.

⁸³ Par exemple les droits découlant des articles 2, 3, 4, 5 de la Constitution.

titulaires de tels droits fondamentaux. La question est controversée pour ce qui est des associations sans personnalité juridique ou des partis politiques⁸⁴.

Le recours constitutionnel peut être dirigé contre des actes du pouvoir législatif, judiciaire ou administratif de la Fédération et des *Länder*, ainsi que d'autres autorités du droit public. Ce recours connaît cependant deux limites. D'une part certains actes échappent par leur nature à ces actions : les actes politiques ou les décisions parlementaires et, en général, les actes de gouvernement (*gerichtsfreie Hoheitsakte*). D'autre part, pour pouvoir intenter l'action, le requérant doit prouver qu'il a été lésé dans ses droits fondamentaux par l'acte inconstitutionnel. En termes de droit français, il doit donc prouver son intérêt à agir; l'action populaire étant exclue.

D'autres conditions procédurales entendent prévenir les abus. Ainsi, afin de décharger la Cour constitutionnelle fédérale, ce recours en inconstitutionnalité ne peut être intenté qu'après épuisement des voies de recours normales⁸⁵. Lorsque la violation provient d'un acte du pouvoir judiciaire, cela signifie qu'en règle générale, seules les décisions des instances judiciaires supérieures peuvent être attaquées. Le recours en inconstitutionnalité contre la décision d'un tribunal suprême ne constitue cependant pas une voie détournée de révision. En effet, la Cour constitutionnelle fédérale n'examine la décision que du point de vue de la violation des droits fondamentaux. Elle peut toutefois établir les faits de façon autonome, sans être tenue par les constatations contenues dans la décision attaquée.

Enfin, le recours en inconstitutionnalité est soumis à l'examen préalable d'un comité de juges, qui peut le rejeter comme manifestement non fondé.

Une fois franchis ces obstacles, le recours doit être accepté par la Chambre de la Cour constitutionnelle fédérale, ce qui suppose soit qu'il porte sur un problème constitutionnel important, soit que le refus de le prendre en considération causerait au requérant un dommage lourd et inévitable⁸⁶.

Largement ouvert aux particuliers et considéré comme « le couronnement de l'Etat de droit », ce recours doit, à la différence du contrôle abstrait de la constitutionnalité, être exercé dans un délai d'un an, à partir de la mise en vigueur de la loi⁸⁷. Ainsi, ce recours ne peut plus être exercé aujourd'hui contre les lois d'autorisation des traités instituant les communautés européennes.

⁸⁴ Voy. MAUNZ-SIGLOCH et autres, *op. cit.*, § 90, note marginale 25 et ss.; GEIGER, *op. cit.*, § 90, note 1; LECHNER, *op. cit.*, § 90, note 1 à l'alinéa 1; WINTRICH et LECHNER, *op. cit.*, pp. 674-675.

⁸⁵ Voy. § 90, al. 1 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

⁸⁶ *Ibid.*, § 93.

⁸⁷ *Idem.*

Il peut cependant l'être contre tout règlement communautaire, dans le délai d'un an à partir de sa publication.

21. LES EFFETS DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES TRAITES

Les effets du contrôle de constitutionnalité des traités sont identiques en fait à ceux du contrôle de la constitutionnalité des lois, par le biais duquel il s'exerce. Les différentes formes de contrôle conduisent en effet au même résultat⁸⁸.

Si à la suite d'une procédure engagée dans le cadre d'une des formes de contrôle de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle fédérale conclut à l'incompatibilité de la loi avec la Constitution, elle déclarera sa nullité. Selon les dispositions du paragraphe 31, deuxième alinéa, de la loi sur la Cour constitutionnelle, de tels arrêts ont force de loi, et cela, dans le cas du contrôle abstrait comme du contrôle concret⁸⁹.

La décision de la Cour prononçant la nullité ne produit pas seulement ses effets *inter partes*, ce qui paraîtrait d'ailleurs naturel dans le cas du contrôle concret de constitutionnalité, elle produit ses effets *erga omnes*. Afin de souligner cet effet, le paragraphe 31, alinéa 2, de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale prescrit que la partie de la décision ayant force de loi, ainsi que la formule de la décision, doivent être publiées par le ministre de la Justice dans le journal officiel (*Bundesgesetzblatt*)⁹⁰.

Le même effet se produit dans l'hypothèse d'une requête en inconstitutionnalité dirigée contre une loi. Dans ce cas également, la loi doit être déclarée nulle⁹¹ et la décision judiciaire a force de loi⁹². Au contraire, les décisions définitives qui se fondent sur une règle déclarée nulle demeurent, selon le paragraphe 78, intactes. Leur exécution n'est cependant pas possible⁹³. Des

⁸⁸ Pour le contrôle abstrait le § 78 et pour le contrôle concret, le § 82, alinéa 1 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

⁸⁹ Voy. GEIGER, *op. cit.*, § 31, note marginale 9 et ss.; LECHNER, *op. cit.*, § 31, note III; STERN, dans le *Bonner Kommentar*, art. 100, note marginale 138 et ss; art. 94, note marginale 126 et ss.

⁹⁰ Malgré leurs effets, les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont pas des actes législatifs. Elles leur empruntent seulement leur force obligatoire qui, d'ailleurs, est limitée à la formule décisoire. (LECHNER, *op. cit.*, § 31, note III, 2a; GEIGER, *op. cit.*, § 31, note marginale 2). La décision de la Cour constitutionnelle reçoit le rang de la règle qu'elle applique, en principe, le rang du droit constitutionnel. Lorsque, le conflit se produit entre une loi fédérale et la loi d'un *Land*, alors la décision reçoit le rang du droit fédéral. LECHNER, *op. cit.*, § 31, note III, 2a.

⁹¹ Voy. § 95, al. 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

⁹² Voy. § 31, al. 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

⁹³ Voy. § 79, al. 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

exceptions à cette règle sont prévues au paragraphe 95, alinéas 2 et 3, et au paragraphe 79, alinéa 1^{er}, de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

Enfin, la décision de nullité produit ses effets *ex tunc*⁹⁴.

E. LE CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES TRAITES EUROPEENS

22. INCORPORATION DES TRAITES EUROPEENS ET CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Par le biais de la loi d'autorisation, les traités, ou certaines de leurs dispositions, peuvent être attaqués pour incompatibilité constitutionnelle et éventuellement annulés avec effet rétroactif. Les traités instituant les communautés européennes, introduits par les lois ordinaires, sont à l'abri de ces recours⁹⁵. Quelles que soient leurs caractéristiques propres et leur indéniable spécificité, les traités européens ont été introduits en droit allemand en tant que traités simples et y jouissent du même rang que les lois qui les ont introduits⁹⁶. Bien entendu, les Etats membres n'avaient pas d'autre possibilité de rendre les traités européens exécutoires en droit interne⁹⁷. Le problème de leur transformation par la loi d'autorisation en droit interne se complique en droit allemand, du fait que la plupart des auteurs s'efforcent d'éviter pour ces traités les conséquences qui découlent normalement de la théorie de la transformation. Cependant, pour les auteurs qui partent des données objectives du système allemand et ne sont pas guidés par des considérations d'opportunité, la transformation et le rang en droit allemand ne font pas de doute⁹⁸.

⁹⁴ BVerfGE 7, pp. 377, 378; 8, p. 51 (71); MAUNZ-SIGLOCH, et autres, *op. cit.*, § 95, note marginale 2; LECHNER, *op. cit.*, § 78, note 2; GEIGER, *op. cit.*, § 78, note 4; voir aussi BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Wichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Berlin, 1966, pp. 119 et ss., qui souligne les inconvénients de la rétroactivité de la nullité.

⁹⁵ Le fait que le droit communautaire serait « un droit amalgamé » provenant de tous les Etats membres (*verschmolzenes Recht aller Mitgliedstaaten*), MÖLLER, *Die Verordnung der europäischen Gemeinschaften*, 1967, pp. 223-234, ne modifie en rien la réalité qui fait que les traités européens ont été introduits dans tous les Etats membres par des lois d'autorisation ou de ratification qui, en Allemagne, demeurent soumises au contrôle ultérieur de constitutionnalité. D'ailleurs après avoir longuement exposé ce point de vue, l'auteur adopte cette conclusion. MÖLLER, *op. cit.*, pp. 236, 241 et 243.

⁹⁶ CONSTANTINESCO, L., « La spécificité du droit communautaire », *Rev. trim. droit européen*, 1966, pp. 4 et ss. et les auteurs cités.

⁹⁷ FURLER, article précité *NJW* 1965, p. 1402.

⁹⁸ SCHEUNER, U., « Die Rechtsetzungsbefugnis internationaler Gemeinschaften », *Festschrift Verdross*, Wien, 1960, p. 241; SCHLOCHAUER, « Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten », *Arch. d. Völk.* 11, 1963, pp. 64, 24; WENNER, note sous l'affaire 7/61 de la C.J.C.E., *AWD* 1962, p. 111; FRIAUF, « Zur Problematik rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturelemente in zwischenstaatlichen Gemeinschaften », *DVBl.* 1964, p. 783; etc. Cette tendance maintenant prédominante parmi les internationalistes a été jusque vers 1964 acceptée par l'ensemble de la doctrine allemande.

Selon cette conception appelée aussi « théorie internationale traditionnelle » ou « théorie internationale conventionnelle »⁹⁹, le droit communautaire primaire a été incorporé au droit allemand grâce à l'article 59, alinéa 2, de la Constitution, tandis que le droit communautaire secondaire l'a été, et l'est, grâce à l'article 189 du Traité de la C.E.E. En tant que droit incorporé au droit allemand par la loi d'autorisation, les traités européens n'échappent pas aux diverses formes de contrôle de constitutionnalité auxquelles le droit allemand soumet les lois d'autorisation.

Au contraire, la *Vollzugstheorie* permet de ne pas incorporer et de ne pas transformer en droit interne les normes du droit international conventionnel. Mais cela ne met pas la loi contenant l'ordre d'exécution à l'abri du contrôle constitutionnel ni n'écarte le droit de l'Etat de préciser le rang du traité en droit interne. Cela ne changerait que dans le cadre de la *Vollzugstheorie* dite « forte »¹⁰⁰ et notamment avec l'appui de l'idée de transfert de compétences. Selon cette conception, l'Allemagne a définitivement perdu les compétences législatives, transférées par l'article 24 de la Constitution. L'existence et le rang du droit communautaire ne sont plus de la compétence de l'Etat. Légiférer dans ce domaine serait légiférer dans un domaine où il n'a pas de compétence. Cependant, même dans cette théorie, le contrôle de la constitutionnalité s'exerce sur la loi ou sur l'acte contenant l'ordre d'exécution.

La procédure du contrôle postérieur de la constitutionnalité peut être mise en œuvre des années après l'introduction des traités dans l'ordre juridique allemand. Cette conséquence, qui n'est pas et ne peut être mise en doute par la doctrine, a trouvé sa plus célèbre illustration dans la fameuse décision du tribunal fiscal de Neustadt¹⁰¹ demandant à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la constitutionnalité du traité de la C.E.E. cinq ans après sa ratification. Si la Cour constitutionnelle a déclaré irrecevable la demande du tribunal fiscal de Neustadt, il n'en est pas moins vrai qu'elle a soigneusement évité de se prononcer sur le fond, donc sur le problème de la constitutionnalité du traité de la C.E.E.¹⁰²

⁹⁹ IPSEN, H., « Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht », *Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1965, p. 2.

¹⁰⁰ Voy. *supra* n° 2. Dans cette hypothèse l'existence du droit communautaire secondaire ne peut être mise directement en doute. Elle ne peut l'être que de façon indirecte par la loi d'autorisation ou par l'ordre d'exécution du traité.

¹⁰¹ Décision du tribunal fiscal de Rhénanie-Palatinat, du 14 nov. 1963, *Entscheidungen der Finanzgerichte*, 1964, p. 22 = *AWD* 1964, p. 26.

¹⁰² Dans sa décision de surseoir et de soumettre à la Cour constitutionnelle la question de savoir si les articles 18, al. 1^{er} et 20 al. 1^{er} du règlement agricole n° 19 sont compatibles avec la Constitution allemande, le tribunal fiscal de Rhénanie-Palatinat commençait par mettre en doute la constitutionnalité même du traité instituant la C.E.E. La première question qu'il posait était précisément de savoir si l'art. 1^{er} de la loi du 25 février 1957 autorisant

Le fait que les traités européens puissent être annulés avec effet *ex tunc* après tant d'années d'existence effective est évidemment dangereux du point de vue communautaire. Le système allemand révèle ici sa principale faiblesse, à savoir qu'aucun des contrôles préalables n'est définitif. La solution qu'il propose est à l'opposé de la solution du droit néerlandais. Celui-ci assure le caractère définitif du contrôle préalable en ne réglementant, en premier lieu, aucun contrôle ultérieur et en précisant, ensuite, grâce aux dispositions de l'article 60, alinéa 3, de la Constitution, fruit de la réforme de 1953, que le juge n'a pas le droit de contrôler la constitutionnalité des traités internationaux¹⁰³.

La solution allemande ne fait que confirmer un principe assez connu, à savoir que plus les contrôles sont nombreux, moins la sécurité des traités est assurée. Certes, la solution du droit allemand est conforme à sa conception de base. Elle conduit à exercer le contrôle davantage sur la loi d'autorisation en tant que telle que sur les traités eux-mêmes. Elle confirme la conception dualiste à laquelle le système reste fortement attaché et qui, aussi logique qu'elle soit, a le grand défaut de ne pas dissocier le sort et la position des traités en droit interne, du sort et de la position de la loi d'autorisation.

Il est superflu de souligner l'insécurité qui provient pour les traités européens et par-là même pour la construction européenne¹⁰⁴ d'un contrôle qui, bien qu'en accord avec la conception de base, est exercé de longues années après

le Traité instituant la C.E.E., en liaison avec l'art. 189 du Traité, attribuant au Conseil de la C.E.E. le droit d'établir des règlements obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les Etats membres, est compatible avec l'interdiction résultant des articles 20 et 129, al. 3 de la Constitution de la République fédérale allemande, en vertu de laquelle les organes exécutifs ne peuvent être autorisés à élaborer des règlements susceptibles de modifier des lois. Le tribunal faisait valoir un argument formel et peu convaincant. En effet, le tribunal fiscal voyait dans le fait que le Conseil de la C.E.E., organe exécutif, est habilité à prendre des règlements, donc à exercer une fonction législative, une atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. En prononçant, dans sa décision du 5 juillet 1967 (*BVerfGE* 22, pp. 134 et ss) d'ailleurs avec une majorité de 4 contre 3, l'irrecevabilité de la demande qui lui était soumise, la Cour constitutionnelle, bien qu'après quatre années de réflexion, a refusé soigneusement de trancher sur le fond.

En effet, elle a préféré fonder l'irrecevabilité sur des raisons procédurales, à savoir sur le manque de pertinence qu'avait la question soumise à la Cour, pour la décision que devait donner dans l'espèce, le tribunal fiscal de Neustadt. Même si elle a reconnu que l'éventuelle nullité de l'art. 189 C.E.E. ne pouvait entraîner la nullité de tout le traité, la Cour constitutionnelle n'a pas tranché le problème essentiel qui lui était soumis, le problème de la constitutionnalité du traité de la C.E.E. Voir notamment la note de IPSEN, *EuR* 1967, p. 358.

¹⁰³ CONSTANTINESCO, L., « Droit communautaire et droit constitutionnel néerlandais », *R.G.D.I.P.*, 1969, n° 16.

¹⁰⁴ Malgré son caractère juridique, une décision négative de la Cour constitutionnelle provoquerait de tels remous politiques que les juges ne peuvent refuser de ne pas tenir compte de cet aspect du problème. La décision du tribunal fiscal fédéral du 18 avril 1967, *EuR* 1967, pp. 239, 244 en est une preuve

l'introduction des traités et après de nombreuses années d'exécution et d'application. Les vices d'un tel système ne peuvent être écartés que par une interprétation de la Cour constitutionnelle reconnaissant clairement, dans le cadre d'un tel recours, la constitutionnalité des traités européens. C'est seulement alors que l'épée de Damoclès pesant sur le sort de ces traités sera écartée. La décision ne serait plus dans les mains du législatif, mais dans les mains du judiciaire.

Jusqu'à présent la Cour constitutionnelle a évité de donner la réponse ferme qu'on attendait. Cela explique les très nombreuses études doctrinales qui, au prix d'interprétations parfois cabalistiques et de constructions souvent abracadabrantes, s'efforcent d'assurer au droit communautaire une priorité quelconque. La multitude des solutions proposées est telle qu'une étude spéciale en serait nécessaire.

23. TENDANCES FAVORABLES A LA RECONNAISSANCE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES TRAITES EUROPEENS DANS DES ARRETS RECENTS

La réponse, claire et ferme, concernant la constitutionnalité des traités européens, que la deuxième Chambre de la Cour constitutionnelle a refusé de formuler, vient d'être donnée de façon indirecte, par deux arrêts plus récents. Ceci montre que les hautes instances judiciaires s'acheminent, lentement mais progressivement, vers la reconnaissance de la constitutionnalité des traités européens.

Dans son premier arrêt¹⁰⁵, la Cour fiscale fédérale (*Bundesfinanzhof*) emprunte la voie de l'action préjudicielle de l'article 177 C.E.E. et pose à la Cour de justice des Communautés plusieurs questions concernant les prélèvements instaurés par le règlement du Conseil n° 22 du 4 avril 1962¹⁰⁶ et ses rapports avec les règlements 135/62¹⁰⁷ et 109/62¹⁰⁸ de la Commission. Mais pour pouvoir exercer l'action préjudicielle prévue à l'article 177 C.E.E., il faut admettre que ce traité a force obligatoire en droit allemand, c'est-à-dire, que son introduction et son existence ne peuvent plus être niées pour des raisons constitutionnelles. La Cour fédérale n'entend ni s'adresser à la Cour constitutionnelle ni attendre une décision dans ce sens, parce qu'elle est convaincue « que les doutes formulés dans la demande préjudicielle du tribunal fiscal de Rhénanie-Palatinat concernant la constitutionnalité des lois allemandes de ratification ne sont pas fondées ».

¹⁰⁵ *BFH*, 24 avril 1967, *EuR* 1967, pp. 239 et ss.

¹⁰⁶ *J.O.* 1962, p. 959.

¹⁰⁷ *J.O.* 1962, p. 2621.

¹⁰⁸ *J.O.* 1962, p. 1939.

D'ailleurs la Cour fiscale fédérale explicite sa position en reprenant et en réfutant, un à un, les arguments du tribunal fiscal de Rhénanie-Palatinat. La Cour fiscale fédérale considère notamment que l'article 189 C.E.E. qui autorise le Conseil et la Commission à établir des règlements, donc à exercer une fonction législative, ne viole pas l'article 80 de la Constitution allemande, car cette autorisation est strictement délimitée. De même, le transfert des droits souverains en faveur d'organisations internationales, conforme à l'article 24 de la Constitution, doit être compris en fonction des exigences de la construction européenne. Même si ce transfert doit être réalisé en accord avec les dispositions de l'article 79, alinéa 3 de la Constitution, il faut constater que cet article n'a pas été violé par le traité de la C.E.E. En effet, d'un côté, le Conseil de la C.E.E. ne constitue pas un organe exécutif et, de l'autre, le principe de la séparation des pouvoirs est respecté dans le cadre du traité.

Certes, cet arrêt n'est qu'un jalon dans la reconnaissance de la constitutionnalité des traités européens, car il a été pris par la Cour fiscale fédérale et non par la Cour constitutionnelle.

Le second arrêt émane de la Cour constitutionnelle. Il refuse d'admettre l'exercice du contrôle de la constitutionnalité, par voie de requête constitutionnelle, contre un règlement communautaire¹⁰⁹. Cette forme de contrôle ne peut plus être exercée contre les traités européens, car le délai d'un an est déjà écoulé. La Cour constitutionnelle refuse également d'admettre ce contrôle contre les règlements. C'est là un nouveau jalon dans la reconnaissance et le renforcement du droit communautaire.

24. LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DU DROIT COMMUNAUTAIRE SECONDAIRE

Le problème du contrôle de la constitutionnalité est plus complexe pour le droit communautaire secondaire. En effet, la question de savoir si les actes des organes des communautés européennes et notamment les règlements peuvent faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité devant les tribunaux allemands ou être soumis au contrôle de constitutionnalité est vivement discutée. Certains points semblent toutefois clairs et ne prêtent pas à discussion.

Ainsi, il ne fait aucune doute que la nullité à laquelle aboutirait le contrôle de constitutionnalité portant sur les traités instituant les communautés européennes, engloberait, indirectement et nécessairement, les règlements eux-mêmes, dont la source serait déclarée nulle. En outre, il est certain que le contrôle de la constitutionnalité ne se confond pas avec le contrôle de la légalité et que l'un n'exclut pas l'autre. Ce sont là deux aspects différents du

¹⁰⁹ Voy. *infra*, n° 24.

même problème. En effet, l'objet du premier contrôle est d'assurer la conformité du droit secondaire à la Constitution de l'Etat membre, tandis que l'objet du second est de garantir la conformité du droit secondaire au droit primaire. De toute façon, la Cour de justice des Communautés n'est compétente que pour ce qui est du deuxième contrôle¹¹⁰. Le traité de la C.E.E. ne prévoit rien en effet quant au contrôle de la conformité des règlements avec les constitutions nationales¹¹¹.

Le premier contrôle relève de la compétence des tribunaux nationaux dans les pays où il est organisé, comme en Allemagne et en Italie. Ainsi, le fait que la Cour de justice des Communautés européennes ne connaît que le contrôle de légalité, n'exclut pas toute possibilité de contrôle de constitutionnalité des règlements devant les tribunaux allemands¹¹².

Certes, ce problème du contrôle de constitutionnalité des règlements ne se pose qu'en Allemagne et en Italie. Au premier abord, il ne devrait faire aucun doute en droit allemand. En effet, il serait absurde d'admettre le contrôle de constitutionnalité pour les traités européens et de le refuser pour les règlements, qui trouvent leur source dans les traités. Admettre cette différence de traitement reviendrait à placer les règlements à un niveau supérieur à celui des traités¹¹³. C'est précisément pour éviter ce résultat boiteux que la pratique internationale assimile, en principe, le rang du droit dérivant d'un traité au rang du traité lui-même¹¹⁴. Mais ni ce résultat ni ce principe n'ont embarrassé la majorité de la doctrine allemande. Le droit allemand a développé, sur la base d'un texte de droit positif, une doctrine très précise, au moins pour ce qui est du contrôle par requête constitutionnelle.

Selon le paragraphe 90 de la loi sur la Cour constitutionnelle, ce contrôle est réservé à tous ceux qui ont été lésés dans leurs droits fondamentaux par un acte

¹¹⁰ D'ailleurs dès le début et sans hésitation la Cour de justice des Communautés a refusé d'examiner la conformité du droit communautaire avec le droit national, fût-il constitutionnel. Voir notamment les affaires 18/57, *Rec. V*, p. 113, et les conclusions de l'avocat général, *Rec. V*, p. 160 et les affaires jointes 36-38 et 40-59, *Rec. VI*, p. 890. Voir aussi CONSTANTINESCO, L., « La spécificité... », *loc. cit.*, pp. 19 et ss. Certes, dans toutes ces espèces le problème n'était pas posé dans le cadre d'une action préjudicielle, mais à l'occasion d'un recours direct devant la Cour de justice des Communautés.

¹¹¹ EHLE, E., « Verfassungskontrolle und Gemeinschaftsrecht », *NJW* 1964, p. 324.

¹¹² C'est ce que déduit MÖLLER, *op. cit.*, pp. 237 et ss. qui aboutit ainsi à la conclusion qu'il semblait vouloir éviter.

¹¹³ CARSTENS, « Der Rang europäischer Verordnungen gegenüber deutschen Rechtsnormen », *Festschrift Riese*, p. 79, qui affirme que les règlements ne peuvent avoir en droit allemand un rang supérieur aux traités.

¹¹⁴ La pratique constitutionnelle française et belge est dans ce sens. En droit hollandais le problème est réglé par une disposition de droit positif. Voir CONSTANTINESCO, *loc. cit.*, n° 26.

du « pouvoir public ». Tout dépend de ce qu'on entend par ce terme. Or la doctrine et la jurisprudence sont quasi unanimes pour interpréter cette notion de façon restrictive, dans le sens qu'elle ne désigne que le « pouvoir allemand ». Une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle a considéré que les décisions des autorités suisses¹¹⁵, celles des pouvoirs d'occupation ou les mesures prises par les autorités allemandes en application des instructions des autorités d'occupation¹¹⁶, ne peuvent être attaquées par voie de recours constitutionnel, n'étant pas des actes émanant des « autorités publiques allemandes ». La doctrine¹¹⁷ appuie cette jurisprudence et admet que les actes des autorités publiques, étrangères ou non allemandes, ne peuvent être attaqués par voie de recours constitutionnel. Se basant sur elle, la doctrine¹¹⁸ englobe également dans la même catégorie, le contrôle constitutionnel concret, refusant ainsi de soumettre les lois ou actes non allemands à la requête constitutionnelle ou au contrôle concret.

25. LES RÈGLEMENTS COMMUNAUTAIRES EN TANT QU'OBJETS DE LA REQUÊTE CONSTITUTIONNELLE SELON LE DERNIER ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Tel est le cadre général dans lequel s'inscrit la question du contrôle de constitutionnalité des règlements européens. Question vivement discutée à cause de sa brûlante actualité, mais aussi à cause des conséquences désastreuses pour la construction européenne auxquelles pourrait conduire l'admission de ce contrôle. Soumettre les règlements européens à un recours, destiné à contrôler leur conformité à la Constitution allemande, c'est, en effet, admettre la possibilité de les annuler dans un Etat membre, alors qu'ils ne pourraient l'être, en aucune manière, dans d'autres Etats membres. Ce serait une entorse, tant au caractère communautaire des règlements qu'au principe de l'égalité des Etats membres dans la Communauté¹¹⁹.

Il n'est donc pas étonnant que la grande majorité des auteurs s'accordent à refuser le contrôle de constitutionnalité des règlements européens. Cependant l'unité est loin d'être faite en doctrine : les arguments divergent et les systèmes s'opposent. On fait flèche de tout bois dans cette âpre controverse où aucune

¹¹⁵ BVerfGE 1, pp. 10-11.

¹¹⁶ BVerfGE 6, pp. 290, 295.

¹¹⁷ MAUNZ-SIGLOCH, et d'autres, *op. cit.*, § 90, notes marginales 70, 71 avec d'autres indications bibliographiques, pp. 124, 173; GEIGER, *op. cit.*, art. 90, note 3; LECHNER, *op. cit.*, § 90, note 2.

¹¹⁸ MAUNZ-SIGLOCH et autres, *op. cit.*, § 80, note marginale 55.

¹¹⁹ CONSTANTINESCO, L., « La spécificité... », *loc. cit.*, pp. 21-26.

théorie, ou opinion, n'a réussi à s'imposer. La position la plus simple est celle des auteurs qui transposent les arguments de la Cour constitutionnelle et l'interprétation restrictive, que l'on vient de résumer, dans le domaine des règlements européens.

Ainsi, par exemple, Maunz et Sigloch¹²⁰ assimilent les actes des organes supranationaux à des mesures du pouvoir public étranger, ce qui les met à l'abri du recours en constitutionnalité. Ces auteurs trouvent une confirmation de leur point de vue dans l'article 177 C.E.E., qui attribue à la Cour de justice des Communautés la compétence exclusive d'examiner la validité des règlements.

Mais la position de la jurisprudence est beaucoup plus importante, par ses conséquences pratiques, que les différentes formules de la doctrine. Dans un arrêt récent¹²¹, la Cour constitutionnelle¹²² a eu l'occasion de se prononcer sur la recevabilité d'une requête constitutionnelle dirigée contre un règlement communautaire. Prenant appui sur la position ci-dessus indiquée¹²³, elle refuse d'admettre cette requête. L'argumentation est la même : les règlements du Conseil et de la Commission sont des actes d'un pouvoir public supranational, indépendant du pouvoir étatique des Etats membres. Ils ne peuvent être confirmés, ratifiés ou abrogés ou annulés par les Etats membres. N'étant pas des actes du pouvoir public allemand, au sens du paragraphe 90 de la loi sur la Cour constitutionnelle, ils ne peuvent être attaqués par requête constitutionnelle. La Cour constitutionnelle tient cependant à préciser, de façon expresse, que cet arrêt ne préjuge nullement la question de savoir si, et dans quelle mesure, la République fédérale allemande pouvait, lors du transfert des droits souverains selon l'article 24 de la Constitution, dispenser les organes communautaires de l'obligation de respecter la Constitution. Cet arrêt, qui n'a pas, pour la priorité du droit communautaire par rapport à la loi nationale postérieure, la portée que certains lui reconnaissent¹²⁴ constitue cependant un pas supplémentaire dans la voie de la reconnaissance du droit communautaire secondaire

¹²⁰ MAUNZ-SIGLOCH et autres, *op. cit.*, § 90, note marginale 72, Ces auteurs sont cependant d'avis que le recours constitutionnel serait possible contre les actes pris par le pouvoir public allemand à la base des règlements européens, *loc. cit.*, § 80, note marginale 55. Pour Bülow, E., « Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht », dans *Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1965, p. 53, les règlements ne peuvent être soumis à un contrôle constitutionnel, car ils ne constituent pas *en même temps* du droit national. BALLADORE-PALLIERI, « Les pouvoirs des organisations économiques européennes à l'intérieur des Etats membres », *ZaöRV* 23, 1963, pp. 474, 483, 484; etc.

¹²¹ *BVerfGE*, 18 octobre 1967, *EuR* 1968, p. 134, note IPSEN.

¹²² Cette fois il s'agit de la première Chambre.

¹²³ *Supra*, n° 23.

¹²⁴ IPSEN dans la note sous l'arrêt cité à la note n° 121.

ainsi que du droit communautaire en général, comme catégorie propre, différente du droit international conventionnel.

Introduits comme les simples traités, les traités européens sont soumis, par là même, au système de contrôle de constitutionnalité qui, théoriquement, pourrait mettre en jeu leur existence. Cependant, les défauts du système légal allemand dans ce domaine sont en train d'être progressivement corrigés par l'interprétation judiciaire, à l'inverse de ce qui se passe en France, où les avantages du système légal, quant à la priorité des traités, sont progressivement minés par l'interprétation des tribunaux¹²⁵.

¹²⁵ Voir notamment l'arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} mars 1968, D. 1968, 286 note M.L. et mon commentaire de l'arrêt dans l'EUR 1968, 317 ainsi que mon article « Effets et rang des traités et du droit communautaire en droit français » à paraître dans la *Rivista di diritto europeo*, 1969.