



HAL
open science

LES RÉSISTANCES DES ÉTATS DE DROIT

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. LES RÉSISTANCES DES ÉTATS DE DROIT. De la Communauté de droit vers l'Union de droit, LGDJ, pp.423-458, 2000. hal-01583615

HAL Id: hal-01583615

<https://hal.science/hal-01583615v1>

Submitted on 7 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Cependant, l'invocation incantatoire des exigences de la Communauté de droit conduit parfois à des conséquences paradoxales voire dans certains cas, il est vrai très rares¹⁸⁸, régressives. A s'enfermer dans une perception excessivement dogmatique de la Communauté de droit prenons garde à ne pas nous abîmer, par aveuglement, dans une forme de mythe.

Chapitre XIX

LES RÉSISTANCES DES ÉTATS DE DROIT

par

Laurencé BURGORGUE-LARSEN *

"Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ?" Cette interrogation était celle, on le sait, de l'ancien président de la Cour de justice Robert Lecourt qui avait dressé, en hommage au doyen Jean Boulouis¹, dans un élan résolument optimiste, une vision nécessairement positive, un tableau flatteur des avancées de l'intégration européenne. Grâce à ces deux célèbres arrêts², la Communauté avait échappé - écrivait-il - *"à l'antique cloisonnement des marchés nationaux"*. Or, n'est-il pas l'heure de transposer ce questionnement, en l'élargissant quelque peu au sujet qui nous intéresse, pour se demander *Quelle eut été l'intégration sans les résistances des Etats de droit ?*

Le mot résistance est lourd de significations. En renvoyant à l'idée d'obstacle, d'opposition, de frein, il n'incarne pas spontanément quelque chose de positif. Du coup, guidé par un *a priori* irréfléchi, il est aisé d'assimiler les résistances des Etats à l'égard de l'intégration européenne et de son approfondissement toujours plus poussé à la face négative du processus communautaire. Or, résister peut être légitime. *"Quand l'autorité devient arbitraire et oppressive... la résistance est le devoir"* écrivait Mirabeau. Serait-ce à dire que l'intégration a été ou est *arbitraire et oppressive* ? Une telle interrogation est assurément excessive et infondée. Cependant, l'intégration n'a pas été et n'est pas exemplaire en tous points. Du coup, *certaines* résistances peuvent s'expliquer et se justifier.

On sait que les résistances des Etats de droit sont protéiformes. On pourrait en effet, dans une acception large, y inclure celles des Exécutifs, dont les représen-

¹⁸⁸ J. Schwartze, préc., p. 807, souligne ainsi que l'obligation d'ordonner la récupération d'une aide incompatible avec le marché commun contrarie le pouvoir discrétionnaire dont disposent en principe les autorités allemandes conformément aux prescriptions de l'article 48, alinéa 1, phrase 2 du VwVfG.

* professeur à l'Université de Rouen

¹ R. Lecourt, *Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ?*, dans *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p. 349, spéc. p. 350.

² CJCE, 5 janvier 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 et CJCE, 13 juillet 1964, *Costa/Enel*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

tants au sein du Conseil de l'Union³, à l'occasion des négociations d'adhésion⁴, ou encore dans le cadre des Conférences intergouvernementales de révision⁵, ont su avec maestria faire primer leurs seuls intérêts nationaux et résister aux avancées de la construction communautaire. On pourrait également y inclure celles des peuples eux-mêmes, qui n'ont pas hésité à résister - grâce au référendum, archétype des procédures de démocratie directe - tantôt à l'adhésion au sein de la *Maison communautaire* (Norvège)⁶, tantôt à l'approfondissement du système communautaire (Danemark)⁷. Cependant, les résistances des instances juridictionnelles - celles des juges constitutionnels comme des juges ordinaires - ont été les plus importantes et continuent pour certaines d'entre elles de témoigner de façon magistrale, des résistances nationales aux *spécificités* du processus d'intégration européenne. Surtout, elles sont en quelque sorte l'archétype de la résistance des *Etats de droit* au sein desquels la force du droit est devenue essentielle⁸. Elles seront donc au cœur de l'analyse.

³ *Le Compromis de Luxembourg* du 30 janvier 1966 représente l'archétype des résistances des Exécutifs. La France du Général de Gaulle est à l'origine de ce *constat de désaccord* concernant les modalités de vote au sein du Conseil, conclu à la suite de la *politique de la chaise vide* (juillet 1965 - janvier 1966) mise en œuvre par le ministre français des Affaires étrangères Couve de Murville. Ce diktat français a eu une belle destinée. Après avoir fait partie du droit coutumier communautaire pendant 33 ans, le traité d'Amsterdam a fini par le *conventionnaliser*.

⁴ A la veille de la clôture des négociations relatives au cinquième élargissement, la question délicate de la fixation de la majorité qualifiée au Conseil s'est posée. Le Royaume-Uni et l'Espagne ont résisté afin que la minorité de blocage ne soit pas réévaluée. La pression exercée par ces deux pays a débouché sur la conclusion le 27 mars 1994, entre les Douze et les candidats à l'adhésion, du *Compromis de Ioannina*, en dernier lieu, *JOCE* n° C 1 du 1^{er} janvier 1995.

⁵ Les champions de la résistance organisée à l'approfondissement communautaire sont les gouvernements britannique et danois (et plus récemment irlandais) qui ont su orienter à leurs avantages les négociations des trois dernières Conférences intergouvernementales de révision - les Conférences sur l'Union politique et l'Union économique et monétaire en 1991 et la Conférence intergouvernementale de Turin en 1996. Leur résistance s'est matérialisée par l'annexion aux traités de Maastricht et d'Amsterdam de Protocoles dérogeant aux règles générales afin de satisfaire de pures exigences nationales particulières.

⁶ Par deux fois, le peuple norvégien a dit *non* à l'adhésion. A l'occasion du premier élargissement en 1973 et en 1995 quand l'Union européenne accueillait l'Autriche, la Finlande et la Suède.

⁷ Le 2 juin 1992, le peuple danois rejetait le traité de Maastricht par 50,7 % de non contre 49,3 % de oui. Sur les suites du non danois, voir J. Rideau, *La ratification et l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Aspects internationaux*, *Rev. fr. dr. const.* 1992, p. 479. Le cinquième référendum danois concernant la construction communautaire a été à l'inverse particulièrement positif et a en quelque sorte réconcilié les Danois avec l'Europe. Ils ont approuvé, en effet, le 28 mai 1998, le traité d'Amsterdam à 55,1 % contre 44,9 %, voir N. Petersen, *The Danish Referendum on the Treaty of Amsterdam*, *Zentrum für Europäische Integrationforschung* (ZEI), C 17, 1998.

⁸ J.-J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, Clefs, 1992. Sur les effets dévastateurs de la notion, trop idéalisée pour certains, voir les remarques de B. Luisin, *Le mythe de l'Etat de droit*, dans *Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, p. 249.

Le terme de *spécificité* n'est pas ici employé innocemment. On sait à quel point il est illustratif de l'originalité tout à la fois du *système* d'intégration comme du *droit* né de ce système. C'est au regard de ce *distinguo* - *spécificité* du *système* et *spécificité* du *droit* communautaire - qu'il va être tenté d'analyser la *nature des résistances*. Ont-elles été et sont-elles essentiellement et radicalement négatives ou décèlent-elles au contraire des vertus jusque-là ignorées, ou à tout le moins guère mises en avant ?

I.- LES RÉSISTANCES AUX SPÉCIFICITÉS DU SYSTÈME D'INTÉGRATION

L'expression de *système* est ici entendue dans un sens extensif, comme recouvrant les caractéristiques essentielles du processus d'intégration établi sur la base des traités constitutifs. Aux balbutiements de la construction communautaire, les traités de base apparaissaient particulièrement novateurs. Ils affichaient des desseins inédits (parvenir à une union économique intégrée - qui a pris, selon le franchissement des étapes, l'allure d'un *marché commun* (1957), puis d'un *marché intérieur* (1986), et enfin (1992) d'une *union économique et monétaire*), tandis que les *moyens* mis en œuvre pour atteindre ces objectifs étaient également novateurs : un *triangle institutionnel* apte à élaborer du droit dérivé contrôlé par un organe juridictionnel aux compétences d'attribution conséquentes.

Dans ce contexte, la résistance est venue des *Cours constitutionnelles* dont l'influence sur les systèmes juridiques nationaux n'est plus à démontrer⁹ : elles participent à la mise en place et au maintien de l'*Etat de droit* au sein des Etats - nations longtemps à l'abri, pour certains d'entre eux, du contrôle de constitutionnalité¹⁰. Avec le processus d'intégration européenne, cette fonction démocratique prend une autre dimension que d'aucuns pourraient qualifier de négative. En effet, à certaines étapes clés de l'approfondissement du processus communautaire, les Cours constitutionnelles se sont manifestées pour indiquer ce qu'elles estimaient être les limites du système d'intégration au regard des systèmes constitutionnels, affirmant ainsi l'emprise constitutionnelle sur le processus d'intégration.

⁹ I. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF, Que-sais-je ?, 1997 et D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien Clefs, 1992.

¹⁰ Il faut signaler que certains Etats membres sont toujours dépourvus d'un système de justice constitutionnelle : Pays-Bas, Danemark, Suède, Finlande.

Or, à y regarder de plus près, il serait réducteur d'envisager cette emprise constitutionnelle sous le seul prisme du sursaut national voire nationaliste, rétrograde par définition¹¹. En effet, si les juges constitutionnels sont *montés au créneau*, c'est pour protéger tout à la fois, une *plus value constitutionnelle* et un *champ d'action national*.

Il s'est agi, en effet, dans un premier temps, de contrecarrer la *faille originelle* essentielle du système d'intégration : l'absence d'un catalogue communautaire écrit de droits fondamentaux. Il a fallu ensuite s'opposer aux effets pervers d'une *faille jurisprudentielle*, née de la pratique et consistant essentiellement pour la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) à dépasser, au moyen d'une interprétation évolutive des traités institutifs, les limites posées par les Etats dans le cadre des transferts de compétences.

1.1.- La faille originelle : l'absence d'un catalogue écrit de droits fondamentaux

La vocation économique initiale de la construction européenne explique, on le sait, l'absence d'un catalogue communautaire écrit de droits fondamentaux¹². Or, cette absence - même si elle trouvait une explication rationnelle - est très vite apparue comme une lacune cardinale pour des Etats membres qui, en voulant éradiquer les souvenirs totalitaires du nazisme et du fascisme, avaient décidé non seulement de placer la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne au frontispice de leurs Chartes fondamentales, mais aussi de leur assurer une protection juridictionnelle maximale¹³. On comprend alors aisément que pour des Etats comme l'Allemagne et l'Italie, érigés en *Etat fédéral démocratique et social* pour l'un (article 20 de la Loi Fondamentale de Bonn du 23 mai 1949) et *République démocratique* pour l'autre (article premier de la Constitution

¹¹ L'analyse doctrinale des *réerves de constitutionnalité* est symptomatique d'une approche *idéologique* - ment engagée dans un sens en général résolument négatif, voir, par exemple, l'analyse de M. Fromont, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, *Rev. aff. eur.* 1997, p. 191, spéc. pp. 203-204 et celle de I. Schubel, *La primauté du droit communautaire en Allemagne. Une étude de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande et de la principale doctrine allemande*, *Rev. Marché unique européen* novembre 1997, p. 621.

¹² Excepté certains droits économiques et sociaux expressément mentionnés dans les traités constitutifs tel l'article 12 CE relatif au principe de non-discrimination aucune compétence générale en matière de droits de l'homme ne fut initialement reconnue à la Cour.

¹³ On lira avec intérêt l'excellente analyse comparative de Giancarlo Rolla sur la place des droits fondamentaux dans les Constitutions contemporaines, *Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales*, *Revista Española de Derecho constitucional*, n°54, Septiembre-Diciembre 1998, p. 39.

italienne du 27 décembre 1947), le concept de *Communauté de droit*, au sens d'une Communauté garante du respect des droits fondamentaux, était vide de sens, car tout simplement inexistant dans les années 1970. Ces deux Etats membres¹⁴ furent logiquement ceux qui ont explicitement exprimé des réserves de constitutionnalité relatives aux droits fondamentaux en mettant en œuvre ce faisant une résistance active. La question des droits fondamentaux a resurgi au milieu des années 1990. A cette date, le traité sur l'Union européenne - tel qu'adopté à Maastricht - est mis en œuvre depuis plusieurs années et le traité d'Amsterdam est sur le point d'entrer en vigueur. La problématique s'est déplacée de la protection *stricto sensu* des droits fondamentaux - désormais incontestée - vers le *niveau* de protection juridictionnelle offert aux citoyens européens pour la protection de leurs droits, notamment au regard de la nouvelle configuration du système d'intégration, à savoir une *Union européenne* basée principalement, et donc paradoxalement, sur des piliers intergouvernementaux. A cet égard, la France s'est distinguée pour avoir tenté d'aménager un contrôle spécifique du droit communautaire dérivé. Cette résistance, préparée et annoncée avec force a, cependant, pour l'heure, échoué.

1.- La résistance active

Si les réserves de constitutionnalité allemande et italienne ont consisté à *menacer* d'orchestrer un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé, elles n'en ont pas moins permis l'édification rapide et particulièrement sophistiquée, par la Cour de justice, d'un catalogue jurisprudentiel des droits fondamentaux.

* Les réserves de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux

Assez tôt, la Cour constitutionnelle italienne (arrêts *San Michele* du 27 décembre 1965 et *Frontini Pozzani* du 27 décembre 1973¹⁵) et le Tribunal constitutionnel allemand (arrêts du 18 octobre 1967 et du 29 mai 1974, *Solange I*¹⁶) ont clairement souligné les déficiences du système communautaire de protection des droits fondamentaux et partant son décalage avec les systèmes constitutionnels

¹⁴ Bien que la protection des droits fondamentaux soit tout aussi importante en Espagne et en Autriche, les Cours constitutionnelles de ces pays ne se sont pas directement prononcées sur la question.

¹⁵ V. Di Bucci, *L'application du droit communautaire en Italie*, *Rev. fr. dr. adm.* 1990, p. 975.

¹⁶ R. Stotz, *La primauté du droit communautaire en Allemagne*, *Rev. fr. dr. adm.* 1990, p. 957.

allemands et italiens, plus protecteurs. Bien qu'avec les arrêts *Granital* du 8 juin 1984¹⁷ et *Solange II* du 22 octobre 1986¹⁸, les juges constitutionnels - prenant acte des progrès réalisés à l'échelle communautaire - aient considéré que le droit dérivé communautaire échappait à une appréciation de constitutionnalité, il n'en demeure pas moins qu'ils se sont réservés le droit de recouvrer la plénitude de leurs compétences en cas d'une protection mal assurée par le système judiciaire communautaire. Avertissement non feint.

La Cour constitutionnelle italienne, dans son arrêt n° 232/89 du 21 avril 1989, *Société par actions Fraga/Ministère des Finances*, réitère fermement sa position. Elle y affirme que la sécurité juridique des particuliers doit être sauvegardée quand le juge communautaire limite ou exclut la rétroactivité de ses arrêts qui déclarent l'invalidité de normes communautaires, sous peine de porter atteinte à l'article 24 de la Constitution italienne selon lequel "*chacun a le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et intérêts légitimes*"¹⁹. Et le Tribunal de Karlsruhe, dans son arrêt *Soweit* (Dans la mesure où) du 12 mai 1989, s'est aligné sur cette ligne jurisprudentielle. La problématique s'est enrichie avec l'arrêt *Brunner* de la deuxième chambre du Tribunal constitutionnel allemand du 12 octobre 1993²⁰. L'examen de la recevabilité de la plainte individuelle de M. Brunner - basée sur l'article 93, paragraphe 1, alinéa 4a, de la Loi Fondamentale - lui a permis de revenir sur une jurisprudence bien ancrée (Voir les arrêts *Solange I* du 29 mai 1974 et *Eurocontrol* du 23 juin 1981) qui consistait à écarter la recevabilité des *recours constitutionnels* de citoyens allemands qui invoquaient une disposition de droit communautaire dérivé. En l'espèce, le requérant s'estimait lésé dans ses droits fondamentaux dans la mesure où leur protection n'était plus exclusivement assurée par les pouvoirs publics allemands, mais également par le système communautaire européen. L'argument fut rejeté, mais le Tribunal profita de l'occasion pour souligner son droit d'examiner

¹⁷ A. Barav, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal*, RTD eur 1985, p. 313.

¹⁸ V Constantinesco, *Cour constitutionnelle allemande : droits fondamentaux et droit communautaire : une musique nouvelle sur un air ancien*, RTD eur 1987, p. 545.

¹⁹ L. Dianele, *Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne*, *Cab. dr eur* 1992, p. 3.

²⁰ H.J. Hahn, *La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et le Traité de Maastricht*, *Rev. gen. dr. int. publ.* 1994, p. 107 ; J. Gerkräth, *Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande A propos de l'arrêt du 2^e Sénat du 12 octobre 1993*, *Europe*, novembre 1993, p. 4 ; J. Schwarze, *La ratification du Traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe*, *Rev. Marché Commun* 1994, p. 293.

la constitutionnalité du droit communautaire par le biais de plaintes constitutionnelles formulées sur la base de l'article 93, paragraphe 1, alinéa 4a, de la LE. Ainsi, il ne faut pas voir dans "*ce passage de l'arrêt un retour à Solange I, ni un inflexible par rapport à Solange II, mais tout simplement un élargissement du droit de saisine des individus*"²¹. Les conséquences d'un tel élargissement ne sont-elles pas, pour autant, considérables ? L'utilisation outre-Rhin du recours constitutionnel de l'article 93 paragraphe 1, alinéa 4a, est particulièrement fréquente. Si on associe cette donnée au fait que le Tribunal n'a guère abaissé sa garde et maintient toujours ses avertissements à l'égard d'une diminution du degré de protection (arrêt déjà cité *Soweit*), on en déduit rapidement qu'il sera amené de façon beaucoup plus fréquente à examiner et partant à contrôler le niveau de protection assuré par le système de l'Union. Les risques de déceler une contrariété entre l'ordre juridique allemand et l'ordre juridique communautaire s'en trouvent, en conséquence, passablement accrus. On prend clairement conscience ici que l'intégration européenne est encore loin de pouvoir outrepasser les bornes fixées par la justice constitutionnelle, mais, pourrait-on immédiatement rajouter, pour le bien de l'Union de droit en cours d'édification...

* La création jurisprudentielle d'un catalogue des droits fondamentaux

Alors que l'Avocat général Lagrange invitait dès 1960 la Cour de Luxembourg à faire œuvre prétorienne en lui proposant de s'inspirer des règles constitutionnelles internes et ce afin d'y "*voir l'expression d'un principe général du droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du traité*"²², celle-ci n'accédait à la requête du magistrat qu'en 1969 dans le célèbre arrêt *Stauder*²³, et confirmait sa position en 1970 dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*²⁴. Un vaste mouvement était lancé qui s'accéléra à partir de 1974, peu de temps après le premier signal donné par la Cour constitutionnelle italienne en décembre 1973 dans l'arrêt *Frontini Pozani*. Ainsi, aux traditions *constitutionnelles communes aux Etats membres* - nécessaires

²¹ J. Gerkräth, *Le traité sur l'Union...*, préc., p. 6.

²² CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, aff. 36/59, *Rec.* p. 857, concl. Lagrange, p. 629.

²³ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69, *Rec.* p. 419.

²⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125.

pour dégager les principes généraux du droit communautaire - la Cour ajouta les *instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme*²⁵, parmi lesquels la Convention européenne prit très rapidement une place privilégiée²⁶. L'édification jurisprudentielle bâtie dès lors est impressionnante²⁷ au point que le système communautaire des droits fondamentaux est aujourd'hui si poussé qu'il concurrence directement le système de Strasbourg²⁸, patiemment mis en place par la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1959²⁹. Il se réapproprie aujourd'hui discrétionnairement ses concepts - tel le droit à un *procès équitable* de l'article 6 CEDH - mais aussi ses procédures - notamment le mécanisme de la satisfaction équitable de l'article 41 CEDH (ex-article 50)³⁰.

Il y a donc deux façons opposées d'appréhender la première génération de réserves de constitutionnalité. La première interprétation met l'accent sur leur impact négatif. En allant à l'encontre de la répartition des compétences entre la juridiction communautaire et les juridictions ordinaires, elles marquent une résistance frontale et directe au système communautaire d'intégration. La seconde interprétation - qui a notre faveur - met au contraire l'accent sur leur incidence extrêmement positive concernant la création jurisprudentielle d'un catalogue des droits fondamentaux, qui a été constitutionnalisée par l'article F, § 1, du traité de Maastricht (actuel art. 6, § 2, TUE, après le traité d'Amsterdam).

2.- La résistance annoncée et avortée

La configuration ternaire de l'*Union européenne* inaugurée à Maastricht, confirmée à Amsterdam, n'a pas manqué de soulever des interrogations sur la capacité

²⁵ CJCE, 14 mai 1974, *Nold/Commission*, aff. 4/73, Rec. p. 491.

²⁶ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili/Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec. p. 1219.

²⁷ Les références doctrinales sont innombrables sur la question. On ne citera ici que deux ouvrages récents consacrés au thème des droits fondamentaux en Europe : L. Dubouis (dir.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, Paris, Economica, 1995 ; S. Leclerc, J-F Akandji-Kombé, M.J. Redor (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

²⁸ La concurrence des systèmes de protection n'est pas forcément positive selon P. Biglino Campos, *De que hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales ?*, *Revista de Estudios Políticos*, Julio-Septiembre 1997, p. 71, tandis que F. Sudre annonce la montée en puissance du système luxembourgeois et la lente dégradation de celui de Strasbourg, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?*, *JCP*, n° 1-2, 7 janvier 1998, p. 9. Pour une perception moins tranchée, voir J. Andriantsimbazovina, *La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ?*, *Europe* octobre 1998, p. 3.

²⁹ 1959 est la date à laquelle la Cour de Strasbourg est entrée en fonction.

³⁰ CJCE, 17 décembre 1998, *Baustablgewebe GmbH/Commission*, aff. C-185/95 P, Rec. p. I-8417. Voir *Europe*, février 1999, comm. n° 57 D. Simon et n° 79 L. Idot et *RTDH* n° 39 1^{er} juillet 1999, comm. F. Sudre, p. 487.

des piliers intergouvernementaux, plus spécialement du III^e pilier, à garantir un niveau élevé et efficace de protection des droits. Ces interrogations ont débouché en France sur une *tentative* d'instaurer un mécanisme juridictionnel qui aurait permis de contrôler le droit communautaire dérivé.

* Les failles de l'Union de droit

Le déficit était criant en l'absence de contrôle juridictionnel communautaire (article L TUE) concernant le pilier du traité de Maastricht relatif à la *Coopération en matière de justice et d'affaires intérieures* (CJAD). Si le traité d'Amsterdam a comblé ce déficit, il l'a fait de façon insatisfaisante en minorant et modulant, pour la première fois dans l'histoire du processus d'intégration, la compétence de la Cour de Luxembourg³¹.

La communautarisation d'une partie du III^e pilier aurait dû rassurer les plus sceptiques : en effet, en déplaçant des questions sensibles (asile, libre circulation des personnes, franchissement des frontières) vers le pilier communautaire, la plénitude du contrôle juridictionnel communautaire était recouvrée avec, en outre, l'utilisation de l'acquis jurisprudentiel communautaire en matière de protection des droits. Il n'en fut rien. Car le problème fut déplacé vers la mise en cause potentielle de certains principes particuliers, inhérents à la tradition constitutionnelle de certains pays, plus particulièrement la France.

* La disputatio politico-juridique

C'est dans ce contexte que la question du contrôle constitutionnel des actes dérivés a connu un regain d'intérêt notamment en France³². Pas moins de trois propositions de révisions constitutionnelles ont été déposées entre 1993 et 1996 afin d'imaginer des mécanismes procéduraux de contrôle, tantôt *a priori*, tantôt *a posteriori*, du droit communautaire dérivé³³, devant le constat selon lequel le droit dérivé bénéficiait en France d'une *immunité constitutionnelle*.

³¹ C. Curti Gialdino, *Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam*, *Rev. Marché unique européen* 1998-2, p. 89.

³² Voir le Rapport d'information de la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur les *Relations entre droit communautaire dérivé et Constitutions nationales*, mars 1996.

³³ Deux propositions ont été déposées par des députés (propositions de loi constitutionnelle n° 194 du 18 mai 1993 et n° 2641 du 13 mars 1996) ; une troisième a été déposée par des sénateurs (proposition de loi constitutionnelle n° 328 du 2 juin 1993). Pour un aperçu complet de la question, voir T. Meindl, *Le contrôle de la constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé en France. La possibilité d'une jurisprudence Solange II*, *Rev. dr. publ.* 1998, p. 1665.

Ce sont MM. Mazeaud et Pandraud qui ont dans un premier temps (proposition n°194 du 18 mai 1993) proposé un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* portant sur le droit communautaire dérivé définitivement adopté. Constatant l'inconvénient majeur de cette procédure, la sanction de la France pour manquement au droit communautaire à chaque censure du Conseil constitutionnel, ils déposèrent à nouveau l'ouvrage sur le métier en présentant le 13 mars 1996 une deuxième proposition de loi constitutionnelle visant à ajouter à la Constitution un article 88-5 qui aurait été le symétrique de l'article 54 de la Constitution³⁴. L'objet de la proposition était l'ouverture, par les autorités de saisine habituelles, d'un contrôle de constitutionnalité *préventif* des projets ou propositions d'actes des Communautés européennes qui, en cas de contrariété avec la Constitution, n'auraient pu être approuvés, au niveau communautaire, qu'après révision de la Constitution. Au cas où la Constitution ne pouvait être révisée et si la négociation ne permettait pas d'écarter l'acte contesté, Monsieur Mazeaud préconisait le recours au *compromis de Luxembourg* et ce dans l'hypothèse de la présence d'*intérêts nationaux très importants*.

Cette velléité de résister à l'approfondissement du système communautaire en s'élevant contre l'immunité constitutionnelle du droit dérivé a pour l'heure échoué. En effet, la réforme constitutionnelle du 25 janvier 1999³⁵, consécutive à la décision *Amsterdam* du Conseil constitutionnel (DC n° du 31 décembre 1997)³⁶, n'a pas constitutionnalisé l'examen *a priori* du droit communautaire dérivé³⁷, même si jusqu'au bout, une poignée de députés ont tenté le tout pour le tout. S'il est clair que cette résistance organisée, institutionnalisée, fut l'expression d'une crainte relative au *niveau* de protection juridictionnelle offert

³⁴ Il aurait été rédigé comme suit : "Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le Président de l'une ou de l'autre Assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a constaté qu'un projet ou une proposition d'acte des Communautés européennes ou de l'Union européenne comporte une disposition contraire à la Constitution, le Gouvernement ne peut l'approuver qu'après révision de la Constitution".

³⁵ Loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la Constitution, *JORF* du 26 janvier 1999, p. 1343. F. Châtelier, *La Constitution française et l'Union européenne. A propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999*, *Rev. Marché unique européen* avril 1999, p. 228.

³⁶ F. Luchaire, *Le traité d'Amsterdam et la Constitution*, *Rev. dr. publ.* 1998, p. 331 ; A. Pellet, *Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam, Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 4 1998.

³⁷ La loi constitutionnelle du 25 janvier 1999 n'a fait que modifier l'article 88-2 de la Constitution afin de prendre en considération l'incompatibilité relevée par le Conseil Constitutionnel ainsi que l'article 88-4, qui voit son champ d'application élargi à tous "projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative" et également à tous "les autres projets ou propositions d'actes ainsi que tout document émanant d'une institution de l'Union européenne".

aux citoyens européens, notamment avec les lacunes (relevées plus haut) du III^e pilier ; elle était également - il ne faut pas se voiler la face - une hostilité de principe, idéologique, à la construction communautaire, par attachement à la souveraineté des Etats. Or, on peut se demander s'il s'agit d'une affaire véritablement classée. Ne serait-elle pas plutôt au contraire en suspens ? Même si le Conseil constitutionnel, après l'examen direct *a priori* du traité d'Amsterdam, a mis en exergue son inconstitutionnalité, il n'en reste pas moins que les processus constitutionnels internes de ratification du Traité d'Amsterdam n'ont pas sollicité les juges constitutionnels de la majorité des Etats membres³⁸. Ne peut-on pas alors considérer que la question de constitutionnalité de certaines stipulations pourrait être posée lors de la contestation devant les Cours constitutionnelles d'actes dérivés pris sur le fondement du Traité d'Amsterdam ?

I.2.- La faille jurisprudentielle : la transgression du principe d'attribution des compétences

Dans la phase historique initiale du processus d'intégration européenne - la phase *acquisitive* de la construction communautaire - la Cour de justice a développé une jurisprudence constructive, dont le but était logiquement d'obtenir un ancrage durable, dans le temps, du processus d'intégration. Cette jurisprudence s'est révélée d'autant plus essentielle quand le Conseil des ministres, paralysé par les effets pervers du *constat de désaccord* de Luxembourg, ne s'était plus donné les moyens d'être un législateur efficace. La Cour de justice a pris ses aises avec des interprétations jurisprudentielles virant à la révision judiciaire des traités³⁹. Les exemples ne manquent pas où les *sages* du plateau de Kirchberg ont dépassé la lettre des traités, toujours il est vrai avec un objectif précis et logique, celui de remédier à une situation *pathogène*. Ils ont ainsi alloué à la Communauté les moyens d'agir sur le plan international en lui reconnaissant des compétences externes⁴⁰ ; ils ont octroyé au Parlement européen les moyens

³⁸ D. Maus, O. Passelecq (dir.), *Le Traité d'Amsterdam face aux Constitutions nationales*, Paris, La Documentation française, Les Cahiers constitutionnels de Paris I, 1998. Les procédures internes de ratification du traité de Maastricht ont à l'inverse souvent sollicité les juges constitutionnels dans le cadre du contrôle *a priori* des traités internationaux. Voir, par exemple, en Espagne la décision du 1^{er} juillet 1992 et en France les décisions Maastricht I (9 avril 1992), II (2 septembre 1992) et III (23 septembre 1992), Voir J.-C. Masclat, D. Maus (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris, La Documentation française, 1992.

³⁹ M. Bettati, *Le "law-making power" de la Cour*, *Pouvoirs* 1989, n° 48, p. 57 ; J.-P. Jacqué, *Le rôle du droit dans l'intégration européenne*, *Revue de philosophie politique*, 1991, p. 119.

⁴⁰ CJCE, 31 mars 1971, *Commission/Conseil* (affaire dite AETR), aff. 22/70, *Rec. p.* 263 ; avis 1/76, 26 avril 1977, *Rec. p.* 754 ; 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. jtes 3/76, 4/76 et 6/76, *Rec. p.* 1308.

d'agir en annulation (légitimation active)⁴¹, après avoir permis aux institutions et aux Etats membres d'attaquer ses actes (légitimation passive)⁴², afin de donner au vie au principe de *Communauté de droit*⁴³; ils ont également permis de protéger efficacement les justiciables contre les incuries des Etats, essentiellement contre leur apathie à transposer les directives dans les délais ou contre une transposition incorrecte (effet direct des directives)⁴⁴.

Cette jurisprudence évolutive, bien qu'elle ait pu être accueillie parfois très favorablement par les Etats au moment de la révision des traités (il suffit de se référer à la *constitutionnalisation* de la jurisprudence sur la légitimation du Parlement européen, étendue à la Banque Centrale européenne⁴⁵), n'en a pas moins été stoppée dans son élan. Les Etats membres en ont sonné le glas en inscrivant *expressis verbis* tout à la fois le principe d'attribution des compétences (article 5 TUE et article 5, al. 1, CE - ex-art. 3B, al. 1, CE), mais aussi celui de subsidiarité (article 5, al. 2, CE)⁴⁶. Le *la* était donné : tant le Conseil de l'Union européenne que la Cour de justice devaient rentrer dans le rang : faire un usage *modéré* de l'article 308 CE (ex-art. 235⁴⁷) pour le premier ; abandonner la jurisprudence audacieuse des premiers temps pour la seconde.

C'est dans ce contexte restrictif que la Cour constitutionnelle allemande est venue enfoncer le clou en lançant un avertissement cinglant à la Cour de Justice. En réalité, la décision *Brunner* du 12 octobre 1993 s'inscrit dans un cou-

⁴¹ CJCE, 21 mai 1990, *Parlement / Conseil* (affaire dite *post-Tchernobyl*), aff. 70/88, Rec. p. I-2041.

⁴² CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts"*, aff. 294/83, Rec. p. 1339.

⁴³ La Cour a en effet considéré dans l'arrêt *Les Verts* que "la CE est une communauté de droit en ce qui ni ses Etats membres, ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la chartre constitutionnelle de base qu'est le traité".

⁴⁴ CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, Rec. p. 53.

⁴⁵ Le nouvel article 230 CE (ex-art. 173 CE) est rédigé comme suit : "La Cour de justice contrôle la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européenne et le Conseil, de la Commission et de la BCE, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers.../...La Cour de justice est compétente, dans les mêmes conditions, pour se prononcer sur les recours formés par le Parlement européen, par la Cour des comptes et par la Banque centrale européenne, qui tendent à la sauvegarde des prérogatives de ceux-ci".

⁴⁶ H. Bribosia, *Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres*, *Rev. Marché unique européen* 1992-4, p. 165. J.-L. Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997 ; V. Constantinesco, *Le principe de subsidiarité, un passage obligé vers l'Union européenne*, dans *Mélanges Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, p. 35 ; P.-A. Feral, *Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne*, *Rev. dr. publ.* 1996, p. 203 ; K. Lenaerts, P. van Ypersele, *Le principe de subsidiarité et son contexte*, *Cah. dr. eur.* 1994, p. 3. C. Millon-Delsol, *L'Etat subsidiaire, Ingérence et non ingérence de l'Etat. Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, PUF, 1992. Voir également le numéro spécial publié en 1998 de la *Revue des affaires européennes* consacré au principe de subsidiarité.

rant jurisprudentiel des Cours constitutionnelles qui toutes, de façon explicite ou implicite, ont *sacralisé* le principe d'attribution des compétences (plus connu en droit international général, sous le vocable de principe de *spécialité*), en condamnant toute adoption d'un acte de droit dérivé au-delà des compétences transférées par les traités.

On ne peut dès lors s'empêcher de considérer que cette vague jurisprudentielle, associée aux nouvelles prescriptions du traité de Maastricht, a été à l'origine du tournant jurisprudentiel communautaire marqué par une analyse très stricte du principe d'attribution des compétences.

1.- L'avertissement lancé par le juge constitutionnel

Avant de porter un jugement de valeur hâtif sur la manière dont le juge allemand a abordé la question de l'exercice des compétences communautaires, il convient de bien situer la question afin de mettre correctement en perspective les interventions judiciaires nationales.

Positionnement du problème

Le problème peut se résumer de la manière suivante : eu égard aux principes régissant le droit des organisations internationales, les normes de droit dérivé sont en principe *obligatoirement* soumises à celles des traités originaires et ne peuvent y déroger, sous peine d'agir en violation du droit primaire et donc de la limite des pouvoirs que les Etats entendaient conférer à l'organisation. Les analyses croisées des doctrines constitutionnelles démontrent qu'une disposition de droit dérivé qui ne trouverait pas son fondement dans les traités ne saurait primer le droit national⁴⁷. En effet, grâce aux travaux menés par la Conférence des Cours constitutionnelles, on sait qu'elles ont toutes le même point de vue. Il est établi que si les institutions communautaires empiétaient sur les compétences des pouvoirs publics nationaux au-delà des prévisions du traité, les juges constitutionnels considéreraient qu'il y aurait là une atteinte portée à l'attribution de l'exercice des compétences sans autorisation, ni par le traité, ni par la Constitution - qui ne peut évidemment pas consentir aux transferts de compétences non induits par le droit communautaire originaire⁴⁸. De fait, un excès de

⁴⁷ O.B. Dord, *Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°4, 1998.

⁴⁸ J.-E. Schoettl, *Rapport général*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°4 1998.

pouvoir des institutions communautaires est unanimement appréhendé comme un *ultra vires* inconstitutionnel qui doit être censuré. "Toute la question est de savoir à qui il incombe de mettre ce principe en œuvre" ⁴⁹.

Une telle interrogation ne devrait guère poser de problèmes dans une organisation d'intégration comme l'Union européenne dans la mesure où est prévue l'existence d'un organe de contrôle dont une des missions est justement de sanctionner les atteintes à la légalité communautaire. Eu égard à la répartition des compétences entre la juridiction communautaire et les juridictions nationales, c'est à la Cour de Luxembourg que revient la tâche de contrôler la légalité communautaire. Dans ce sens, elle a dénié (une fois de plus *via* une interprétation extensive des textes) aux juges nationaux le pouvoir de déclarer invalides des actes de droit dérivé (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85). Dans cet esprit, plusieurs Cours constitutionnelles considèrent que les Constitutions nationales, en consentant à l'instauration de l'ordre juridique communautaire, ont admis que le régime contentieux des actes communautaires suivrait des règles propres, celles du système communautaire. "Dès lors, même s'il outrepassé les compétences transférées aux institutions communautaires, un acte de droit dérivé ne peut avoir qu'un seul juge, le juge communautaire" ⁵⁰.

C'est le cas de la Cour constitutionnelle espagnole (STC n° 28/1991) qui considère que "le droit communautaire a ses propres organes de garantie, parmi lesquels on ne compte pas ce tribunal constitutionnel" (FJ n° 7), tandis que la Cour autrichienne décline catégoriquement sa compétence pour connaître d'un acte communautaire, même intervenu en méconnaissance manifeste des compétences transférées. Certains juges constitutionnels poussent la logique communautaire à son paroxysme procédural en invoquant le mécanisme préjudiciel d'interprétation (art. 234 CE - ex-art. 177 CE). Ainsi de la Cour d'arbitrage belge, de la Cour administrative suprême de Finlande, du Conseil d'Etat néerlandais ou encore du Tribunal suprême danois. A l'unisson, ils considèrent qu'il faudrait poser une question préjudicielle à la CJCE si d'aventure elles étaient confrontées au problème de *validité* d'un acte de droit dérivé ⁵¹.

⁴⁹ D. Grimm, *La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l'angle du droit constitutionnel allemand. Situation après la "Décision Maastricht" de la Cour constitutionnelle Fédérale d'Allemagne*, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°4 1998.

⁵⁰ J-E. Schoettl, préc., p. 7.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 7-9.

Jusqu'à présent, point de résistance. Si les Cours ont montré qu'elles étaient attachées au respect du principe de l'attribution des compétences, elles n'en ont pas moins montré que le contrôle d'un dépassement des limites du transfert ne leur incombait pas. Toutefois, la problématique est loin d'être close quand on doit répondre à l'interrogation suivante : quel est l'organe de contrôle compétent quand celui désigné par les traités viole lui-même les prescriptions conventionnelles, allant au-delà des transferts de compétences autorisés par les Etats ? Que faire quand c'est la Cour de justice elle-même qui opère un *ultra vires* ? Tel est le cœur du problème posé par la décision *Brunner*.

* La décision allemande du 12 octobre 1993

Bien que le Tribunal de Karlsruhe ait déclaré le traité sur l'Union européenne conforme à la Loi Fondamentale, il a mis l'accent, dans plusieurs *obiter dicta*, sur un certain nombre de conditions et exigences qui pourront faire l'objet d'un contrôle de sa part, à l'aide d'une interprétation particulièrement extensive de l'article 38 LF. L'une de ces exigences vise l'influence indispensable que devra conserver le *Bundestag* sur le développement ultérieur de l'Union ⁵². La deuxième exigence du juge constitutionnel allemand concerne l'indispensable précision que doivent recouvrir les transferts de compétences aux Communautés afin que leur exercice reste prévisible. Bien qu'il constate que la réaffirmation des principes d'attribution et de proportionnalité et l'introduction du principe de subsidiarité (ex-art. 3B, al. 2, CE) sont en principe des garde-fou à toute extension inconsidérée des compétences communautaires, il ne lance pas moins un avertissement aux institutions communautaires. L'article 6 (ex-art. F), paragraphe 3, TUE - *L'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques* - comme les actes communautaires qui seront adoptés sur la base du traité sur l'Union ne devront pas être appliqués ou interprétés dans un sens plus intégrationniste que ne le prévoit le dispositif mis en place à Maastricht : "... il faudra considérer, lors de l'interprétation des règles de compétence par des institutions et organes communautaires, que le Traité sur l'Union européenne fait en principe la distinction entre l'exercice d'un pouvoir de souveraineté conféré dans les limites précises

⁵² Les débats qui se sont déroulés dans la plupart des Etats membres à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht à propos du déficit démocratique, transparaissent ici de façon éclatante. Le Tribunal s'en est fait indirectement l'écho pour considérer, en fin de compte, que cette influence était assurée dans la mesure où toute modification des traités qui fondent l'Union nécessite une nouvelle loi d'approbation et où le *Bundestag*, sur la base du nouvel article 23 LF.

et un amendement du Traité". Si le Tribunal constate un dépassement de la couverture constitutionnelle octroyée par la loi d'approbation allemande, les actions des institutions communautaires "n'auraient pas de force obligatoire en Allemagne et les organes allemands devraient refuser de leur donner suite". Et la Cour d'affirmer, comme pour éviter une telle situation, qu'elle "contrôlera si les actes juridiques des institutions européennes restent dans les limites des droits souverains qui leur sont attribués ou s'ils s'échappent de ces limites".

Des critiques très sévères ont été adressées au Tribunal pour de telles déclarations, car la "Cour se réserve le droit de décider, si une telle évolution effectuée par exemple par la Cour de justice, est encore immanente au traité ou si elle exige une modification de celui-ci. Ces passages créent une incertitude inconnue jusqu'à présent dans le rapport de l'Union avec son Etat membre allemand"⁵³. Or, de telles critiques passent sous silence le cœur du problème, celui de la jurisprudence extensive, virant souvent à la révision judiciaire, de la Cour de justice. Peut-on véritablement reprocher à une Cour constitutionnelle nationale de s'ériger en gardienne de l'orthodoxie communautaire - rompant certes avec la répartition des compétences juridictionnelles entre Luxembourg et les juridictions nationales - quand la Cour de justice, mais aussi le Conseil, font fi de leur propre compétence d'attribution ?

Le juge communautaire n'est pas resté sourd aux légitimes préoccupations nationales : les domaines ne manquent pas où la Cour de justice a démontré à l'envie le virage radical amorcé par sa jurisprudence. Entre Karlsruhe et Luxembourg, le fil du dialogue ne s'est pas rompu, bien au contraire.

2.- L'avertissement pris en compte par le juge communautaire

La compétence externe de la Communauté (CJCE, avis 1/94, OMC, 18 novembre 1994, Rec. p. I-5267 et avis 2/92, 24 mars 1995, Rec. p. I-521)⁵⁴ et le domaine de la libre circulation des marchandises (CJCE, 24 novembre 1993, Procédure pénale/Keck et Mithouard⁵⁵), sont emblématiques de cette nouvelle donne. Ce reflux jurisprudentiel est révélateur de la nouvelle conception que la Cour

⁵³ J. Schwarze, préc., p. 300.

⁵⁴ J. Dutheil de La Rochère, *L'ère des compétences partagées : à propos de l'étendue des compétences externes de la Communauté européenne*, Rev. Marché unique 1995, p. 461.

⁵⁵ aff. jtes C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097.

attache, non seulement au système communautaire de répartition des compétences, mais aussi par la même occasion à ses propres pouvoirs⁵⁶. Toutefois, le texte qui expose de la façon la plus magistrale cette nouvelle donne n'est pas un arrêt, mais un avis. Il est bien évidemment question de l'avis n°2/94 du 28 mars 1996⁵⁷ concernant l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. Démontrant une fois de plus que l'intégration par le droit implique obligatoirement un dialogue juridictionnel, le Tribunal suprême danois, dans un arrêt du 6 avril 1998⁵⁸, lançait un signe apaisant en direction de la Cour en lui signifiant clairement qu'il avait pris acte de la nouvelle donne communautaire, à la fois jurisprudentielle et normative.

* L'avis n°2/94 du 28 mars 1996 de la Cour de Luxembourg

Si l'analyse est brouillée dans la mesure où la motivation développée par la Cour dans cet avis fondamental épouse parfaitement ses propres intérêts - en niant la compétence de la Communauté pour adhérer à la CEDH, il est clair qu'elle a sauvegardé son autonomie par rapport à la Cour de Strasbourg - il n'en reste pas moins que les points 23 et 30 de l'avis apparaissent comme la réplique précise donnée par la Cour à l'avertissement cinglant lancé par le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe. Non seulement elle mentionne pour la première fois de façon expresse le principe qui régit le fonctionnement de la Communauté, celui d'attribution des compétences (point 23), mais elle fait encore table rase du passé en interprétant restrictivement l'article 235 (nouvel article 308 CE), en considérant que "cette disposition ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre

⁵⁶ H. Gaudin, *Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité*, Rev. aff. eur. 1998, n°1 et 2, p. 10.

⁵⁷ J. Boulouis, *De la compétence de la Communauté européenne pour adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, dans Mélanges Jacques Robert, *Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 315 ; O. de Schutter, Y. Lejeune, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, à propos de l'avis n°2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes*, *Cab. dr. eur.* 1996, p. 555 ; J-F. Flauss, *L'avis n°2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes : l'orthodoxie constitutionnelle au détriment des droits de l'homme*, *Bull. DH*, 1996, p.1 et *La protection des droits de l'homme dans le cadre de la Communauté européenne. De l'avis n°2/94 de la Cour de justice aux propositions de la CIG*, *Petites affiches* 30 juillet 1997 n°91, p. 4 ; S. Mathieu, *L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ?*, *Rev. Marché Commun* 1998, n°414, p. 31 ; L. Pettiti, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne après l'avis de la CJCE*, *Bull. DH* 1996-6, p. 20 et s. ; D. Simon, *L'avis n°2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la CEDH*, *Europe* juin 1996, p. 1 ; P. Wachsman, *L'avis n°2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *RTD eur.* 1996, p. 467.

⁵⁸ P. Dyrberg, *La Constitución danesa y la Unión Europea II (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998)*, *Revista de Derecho Comunitario europeo* 1998, p. 573.

général résultant de l'ensemble des dispositions du traité, et en particulier de celles qui définissent les missions et les actions de la Communauté. Elle ne saurait en tout cas servir de fondement à l'adoption de dispositions qui aboutiraient en substance dans leurs conséquences, à une modification du traité échappant à la procédure que celui-ci prévoit à cet effet".

Comment interpréter cette dernière phrase autrement qu'en considérant qu'elle est la réponse claire et précise du juge communautaire à l'avertissement lancé par le juge constitutionnel allemand qui, le 12 octobre 1993, soulignait la limite qui séparait l'*élaboration* du droit communautaire de sa *révision* ?

Le temps de la révision judiciaire des traités semble révolu, tandis que le temps du respect des principes de fonctionnement des organisations internationales et de leurs relations avec leurs Etats membres semble avoir été accueilli favorablement par la Cour. Il n'est pas absurde de penser qu'en plus des nouvelles dispositions résultant du traité de Maastricht (les alinéas 1 et 2 de l'article 5 CE), la décision *Brunner* du 12 octobre 1993 y ait été pour quelque chose. Du coup, il est piquant de constater que la Cour de justice a comblé la lacune originelle et cardinale du système d'intégration, lacune qui n'était pas de son fait, mais de celui du système à dominante économique tel qu'imaginé par les pères fondateurs et qu'elle a également remédié à la deuxième carence importante du système d'intégration, carence jurisprudentielle dont elle était, pour le coup, à l'origine.

* La réponse danoise à l'avis de la Cour : la décision du Højesteret du 6 avril 1998

C'est la constitutionnalité de la loi danoise du 29 avril 1993 relative à la ratification du traité de Maastricht et modifiant la loi d'adhésion que dix citoyens danois ont mis en cause devant le *Højesteret*, le Tribunal Suprême de Copenhague. Le recours - limité au pilier communautaire et à l'intérieur de celui-ci, au seul traité instituant la Communauté européenne⁵⁹ - portait, en premier lieu, sur la violation de l'article 20 de la Constitution danoise⁶⁰ (tant par la

⁵⁹ Le recours portait sur le premier pilier et sur le pilier communautaire, excepté toutefois les dispositions relatives à la III^e phase de l'Union économique et monétaire, le Danemark ne participant pas à cette aventure monétaire (art. 4, §12, point a de la loi d'adhésion), voir point 9.1 de l'arrêt.

⁶⁰ L'article 20 est libellé de la façon suivante : "§1. Les attributions dont sont investies les autorités du Royaume, aux termes de la présente constitution, peuvent être transférées par une loi dans une mesure déterminées par celle-ci, à des autorités internationales créées en vertu d'une convention passée par accord réciproque avec d'autres Etats en vue de promouvoir la coopération et l'ordre juridique internationaux. §2 Pour l'adoption d'un projet de loi à cet effet, une majorité des 5/6^e des membres du Folketing est requise. Si cette majorité n'est pas obtenue, tout en étant nécessaire pour l'adoption des projets de loi ordinaires, et que le gouvernement maintienne le projet, celui-ci sera soumis aux électeurs du Folketing pour être approuvé ou rejeté, conformément aux règles fixées à l'article 42 concernant les référendums."

jurisprudence extensive de la Cour que par le recours à l'article 235 CE, nouvel art. 308) et, en second lieu, sur le fait que la *cession de souveraineté* opérée en faveur de la Communauté était telle qu'elle s'avérait incompatible avec l'exigence démocratique du système parlementaire danois.

L'analyse du Tribunal suprême relative à la violation alléguée de l'article 20 de la Constitution, dont il rappelle qu'il a été inséré en 1953 "*afin de rendre possible l'adhésion du Danemark*" (point 9.2 de l'arrêt), ne brille pas par son style, mais plutôt par son caractère pédagogique. Les parties requérantes invoquaient l'utilisation pratique de l'article 235 CE antérieurement à l'application du TUE. Elle aurait engendré une extension des compétences communautaires qui aurait dépassé la condition posée par l'article 20, paragraphe 1, de la Constitution qui impose que tout transfert de compétence se réalise "*dans une mesure déterminée*" (exigence dite de *détermination*). À cette requête basée sur des considérations empiriques, le Tribunal répond en trois temps au point 9.4 de son arrêt.

Il précise d'abord l'objet du recours : "*L'affaire a trait à la question de savoir si la loi relative à l'adhésion du Danemark au traité instituant la CE, telle qu'elle a été modifiée par le traité sur l'Union, a été adoptée conformément à la Constitution. Il n'y a dès lors pas lieu de statuer sur le point de savoir si du fait de l'adoption de certains actes juridiques et autres, adoptés en application de l'article 235 à une époque antérieure à la modification du traité, les limites de la compétence ainsi transférées ont éventuellement été outrepassées*"⁶¹.

Il s'agit d'un habile subterfuge pour éluder la réponse à ce qui était une vraie question, déjà abordée par le juge constitutionnel allemand : l'utilisation sans doute permissive de l'article 235 CE par le passé. Il n'en reste pas moins que la tournure de la phrase laisse clairement sous-entendre que le juge suprême danois n'est pas dupe sur l'utilisation *historique* de l'article 235 CE. Cette impression est confirmée quelques paragraphes plus loin quand le Tribunal estime que "*c'est cette interprétation de l'article 235 qu'il convient de retenir, même si antérieurement à la modification du traité, cette disposition avait éventuellement été appliquée en partant d'une acception plus large*". L'incise est loin d'être anodine ; le moins que l'on puisse dire est que les anciens dérapages de l'article 235 ne sont pas passés inaperçus des membres de la Haute juridiction danoise, après avoir également été relevés par le juge constitutionnel allemand.

⁶¹ Extrait de la traduction proposée dans P. Dyrberg, préc. p. 581.

Le deuxième temps de l'argumentation du Tribunal consiste à opérer un examen *in abstracto* de la fameuse disposition *soupage* du traité instituant la Communauté européenne. Il égrène, à l'aide d'un style didactique, les caractéristiques essentielles de l'article 235. Afin de mettre en valeur le fait que l'action projetée par le Conseil "doit se situer dans les limites de l'activité de la Communauté", le Tribunal reproduit *expressis verbis* les points 29 et 30 de l'avis de la Cour n° 2/94 pour affirmer que "c'est cette interprétation de l'article 235 qu'il convient de retenir". N'est-ce pas démontrer ici de façon magistrale que le *Højesteret* entend avancer à l'unisson avec la Cour de justice sur le chemin d'une intégration respectueuse du principe d'attribution des compétences ?

Le troisième temps de l'argumentation danoise consiste à rappeler l'exigence d'unanimité pour l'adoption des dispositions visées par l'article 235. Après s'être adressé à la Cour de justice, le juge suprême s'adresse clairement au gouvernement danois en lui signifiant qu'il "peut ainsi empêcher que cette disposition soit utilisée pour adopter des mesures ne se situant pas dans le cadre de l'habilitation décernée par le Danemark à la Communauté européenne". Et de poursuivre sur la voie impérative : "le gouvernement ne peut pas contribuer à l'adoption de propositions exorbitantes de ce cadre et impliquant pour cette raison un nouveau transfert de souveraineté".

Comment ne pas être frappé ici par les interactions juridictionnelles évidentes entre les juges nationaux et le juge communautaire ? Le Tribunal constitutionnel allemand - à la suite ne l'oublions pas des gouvernements qui inscrivait la subsidiarité au cœur du traité de Maastricht - a donné en quelque sorte le *la* de la nouvelle configuration de l'exercice des compétences communautaires (Décision *Brunner*). Entériné avec force par la Cour de Luxembourg (avis n° 2/96), le *Højesteret* en a pris acte consciencieusement (Affaire dite de la *Constitution*). Cela lui a permis de débouter les requérants et de confirmer la décision de l'*Østre Landsret*.

Avoir pris le parti de contrecarrer les failles du système d'intégration ne peut pas être considéré comme relevant de la fronde nationale exclusivement réactionnaire. Il s'est agi en effet de protéger un acquis constitutionnel et de rappeler la rigueur nécessaire de la répartition des compétences. Certes, ces prises de positions ont pu créer et continuent de créer un certain malaise, car elles sont souvent analysées sous le prisme des principes du seul système communautaire *stricto sensu*. Or, est-il besoin de rappeler que le système communautaire d'intégration est avant tout la rencontre de deux types de systèmes, le système des

institutions européennes avec celui des institutions nationales ? Quand les systèmes nationaux font entendre leur voix et font de la résistance, il est crucial de se demander *pourquoi*.

C'est à cette interrogation que l'on va tenter de répondre dans la deuxième partie de cette étude afin d'analyser si les résistances à la spécificité du droit communautaire ont été aussi positives que celles qui se sont développées contre certains traits caractéristiques du système d'intégration.

II.- LES RÉSISTANCES À LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT DE L'INTÉGRATION

La spécificité inhérente au droit communautaire est connue. Inutile de rappeler ici la consécration jurisprudentielle des principes de primauté et d'effet direct. Inutile également de préciser la manière dont la Cour de justice a, ces dernières années, tiré toutes les conséquences de ces deux principes cardinaux pour assurer aux particuliers une *protection juridictionnelle effective*, ainsi qu'une *réparation adéquate des violations du droit communautaire*⁶². À l'heure du bilan sur l'assimilation ou au contraire sur la résistance à ce courant jurisprudentiel qui a réduit, à de nombreux égards, l'autonomie procédurale des Etats membres, le constat est paradoxal.

Ce qu'il est désormais classique de nommer, avec Denys Simon, *le contentieux de la deuxième génération*⁶³, a été accueilli très favorablement par les Etats. Quand les juridictions nationales n'ont pas anticipé les avancées communautaires, elles les ont *in fine* dûment prises en compte et ont participé du même coup à la transformation du paysage contentieux interne. L'Irlande et les Pays-Bas sont deux Etats exemplaires du point de vue de l'anticipation. La Cour suprême irlandaise anticipait dès 1985 les avancées jurisprudentielles de Luxembourg en matière de *sursis à exécution*, donc de protection des particuliers au provisoire. Son arrêt montrait qu'elle était prête à appliquer le droit communautaire en dépit d'une loi de l'*Oireachtas* et à accorder - pour reprendre les termes de l'arrêt *Factortame*⁶⁴ rendu cinq ans plus tard - "des mesures provi-

⁶² Pour une synthèse stimulante de la jurisprudence communautaire, voir G.C. Rodriguez Iglesias, *Consideraciones sobre la formación de un Derecho europeo Gaceta jurídica* n° 200 abril-mayo 1999, p.11.

⁶³ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1998, 2^e éd., p. 291. L'auteur de l'expression n'en conserve pas moins un esprit critique en mentionnant : "L'utilisation de cette formule n'est d'ailleurs pas totalement irréprochable, dans la mesure où il s'agit moins d'une succession chronologique que d'une accentuation récente des tendances qui étaient déjà en germe dans la jurisprudence précédente".

⁶⁴ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357.

soires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire"⁶⁵. Aux Pays-Bas, on constate le même phénomène d'anticipation en matière de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire. Le *Hoge Raad*, la juridiction ordinaire suprême, avait reconnu bien avant l'arrêt *Francovitch* que l'Etat pouvait être tenu pour responsable, non seulement pour des voies de fait et des décisions individuelles, mais également pour des actes législatifs⁶⁶.

Il est d'autres Etats - ils constituent la majorité - qui, s'ils n'ont pas anticipé la ligne de Luxembourg, l'ont néanmoins suivie sans difficultés. La consécration communautaire de la protection juridictionnelle provisoire des particuliers dans les arrêts *Factortame*⁶⁷ et *Zuckerfabrick*⁶⁸ est un domaine topique de cette évolution en Espagne. Le système de la justice au provisoire, particulièrement lacunaire outre-Pyrénées, a été entièrement revisité grâce à la jurisprudence communautaire. La réappropriation des conclusions savantes de l'Avocat général Tesauro sous l'arrêt *Factortame*, le 20 décembre 1990, par le Tribunal suprême espagnol, a permis au contentieux administratif espagnol de faire tomber un de ses plus vieux dogmes : la présomption automatique de validité des actes de l'Administration⁶⁹. Il en fut de même en France avec la reconnaissance par le Conseil d'Etat de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire. Le chemin parcouru par le Conseil d'Etat est somme toute fondamental depuis l'arrêt *Alivar* de 1984⁷⁰ jusqu'aux arrêts *Arizona Tobacco et Philip Morris* de 1992⁷¹ ou encore *Fourrures Maurice* de 1995⁷². Ces quelques exemples suffisent pour démontrer que les inéluctables conséquences pratiques de la primauté et de l'effet direct ne posent pas de problèmes majeurs aux juridictions nationales ordinaires. Quand bien même on pourrait relever ici ou là des incertitudes jurisprudentielles⁷³, il est clair qu'elles ne peuvent pas être

⁶⁵ N. Fennelly, A.M. Collins, *Irlande*, dans J. Rideau (dir.), *Les Etats membres de l'Union européenne. Adaptation, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, p. 297.

⁶⁶ B. De Witte, *Pays-Bas*, dans J. Rideau (dir.), *ibid.*, p. 389.

⁶⁷ CJCE, 19 juillet 1990, *The Queen/Secretary for Transport, ex parte Factortame*, aff. C-213/89, Rec. p. I-2433.

⁶⁸ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Südderdtübmarschen*, aff. C-143/88 et C-92/89, Rec. p. I-415.

⁶⁹ L. Burgogue-Larsen, Espagne, dans J. Rideau (dir.), *Les Etats membres...*, préc., p. 183.

⁷⁰ CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur/Société Alivar*, AJDA 1984, p. 396.

⁷¹ CE, Ass., 28 février 1992, *Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris*, Rec. Leb. p. 78.

⁷² CE, 30 janvier 1995, *Soc. Fourrures Maurice*, DA 1995, n°302.

⁷³ On peut mentionner ici les hésitations dans la jurisprudence du Conseil d'Etat à reconnaître l'application d'office du droit communautaire : alors qu'il avait soulevé d'office une question tirée du droit communautaire dans l'affaire *Symacomex* (CE, 10 juillet 1970), il a refusé dans l'affaire *Morgane* de suivre les

assimilées à des résistances, c'est-à-dire à une volonté délibérée et affichée de ne pas jouer le jeu de l'intégration.

Or l'exigence existentielle inhérente au droit communautaire, à savoir sa primauté, sa prévalence diront plutôt certains auteurs, constitutive du contentieux de la première génération, n'est toujours pas aujourd'hui chose acquise au sein des quinze Etats membres. De même, peut-on parler également d'une assimilation pleine et entière du principe de coopération loyale qui est au cœur du mécanisme préjudiciel, alors que les Cours constitutionnelles n'envisagent pas de saisir la Cour de justice ? Autrement dit, la coopération préjudicielle ne serait-elle pas à géométrie variable ?

II.1.- La primauté relative

Certains pourront considérer qu'analyser, trente cinq ans après l'arrêt *Costa*, les résistances des juridictions à la primauté du droit communautaire n'a pas grand intérêt. Non seulement parce que l'époque des grands affrontements avec les juridictions nationales est révolue, mais aussi parce que, dans la pratique, ces dernières ont accepté de tirer les conséquences de cette spécificité du droit communautaire. Or, rien n'est moins sûr. Comment en effet ne pas être perplexe devant le fait que la primauté est aujourd'hui encore, dans de nombreux Etats, relative ?

En effet, quand bien même la primauté sur les lois est partout affirmée, elle ne l'est toujours pas au nom de la spécificité du droit communautaire. Surtout, rares sont les juridictions nationales qui ont consacré la primauté absolue du droit communautaire, à savoir la primauté du droit communautaire sur les constitutions nationales.

1.- Le droit communautaire prime toujours les lois

Les rapports entre le droit communautaire et les lois sont des rapports désormais pacifiés au sein des Etats membres. Au Luxembourg par exemple, le droit

conclusions de son commissaire du gouvernement qui l'incitait à soulever d'office en tant que moyen relevant du champ d'application de la loi la question de savoir si un texte réglementaire était encore applicable compte tenu du délai imparti aux Etats membres pour mettre leur réglementation nationale en conformité avec les orientations d'une directive, CE, section, 11 janvier 1991, *Morgane* et CE, 26 février 1996, *Mégel et Petit*. Les juridictions judiciaires ont pour leur part accepté de soulever d'office des moyens tirés du droit communautaire en posant à la suite une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg : CJCE, 11 août 1995, *Edouard Dubois et fils SA, General Cargo Services SA et Garonor exploitation*, aff. C-16/94, Rec. p. I-2421.

communautaire a bénéficié de l'ouverture au droit international de la Cour supérieure de justice qui, dès le 17 juillet 1954, (arrêt *Pagani*) reconnaissait l'essence supérieure du droit international qui, de ce fait, devait prévaloir sur la loi nationale en cas de conflit.

On sait que ces rapports ont été, en France notamment, à l'origine d'une saga jurisprudentielle qui a tenu en haleine le *petit monde* des juristes, mais aussi et surtout les particuliers qui étaient les premiers - il ne faut jamais en réalité perdre de vue cet aspect, le seul fondamental - à pâtir de la *résistance frontale de la plus haute juridiction administrative française*, à la reconnaissance de la supériorité des traités sur les lois postérieures. Autrement dit, entre 1964 (arrêt de la CJCE *Costa*) et 1989 (arrêt du Conseil d'Etat *Nicolo* ⁷⁴), soit pendant 25 ans, l'intégration juridique a été malmenée devant les juridictions administratives, l'invocation du droit communautaire relevant du fantasme juridique pour tous les particuliers qui, pour défendre leur cause, souhaitaient invoquer à l'appui de leur recours des dispositions de droit communautaire. Aujourd'hui, avec les arrêts *Boisdet* ⁷⁵ et *SA Arizona Tobacco et SA Philip Morris France* ⁷⁶, qui ont étendu la jurisprudence *Nicolo* aux règlements et aux directives communautaires - c'est une part conséquente du droit communautaire qui peut enfin s'intégrer sans heurt dans l'ordre juridique français.

Cette résistance n'a rien de comparable avec celle, constructive, des juridictions constitutionnelles. Elle n'a pas eu pour objet de défendre une *plus value* nationale, qui aurait été la représentation, l'archétype de l'Etat français de droit. Il s'est plutôt agi d'une rébellion marquée par un conservatisme rétrograde, une révérence dépassée à l'autorité de la loi - matérialisée par la doctrine *Matter* ⁷⁷ - à son infailibilité, dont pourtant depuis longtemps les autres démocraties européennes avaient compris qu'elle n'était qu'un mythe. Cette résistance a eu des effets désastreux sur l'intégration : en plus du *dialogue de sourd* juridictionnel qu'elle a entretenu avec la Cour de justice, elle a surtout malmené des principes inhérents aux Etats de droit - ceux de transparence et de sécurité juridique - et celui inhérent à la lente édification d'une Communauté de droit, à savoir une application uniforme du droit communautaire *au sein* mais aussi *entre* les Etats membres.

⁷⁴ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*.

⁷⁵ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*.

⁷⁶ CE, 28 février 1992, *Soc. Arizona Tobacco et SA Philip Morris France*.

⁷⁷ Conclusions du Procureur Général Matter, Cass., civ, 22 décembre 1931.

Si la résistance frontale a aujourd'hui disparu, au point que certains se sont aventurés avec succès à entreprendre une analyse systématique du contrôle de conventionnalité des lois opéré par le Conseil d'Etat depuis 10 ans ⁷⁸, il n'en reste pas moins que l'on peut considérer qu'une résistance larvée perdure. Sur le plan des principes, tout d'abord, il n'est pas inutile de rappeler que le Conseil d'Etat, en accordant au droit communautaire primaire tout d'abord, puis dérivé ensuite, de primer sur les lois, ne l'a pas fait au nom de la *spécificité* de l'ordre juridique communautaire qui est pourtant au cœur de la construction jurisprudentielle audacieuse de la Cour de Luxembourg. On peut parier, sans prendre beaucoup de risques, qu'il ne le fera jamais. Il a ce faisant banalisé le droit communautaire en l'assimilant à des traités internationaux comme les autres sur la base de l'article 55 de la Constitution française, pour le plus grand bonheur d'ailleurs d'une partie de la doctrine internationaliste ⁷⁹. Autrement dit, le *fondement* original, spécifique de la primauté du droit communautaire, n'est pas reconnu par le juge ordinaire français, administratif et judiciaire, la Cour de cassation s'alignant sur la position du Conseil d'Etat. D'un point de vue pragmatique, ensuite, il est intéressant de souligner que le Conseil d'Etat manifeste depuis 1989 *quelques réticences à mettre en œuvre systématiquement la jurisprudence Nicolo* ⁸⁰. Ainsi, il évite autant que possible de confronter loi et convention - en détachant l'acte administratif attaqué de la loi qui le fonde ⁸¹ - ou il applique en force les dispositions d'une loi en les érigeant en principe fondamental reconnu par les lois de la République ⁸². Parfois, c'est le législateur qui utilise les exigences tirées du contentieux administratif, comme celle selon laquelle le Conseil d'Etat refuse d'examiner la conventionnalité d'une loi si n'est pas contestée la légalité d'un acte administratif procédant de cette loi. Le législateur français a parfaitement assimilé la chose en adoptant la loi du 3 juillet 1998 qui fixe des dates d'ouverture de la chasse en contradiction directe avec les directives sur la préservation des oiseaux sauvages. En omettant d'adopter des mesures réglementaires de mise en œuvre, le juge était contourné, sauf au requérant de formuler une demande de dommages et intérêts adressée à l'administration, sur la base de la jurisprudence *Arizona Tobacco* ⁸³.

⁷⁸ J-P Markus, *Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat*, AJDA 20 février 1999, p. 99.

⁷⁹ A. Pellet, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, Recueil des cours de l'Académie de Droit européen, vol. V, 1994, p. 193.

⁸⁰ J-P Markus, préc., p. 99.

⁸¹ CE, sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, AJDA 1998, p. 374, note M.-F. Verdier.

⁸² CE, Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, AJDA 1996, p. 805.

⁸³ J-P Markus, préc., p. 101.

2.- Le droit communautaire prime rarement les Constitutions

Non seulement le *fondement* spécifique de la primauté n'est pas accepté, mais sa portée non plus. La conception absolue - absolutiste pour certains - de la primauté dégagée par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *Simmmenthal*, n'a pas été *globalement* acceptée par les juges nationaux⁸⁴. Toutefois, ici le problème est particulier : pouvait-il en aller autrement quand, au sein des Etats membres, soit la Constitution ne reconnaît pas la suprématie des traités sur les Chartres constitutionnelles (France, Espagne), soit la Constitution est muette sur la question (Luxembourg, Belgique, Autriche, Danemark), soit la Constitution opte pour une solution dualiste, obstacle important à l'exigence existentielle de la primauté du droit communautaire (Allemagne, Finlande, Irlande, Italie, Royaume-Uni, Suède) ? A cet égard, la *constitutionnalisation* de l'Union européenne⁸⁵, c'est-à-dire l'inscription dans les Constitutions nationales du phénomène communautaire, n'y a rien changé. Bien que le droit constitutionnel international⁸⁶ ait pris de l'importance avec le phénomène communautaire, il n'a pas touché aux dispositions concernant les rapports de hiérarchie entre le droit international et le droit interne⁸⁷. Ainsi, le tableau des rapports entre le droit communautaire et les constitutions nationales n'est pas homogène comme le commanderaient les exigences de l'intégration européenne⁸⁸, et ce que ce soit dans les pays dotés d'une justice constitutionnelle ou dans les autres. Deux types d'attitudes sur la place du droit communautaire dans les ordres juridiques internes et partant sur sa primauté y sont décelables. Celle des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes qui s'engagent directement dans le débat, au risque d'orchestrer un choc frontal avec la Cour de justice ; celles qui ont décidé délibérément de rester en dehors de l'enjeu, au risque ici de mettre à mal la cohérence juridique interne, accordant une importance cardinale au fait que "*la suprématie de la Constitution constitue le présupposé existentiel*"⁸⁹ de leur fonction.

⁸⁴ Il existe toutefois une exception célèbre concernant les Pays-Bas. Les traités internationaux priment en effet la Constitution en vertu de ses propres dispositions.

⁸⁵ J. Rideau, *L'Europe dans les Constitutions des Etats membres de l'Union européenne, Perspectives constitutionnelles. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, II^e vol., Coimbra Editora, 1997, pp. 717-798. Voir également dans cet ouvrage, *supra*, Ch., VII, V. Constantinesco.

⁸⁶ L. Favoreu, *Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international*, *Rev. gen. dr. int. publ.* 1993, p. 39.

⁸⁷ Les thèmes de la *constitutionnalisation* de l'Union européenne concernent en effet les transferts de compétences, le droit de vote et d'éligibilité, la représentation au sein du Conseil de l'Union, l'élaboration des positions nationales (plus spécifiquement le rôle des parlements nationaux), le rôle des régions et enfin, les conditions d'application du droit communautaire par les Exécutifs et Législatifs nationaux.

⁸⁸ J. Rideau, *Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française*, *Rev. fr. dr. const.* 1990-2, p. 259.

⁸⁹ G. C. Rodriguez Iglesias, A. Valle Galvez, *El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, el Tribunal europeo de Derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales*, *Revista de Derecho Comunitario europeo* 1997-2, p. 373.

* L'engagement des Cours constitutionnelles et suprêmes sur la question de la primauté

Quand, au sein d'un Etat membre, les juridictions ordinaires jouent parfaitement le jeu de la suprématie du droit communautaire, la résistance émane du juge constitutionnel. L'exemple belge est topique à cet égard. La Cour de cassation, le 27 mai 1971, ouvrait la voie à une reconnaissance pleine et entière en Belgique de la primauté du droit communautaire (arrêt *Fromageries Franco-Suisse Le Ski*⁹⁰). Elle fondait - c'est assez rare pour être souligné - la primauté du droit communautaire sur la spécificité du "*nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains*". Le Conseil d'Etat belge illustrait également l'accueil très favorable par l'ordre juridique administratif de l'exigence de la prévalence. Il reconnaissait dans deux arrêts très importants du 5 novembre 1996 (arrêts *Goosse* et *Orfinger*⁹¹) la primauté de l'article 48 CE sur la Constitution belge, mais aussi la primauté de l'interprétation du droit communautaire opérée par la Cour de Luxembourg sur le droit constitutionnel belge. La position du juge constitutionnel est quant à elle en totale contradiction avec de telles positions favorables à l'égard de la primauté. La Cour d'arbitrage est venue en effet brouiller les cartes en affirmant, à plusieurs reprises (arrêts de 1991 et 1994⁹²), sa compétence pour contrôler la loi d'assentiment à un traité, c'est-à-dire pour se déclarer compétente afin d'examiner *a posteriori* la compatibilité d'un traité en vigueur avec la Constitution, ravivant ainsi en Belgique les querelles entre les partisans du primat constitutionnel et ceux du primat communautaire⁹³.

Il est des Etats membres dépourvus de justice constitutionnelle où le poids de la justice ordinaire s'avère fondamental. Le Tribunal suprême danois a clairement montré qu'il s'autorisait, à l'instar de la Cour constitutionnelle belge, à examiner la conformité à la Constitution de la loi d'assentiment d'un traité. Le 12 août 1996⁹⁴, il déclarait en effet admissible le recours de dix citoyens - à l'appui des-

⁹⁰ La Cour a estimé que les Etats membres avaient limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines que les traités qui ont créé le droit communautaire déterminent. Il en résulte que "*lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir. La prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel*", voir *J.T.* 1971.

⁹¹ Arrêts n°62.921 et 62.922, *J.T.* 1997, pp. 254-255 et le commentaire de R. Ergéc, p. 256.

⁹² C. arbitr., arrêt n°26/91 du 16 octobre 1991 ; n°12/94 du 3 février 1994 ; n°33/94 du 26 février 1994 ; n°76/94 du 18 octobre 1994.

⁹³ F. Delpérée, *Belgique*, dans J. Rideau (dir.), *Les Etats membres...*, préc., p. 93 et s.

⁹⁴ Cette sentence a été commentée par P. Dyberg, *La Constitution danoise et la Union europea*, *Revista de Derecho comunitario europeo* 1997-1, p. 97.

quels intervinrent un eurodéputé danois ainsi qu'une association dénommée le *Comité pour la Constitution 93* - mettant en cause la constitutionnalité de la loi danoise d'assentiment du traité de Maastricht. Ce faisant, il renvoyait l'affaire devant le tribunal qui, en première instance, avait accueilli favorablement le recours, afin qu'il juge l'affaire au fond. Par un arrêt du 27 juin 1997, l'*Østre Landsret* déclara constitutionnelle la loi attaquée. C'est parce qu'un recours fut intenté contre cet arrêt que le Tribunal suprême dut définitivement trancher la question par son arrêt du 6 avril 1998.

* Le désengagement des juridictions constitutionnelles du débat sur la primauté

Il est des Etats, tels l'Espagne ou la France, où le juge constitutionnel se défausse clairement, explicitement, du débat sur les liens entretenus entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne.

En Espagne, le Tribunal constitutionnel considère que le droit communautaire n'a pas rang constitutionnel, allant même jusqu'à le qualifier d'*infraconstitutionnel*⁹⁵. Ne faisant pas partie du corpus constitutionnel (STC n°28/1991 du 14 février 1991⁹⁶), il ne lui revient pas, à ce titre, de "*contrôler l'adéquation de l'activité des pouvoirs publics nationaux au Droit communautaire. Ce contrôle revient aux juridictions ordinaires... et le cas échéant à la CJCE*" (STC n°203/96 du 9 décembre 1996)⁹⁷. Cette assertion a pris les allures d'un dogme pour le juge constitutionnel en emportant deux importantes conséquences pratiques⁹⁸. La première est que la violation du droit communautaire par les auto-

⁹⁵ La jurisprudence de la Haute juridiction n'est guère fiable à cet égard. En effet, commençant par qualifier le droit communautaire de la sorte (STC n° 28/1991, FJ n° 5), le Tribunal Constitutionnel revenait sur ce malheureux qualificatif dans sa sentence n°180/1993 du 31 mai 1993 en considérant que les normes communautaires étaient des *normes non constitutionnelles*, pour renouer avec l'expression d'*infraconstitutionnalité* en 1996 (STC n° 45/1996 du 25 mars 1996).

⁹⁶ A. Mangas Martín, *La Constitución y la ley ante el derecho comunitario. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991 de 14 de febrero sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europea, Revista de Instituciones europeas*, 1991 p. 587.

⁹⁷ No le corresponde "*controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*", cité dans J. Roldán Barbero, L.M. Hinojosa Martínez, *La aplicación judicial del derecho comunitario en España (1996), Revista de Derecho Comunitario europeo* julio-diciembre 1997, p. 551.

⁹⁸ Pour une synthèse éclairée de la jurisprudence constitutionnelle espagnole en matière communautaire, voir L.M. Díez Picazo, *El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española, Revista Española de Derecho Constitucional* n° 54 septembre-décembre 1998, p. 255.

rités administratives et judiciaires espagnoles n'emporte pas la protection particulière du recours d'*amparo* de l'article 53 de la Constitution espagnole (STC n°45/96 du 25 mars 1996 et STC n°147/96 du 19 septembre 1996)⁹⁹. La seconde est que le refus du juge ordinaire d'activer le mécanisme préjudiciel n'engendre pas la violation du droit à une protection juridictionnelle effective - *la tutela judicial efectiva*¹⁰⁰ - tel que protégé par l'article 24 de la Constitution (STC n° 180/1993 du 31 mai 1993 et STC n° 203 du 9 décembre 1996). En répétant à foison que la question préjudicielle relève exclusivement de l'organe judiciaire qui doit résoudre le litige, autrement dit, le juge ordinaire, en lui renvoyant ce faisant le soin de percevoir le *doute raisonnable* qui doit l'inciter à saisir la Cour de justice, enfin, en rejetant jusqu'à présent tous les recours d'*amparo* qui invoquaient la violation de l'article 24 de la Constitution espagnole (STC n°11/93 du 25 mars 1993, STC n° 180/93 du 31 mai 1993 et STC n° 203/1996 du 9 décembre 1996)¹⁰¹, il ne semble pas que le juge constitutionnel espagnol suive la voie de ses homologues allemand et autrichien. Ceux-ci n'ont pas hésité à considérer que la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel par le juge ordinaire revenait à enfreindre le *droit au juge légal* consacré par l'article 101 de la Loi Fondamentale de Bonn (décision du 22 octobre 1986, *Solange II* ; décision du 8 avril 1987, *Kloppenburg* et décision du 31 mai 1990) et le *droit au juge naturel* inscrit à l'article 83, paragraphe 2, de la Constitution autrichienne (décision du 11 décembre 1995).

En France, le juge constitutionnel se désengage clairement du contrôle de conventionnalité (CC, IVG, 15 janvier 1975¹⁰²), en considérant que l'examen de compatibilité entre le droit communautaire et la loi ne relève pas du contrôle de

⁹⁹ Le juge Gonzalez Campos émit deux opinions séparées particulièrement sévères à l'encontre de la solution adoptée par la majorité des juges dans ces deux sentences. Dans la première affaire, le Tribunal refusa de considérer l'existence d'une violation de l'article 24 de la Constitution espagnole dans le refus du juge ordinaire d'admettre comme élément de preuve un document rédigé dans une langue communautaire officielle différente de l'espagnol, et ce malgré l'existence d'un règlement communautaire qui, de façon non équivoque, prévoyait le contraire. Dans la seconde affaire, le Tribunal refusa catégoriquement de se prononcer sur l'éventuelle incompatibilité avec le droit communautaire d'une norme interne, celle relative aux conditions générales d'étiquetage et de publicité des produits alimentaires. On trouvera des extraits de l'opinion séparée rendue dans l'affaire n°147/96 dans *Revista Española de Derecho Internacional* 1997-2, p. 217.

¹⁰⁰ Sur ce qu'il est désormais convenu d'appeler le droit au juge, voir J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998. Sur les développements de ce droit fondamental outre-Pyrénées, voir dans le même ouvrage, L. Burgorgue-Larsen, *La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne*, p. 69.

¹⁰¹ Certains estiment toutefois que le Tribunal laisse une porte ouverte à l'accueil de futurs recours d'*amparo* sur la base d'une violation de l'article 24 de la Constitution, voir S. Martínez Lage, *El Tribunal Constitucional y las cuestiones prejudiciales comunitarias, Gaceta Jurídica de la CE*, Bol. 117, 1996, p. 1.

¹⁰² C.C., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, IVG, Rec. p. 19.

constitutionnalité. Ainsi, alors qu'il écarte par principe tout contrôle *a posteriori* du droit communautaire primaire et dérivé (en garantissant une immunité constitutionnelle à l'acquis communautaire) et alors qu'il ne s'est pas prononcé expressément sur la place du droit international dans la hiérarchie des normes, c'est le juge ordinaire qui n'hésite pas à occuper le terrain. L'arrêt du Conseil d'Etat *Sarran et Levacher* du 30 octobre 1998 est particulièrement topique à cet égard en considérant que la "suprématie.../... conférée aux engagements internationaux (par l'article 55) ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions constitutionnelles". Soit cet arrêt, comme il a pu être écrit, "lève toute ambiguïté en consacrant pleinement la supériorité de la Constitution"¹⁰³ et c'est la primauté absolue du droit communautaire qui est définitivement écartée en France (on serait en présence en quelque sorte d'une résistance à la primauté, mais d'une résistance liée, car découlant directement des prescriptions constitutionnelles) ; soit il convient de rester plus circonspect, tel Denys Simon, en considérant "qu'il peut sembler excessif de tirer de l'arrêt *Sarran* des conclusions définitives" pour simplement constater que "dans l'ordre interne, le juge administratif ne peut conclure à l'incompatibilité d'une disposition constitutionnelle avec un traité international et écarter la première au profit de la dernière"¹⁰⁴. Dans cette dernière hypothèse, c'est la complexité et le flou juridictionnel qui sont érigés en règle de fonctionnement.

Cette doctrine des juges constitutionnels français et espagnol ne va pas être aisée à maintenir. Elle rend très instable la répartition des compétences juridictionnelles en France¹⁰⁵ et aboutit à des incohérences juridiques intenable en Espagne. Critiquée outre-Pyrénées par une partie de la doctrine - comme par certains juges constitutionnels, notamment le magistrat Julio Diego Gonzalez Campos, qui s'est manifesté à plusieurs reprises par des opinions séparées conformes aux exigences communautaires - la jurisprudence constitutionnelle aboutit à un double hiatus. Hiatus externe tout d'abord, avec les juridictions ordinaires qui agissent, pour leur part, telles de véritables juridictions communautaires de droit commun¹⁰⁶. Hiatus interne ensuite, c'est-à-dire avec elle-même et

¹⁰³ F. Raynaud, P. Fombeur, *AJDA* 1998, chr., p. 964.

¹⁰⁴ D. Simon, *L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ?*, Europe mars 1999, p. 6.

¹⁰⁵ D. de Béchillon, *De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution)*, *Rev. fr. dr. adm.* 1998, p. 225 et s.

¹⁰⁶ Il est certain qu'une analyse pointue et fouillée de la jurisprudence des tribunaux ordinaires en matière communautaire met en exergue des erreurs, des approximations parfois également une mauvaise volonté à tirer toutes les conséquences des principes de primauté et d'effet direct, essentiellement de la part du Tribunal Suprême (par exemple, STS du 16 décembre 1996). Il n'en reste pas moins qu'une appréciation positive se dégage dans l'ensemble du comportement des tribunaux ordinaires espagnols, voir J. Roldan Barbero et L. M. Hinijosa Martínez, *La aplicación...*, préc.

certaines autres aspects de sa jurisprudence. Comment en effet ne pas relever l'incohérence qui consiste d'un côté à affirmer que le droit communautaire n'est pas un paramètre de constitutionnalité et de l'autre à s'en servir pour mettre en valeur la portée de la Constitution en matière de droits fondamentaux ? La Haute juridiction espagnole a en effet, sur la base du droit communautaire, non seulement fait bénéficier les étrangers de la protection d'un droit fondamental jusque là reconnu aux seuls nationaux (STC n°130/95 du 11 septembre 1995)¹⁰⁷, mais aussi précisé, à l'aune de l'invitation expresse de l'article 10, paragraphe 2, de la Constitution¹⁰⁸, les contours du principe d'égalité inscrit à l'article 14 de la Constitution, dans une affaire de licenciement arbitraire en raison d'une discrimination basée sur le sexe (STC du 23 juillet 1996). Même si le *leit motiv* du Tribunal consiste à affirmer que l'article 10, paragraphe 2, constitue un simple outil interprétatif et ne transforme en aucun cas les instruments internationaux visés en canon autonome de validité des normes - *canon autónomo de la validez de las normas* (STC n°51/96 du 26 mars 1996)¹⁰⁹ - il n'en reste pas moins qu'à terme cette assertion jurisprudentielle deviendra de plus en plus difficile à tenir notamment vis à vis du droit communautaire.

La Cour constitutionnelle italienne a surtout démontré que de telles lignes jurisprudentielles pouvaient être dépassées. Dans un arrêt n° 384 du 10 novembre 1994, elle a jugé que les normes communautaires, en contradiction avec les normes internes, étaient des normes de référence prises en considération dans le cadre de l'examen de constitutionnalité. De fait, la contradiction manifeste entre un règlement communautaire et une loi régionale, non encore promulguée, viole l'article 11 de la Constitution italienne¹¹⁰.

II.2.- La coopération préjudicielle à géométrie variable

On connaît, pour être un poncif classique de l'analyse des rapports juridictionnels entre les Etats et la Communauté, la longue résistance de certaines juridic-

¹⁰⁷ B. Fernandez Pérez, Nota debajo de STC n°130/95, *Revista Española de Derecho Internacional* 1996-2, p. 214.

¹⁰⁸ Le rôle paradoxal joué par le droit communautaire en matière de droits fondamentaux sur la base de l'article 10, § 2, de la Constitution avait déjà été relevé dans notre thèse consacrée à *L'Espagne et la Communauté européenne. L'Etat des Autonomies et le processus d'intégration juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1995.

¹⁰⁹ J.A. Gonzalez Vega, Nota debajo de STC n°51/96, *Revista Española de Derecho Internacional* 1997-2, p.173.

¹¹⁰ A. Saiz Arnaiz, *El Derecho Comunitario, parámetro de constitucionalidad de las leyes internas? (A propósito de la Sentencia n° 384 de 1994 de la Corte costituzionale italiana)*, *Revista de Instituciones Europeas* 1995-2, p. 571.

tions nationales, au premier chef celle du Conseil d'Etat français, à déclencher le mécanisme préjudiciel de l'article 234 CE (ex-art. 177). L'utilisation abusive de la *théorie de l'acte clair*¹¹¹ a une fois de plus été pendant longtemps une résistance négative, archaïque, des juridictions nationales jalouses de leur indépendance en donnant corps à un protectionnisme juridictionnel en totale contradiction avec l'esprit de coopération loyale de l'article 10 CE (ex-art. 5). Ainsi, il est frappant de constater que pendant des années, le Conseil d'Etat n'a trouvé rien à redire à la "*mutilation de la fonction juridictionnelle*"¹¹² qui découlait de la saisine du ministre des Affaires étrangères d'une question préjudicielle d'interprétation des traités internationaux¹¹³, alors qu'il trouvait plus désobligeant pour son indépendance de saisir l'organe juridictionnel de contrôle du droit communautaire¹¹⁴.

Aujourd'hui, après le dialogue renoué entre les juridictions ordinaires et le juge communautaire grâce à l'arrêt apaisant de la Cour de Luxembourg (CJCE, 1982, *Cilfit*¹¹⁵), c'est désormais la résistance passive des Cours constitutionnelles européennes qui n'en apparaît qu'avec plus de force. En effet, bien qu'elles répondent parfaitement aux critères dégagés en 1966 par l'arrêt *Vaassens Göbbels*¹¹⁶ pour être des *juridictions* habilitées à poser des questions préjudicielles, le moins que l'on puisse dire c'est qu'elles n'ont pas joué le jeu de la coopération préjudicielle au nom d'une série d'objections de principe pour les unes ou d'ordre technique pour les autres. De fait, le mécanisme préjudiciel est aujourd'hui à *géométrie variable*, non seulement parce que le hiatus éclate au grand jour entre les juridictions ordinaires et les juridictions constitutionnelles,

¹¹¹ CE, 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre*, *Rec. Leb.* p. 344, concl. Questiaux. Les arrêts ne manquent pas qui affirment la clarté de dispositions au sens pourtant particulièrement nébuleux et dont les commissaires du gouvernement eux-mêmes, à la suite des parties, ont sollicité l'interprétation par la Cour de Luxembourg, voir, par exemple, CE, 12 octobre 1979, *Sté nationale des importateurs de vêtements*.

¹¹² L'expression est celle du Commissaire du Gouvernement Labetoulle dans ses conclusions rendues sous l'arrêt du Conseil d'Etat *Debout* du 27 octobre 1978.

¹¹³ Il a fallu attendre le revirement du 29 juin 1990, *Gisti*, pour que le Conseil d'Etat ne s'estime plus tenu en cas de difficulté d'interprétation d'une clause conventionnelle, de requérir l'interprétation du Ministre des Affaires étrangères. Ronny Abraham, dans ses conclusions, avait mis en évidence que "*la solution contractuelle, traditionnellement adoptée, n'était pas compatible avec le principe de l'égalité des armes, issu de l'article 6 de la CEDH*".

¹¹⁴ Il est également piquant de constater que c'est au nom de la méconnaissance du principe de l'indépendance des juges (par ce mécanisme de renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères), que la France a été condamnée dans l'affaire *Beaumontin/France*, série A, n° 296 B) par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹¹⁵ CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/82, *Rec.* p. 3415.

¹¹⁶ CJCE, 30 juin 1966, aff. 61/65, *Rec.* p. 377.

mais également parce qu'il s'insinue entre les Cours constitutionnelles elles-mêmes, certaines d'entre elles venant de donner vie au mécanisme préjudiciel.

1.- Le refus d'activer le mécanisme préjudiciel

Il est des Cours constitutionnelles qui, au nom de considérations de principe, ont très explicitement décliné la faculté qui était la leur de poser des questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg. Les Cours espagnole, italienne et portugaise en font partie. Le Tribunal constitutionnel espagnol l'a justifié en considérant que le litige dans lequel était en cause une question d'interprétation ou de validité du droit communautaire n'était pas un litige d'ordre constitutionnel (STC n°28/1991 du 14 février 1991¹¹⁷). La Cour constitutionnelle italienne, pour sa part, n'a pas fait preuve de constance, ni du coup, de cohérence. Commencant par reconnaître sa capacité à poser des questions préjudicielles à la Cour de justice (Sentence CCI n°168 du 18 avril 1991, *Glampaoli*), elle est revenue ultérieurement sur cette assertion en affirmant son incompétence pour activer le mécanisme de coopération juridictionnelle au motif qu'elle n'était pas une juridiction nationale au sens de l'article 177 CE (Arrêt n° 536 du 15 décembre 1995¹¹⁸). Le Tribunal constitutionnel portugais a quant à lui réussi le tour de force de considérer qu'il ne lui revenait pas d'activer l'article 177 CE au nom de considérations procédurales tirées de la jurisprudence communautaire (Sentence n°163/90 du 23 mai 1990), dont on sait pourtant qu'elle est particulièrement large pour reconnaître la qualité de juridiction¹¹⁹.

Le cas français est caractéristique des objections d'ordre technique avancées, en doctrine, pour écarter l'utilisation par le Conseil constitutionnel du mécanisme préjudiciel. Ces objections tiennent essentiellement au type de contrôle de constitutionnalité opéré par le juge français. Le Conseil constitutionnel est en effet le plus mal loti des juges constitutionnels européens ; il pâtit d'un déficit

¹¹⁷ Le Fondement juridique (FJ) n°7 de la sentence n°28/1991 est topique de la démarche du Tribunal constitutionnel : "*El Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el artículo 177 del T.C.E. únicamente resulta operativo en los procesos en que deba barcerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo*".

¹¹⁸ C. Cass, 15 décembre 1995, n° 356, *E.I.* 1996, I p. 783.

¹¹⁹ La Cour a reconnu, dans un arrêt du 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior/Evora*, aff. C-337/95, *Rec.* p. I-6013, la qualité de juridiction d'un Etat membre à la Cour de justice du Benelux, juridiction commune d'un Etat membre, chargée d'assurer l'uniformité dans l'application des règles juridiques communes aux trois Etats membres du Benelux, voir J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1999, 3^e éd., p. 851.

criant de compétences - *point de contrôle a posteriori*, qu'il s'agisse du contrôle concret classique ou des procédures spécifiques de protection des droits fondamentaux - qui resurgit de façon magistrale sur la question du mécanisme préjudiciel. Comment en tant que juge de la conformité de la loi pourrait-il être amené à surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle d'interprétation ou de validité du droit communautaire ¹²⁰, alors que la saisine n'appartient pas aux *saisissants* ¹²¹, alors qu'aucune partie ne se présente devant lui, alors qu'il n'y a pas de requête, alors qu'il n'y a pas nécessairement de motivation, alors qu'il n'existe ni d'intérêt à agir ni de conclusions ¹²²? Formulé de façon lapidaire, le mécanisme préjudiciel est-il concevable dans le cadre d'un contrôle *a priori* de la loi? L'obstacle serait-il dirimant et partant l'objection d'ordre technique fondée?

2.- La mise en œuvre du mécanisme préjudiciel

Cette résistance passive n'est plus unanime depuis que deux Cours constitutionnelles ont enfin décidé de donner corps à la coopération juridictionnelle. Le 19 février 1997, la Cour d'arbitrage belge (Décision n°6/97) sollicitait la Cour de justice sur l'interprétation de la directive 93/16/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes ¹²³. A peine deux mois plus tard, le 16 avril 1997, le Tribunal constitutionnel du Land allemand de Hesse, opérait un renvoi préjudiciel ¹²⁴. Dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité d'une loi du Land, le Tribunal a saisi la Cour aux fins d'interprétation de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, directive dont on sait qu'elle est à l'origine des désormais célèbres jurisprudences *Kalanke* ¹²⁵ et *Marshall* ¹²⁶, qui donnent une vision communautaire nuancée de l'égalité ¹²⁷.

¹²⁰ Le problème ne se pose pas en effet de la même manière en tant que juge électoral.

¹²¹ Ceci découle très clairement de la décision du Conseil constitutionnel DC n°96-386 du 30 décembre 1996 où il a jugé impossible le retrait de saisissants, quels qu'ils soient.

¹²² Voir l'article éclairant de J.-P. Camby, *La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait*, *Rev. dr. publ.* 1997-1, p. 6.

¹²³ Aff. C-93/97. La *Fédération belge des chambres syndicales de médecins* est partie prenante dans l'affaire à la suite de l'annulation d'une disposition d'un décret de la Communauté flamande.

¹²⁴ Aff. C-158/97.

¹²⁵ CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93, *Rec. p.* I-3051.

¹²⁶ CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, aff. C-409/95, *Rec. p.* I-6363.

¹²⁷ Pour une synthèse éclairée, voir D. Simon, *Parité, égalité, légalité : le débat dans l'Union européenne*, dans *Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, p. 469.

Doit-on considérer ces questions préjudicielles comme des épiphénomènes, isolés et exceptionnels, ou au contraire des actes qui préfigurent les nouvelles relations entre les Cours constitutionnelles et la Cour de Luxembourg? L'interrogation est lourde d'enjeux. Jusqu'à présent, le mécanisme préjudiciel a été vu par les juges nationaux comme un lien hiérarchique entre elles et la Cour de Luxembourg. Arriveront-elles résolument à entrevoir dans ce mécanisme la coopération qui l'inspire, qui la sous-tend? On sait que des contacts informels existent entre les membres des Cours qu'elles soient constitutionnelles, communautaires et même européennes. Pourquoi ne pas arriver à institutionnaliser la coopération qui existe de manière informelle?

* * * * *

On peut avec vigueur, non pas de façon provocante, mais tout simplement avec conviction, affirmer qu'il a été bon pour l'édification d'une *Communauté de droit* que les juridictions constitutionnelles allemande et italienne résistent et imposent leur *plus value constitutionnelle*. Car, par l'effet constructif des interactions propres au syncrétisme juridique ¹²⁸ qui caractérise le *système d'intégration*, l'élaboration jurisprudentielle d'un catalogue communautaire fourni de droits fondamentaux a été possible, au point qu'aujourd'hui, mais surtout demain, c'est l'Union dans son ensemble - au premier chef la Cour de Luxembourg - qui *montrera le chemin* en matière de protection des droits de l'homme. De même, il est bon pour l'*Union de droit*, pour son ancrage dans le temps - impossible sans l'accord de volonté des Etats - que la Cour de Luxembourg, comme le législateur communautaire, aient pris acte de rester absolument dans les limites de l'exercice du transfert de compétences opérés par les Etats membres. Alors, *oui* à la décision *Brunner* du Tribunal Constitutionnel allemand, *oui* à la décision du Tribunal Suprême danois du 6 avril 1998.

Il est essentiel de prendre la mesure des effets bienveillants, à long terme, du dialogue juridictionnel transnational, entre les Cours suprêmes et constitutionnelles nationales et la Cour de justice. La doctrine a depuis longtemps intégré l'idée que la construction communautaire était constitutive de flux et de reflux, d'avancées et de reculs; il est temps qu'elle intègre également l'idée que l'édifi-

¹²⁸ D. Simon, *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?*, *Droits* 1991, p. 73.

cation d'une *Communauté de droit*, qui doit se poursuivre par celle d'une *Union de droit*, passe nécessairement par un dialogue nourri - parfois conflictuel, en tout cas toujours enrichissant - avec ces acteurs obligés qui sont les garants de l'existence et de l'effectivité des *Etats de droit*.

À l'inverse, que de temps perdu par les rébellions vaines de certaines juridictions ordinaires qui n'ont pas accepté, simplement, et ce au nom de principes nationaux dépassés voire rétrogrades, les principes de base, structurants, de l'ordre juridique communautaire ! Même si, pendant des années ces résistances ont alimenté les chroniques doctrinales, il ne faut jamais oublier qu'au bout du compte ce sont des principes inhérents aux *Etats de droit* - les principes d'égal accès à la justice, de sécurité juridique - qui ont été bafoués par ceux-là même qui avaient la charge de les protéger. Alors, résister pour avancer, oui. Mais résister pour piétiner, non. Il reste à espérer qu'à l'avenir, l'Union européenne sache tirer profit de son passé : ses errements, mais aussi ses succès.

Chapitre XX

ÉTAT DE DROIT, COMMUNAUTÉ DE DROIT ET UNION DE DROIT FACE À L'ORDRE PUBLIC ET À LA SÉCURITÉ INTÉRIEURE

par
Marcel SOUSSE *

Le titre de cette contribution contient, en germe, les termes de la problématique, en plaçant en situation d'opposition, d'un côté, l'Etat de droit, la Communauté de droit, et l'Union de droit, et de l'autre côté, l'ordre public et la sécurité intérieure. Dans le cadre d'une approche de droit interne, une telle opposition apparaît paradoxale, voire contradictoire. En effet, l'ordre public est considéré traditionnellement en France comme un fondement de l'organisation sociale et, à ce titre, se trouve protégé contre d'éventuelles atteintes. Ainsi, entre l'Etat de droit et l'ordre public, ce n'est pas d'opposition qu'il faudrait parler, mais plutôt de fusion. Et cette fusion est réalisée depuis longue date. En France, l'association de l'ordre public à la puissance souveraine, à la fois garante et auteur de l'ordre social, remonte à l'Ancien Régime. Les révolutionnaires reprennent cette conception en faisant de l'ordre public l'instrument d'une paix publique fondée sur les droits de l'homme et du citoyen et notamment le respect de la liberté, de l'égalité et de la propriété. L'ordre public, sous la Terreur ou sous l'Empire napoléonien, constitue l'instrument d'une homogénéité révolutionnaire. Le XIX^e siècle libéral reste fidèle à cette conception, avec toutefois quelques atténuations, conduisant à la réduction du concept de service public au règlement de la cité, par opposition à ce qui relève de la vie privée. L'ordre public, souvent désigné par l'expression *ordre républicain*, exprime alors les solidarités morales, politiques ou religieuses. Fondement de l'organisation sociale, l'ordre public est protégé contre d'éventuelles atteintes.

Cependant, l'opposition évoquée ci-dessus revêt une signification toute différente dans une perspective élargie au droit communautaire. Pendant longtemps,

* maître de conférences à l'Université de Nice Sophia Antipolis