

Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne

Il y a tout juste un peu plus de quarante ans, la Cour de justice des Communautés européenne affirmait que « *l'invocation d'atteintes aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre ou aux principes de sa structure constitutionnelle ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat* »¹.

Cette affirmation claire et sans ambages découlait de la conception absolue du principe de primauté véhiculée par la Cour dans les arrêts fondateurs *Costa c/ ENEL*² et *Simmenthal*³, conception qui n'est d'ailleurs pas propre à la Cour⁴ mais qui découle de la nature de ce principe. La primauté, à la différence de la suprématie qui caractérise les normes constitutionnelles, est en effet une règle permettant de régler les conflits entre des normes appartenant à deux ordres juridiques distincts. Elle est donc par essence absolue⁵, c'est-à-dire qu'elle implique la primauté de l'ensemble des normes auxquelles elle s'attache sur l'ensemble des normes auxquelles elle est opposable et ce, de manière inconditionnelle. En ce sens, l'affirmation selon laquelle le droit communautaire prime le droit national, y compris constitutionnel, paraît conforme à la définition même de la primauté⁶.

En dépit des réactions d'autodéfense que cette ligne jurisprudentielle a pu susciter de la part des juridictions suprêmes nationales, qui se sont traduites par la consécration de véritables réserves de constitutionnalité à l'égard du droit de l'Union européenne⁷, la Cour de Luxembourg ne s'est pas départie de son acception traditionnelle du principe de primauté. Tout juste a-t-elle accepté de combler par la voie prétorienne la lacune originelle des traités en matière de protection des droits fondamentaux⁸, selon un calcul stratégique qui s'est révélé

¹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125, pt. 3.

² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

³ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629.

⁴ Voir en ce sens CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n° 44, p. 24.

⁵ Voir notamment Hélène GAUDIN, « Primauté "absolue" ou primauté "relative" ? », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en Provence, PUAM, 2001, p. 97. Voir aussi Jean-Victor LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *Cah. dr. eur.*, 1995, pp. 23 ; Vlad CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns verlag KG, 1983, p. 109.

⁶ D'ailleurs cette solution est aussi admise par la juridiction internationale, qui n'accepte pas davantage que la Cour de Luxembourg qu'un Etat puisse « *invoker sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur* » (CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n° 44, p. 24). La similarité des positions défendues par les juridictions communautaires et internationales s'explique aisément dès lors que la primauté est une exigence tenant à l'existence même de toute norme dépassant le cadre strictement étatique.

⁷ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 183/1973 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, *Cah. dr. eur.*, n° 1-2/1975, pp. 114-148 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mars 1974, « *Solange I* », *RTDE*, 1975, pp. 316-336.

⁸ Dans un arrêt Stauder de 1969, la Cour a ainsi ouvert la voie à l'élaboration d'un système de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, en jugeant que les droits fondamentaux de la personne sont « *compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect* » (CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69, *Rec.* p. 419). Par la suite, elle a précisé qu'il convenait, pour identifier ces droits fondamentaux, de s'inspirer des « *traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* » (CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. préc.), ainsi que des

gagnant, puisque les juridictions constitutionnelles à l'origine de la fronde ont accepté de baisser la garde⁹.

Une telle conception du principe de primauté semble cependant avoir vécu. On en veut pour preuve la reconnaissance, dans l'arrêt *Omega* de 2004, de la légitimité d'une mesure étatique portant atteinte aux libertés de circulation reconnues par les traités au motif qu'elle « correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire »¹⁰ de cet Etat membre ou encore le blanc-seing donné par la Cour, dans l'arrêt *Melki*, au mécanisme français de la question prioritaire de constitutionnalité¹¹. De même, dans un arrêt *Runevic-Vardyn* rendu le 12 mai 2011¹², la Cour a également reconnu la légitimité d'une mesure nationale potentiellement attentatoire à la libre circulation des citoyens européens dès lors qu'elle avait pour but de préserver « l'identité nationale » de l'Etat en cause, en l'espèce la Lituanie, par la protection de ses règles linguistiques en matière de graphie.

Dans ces arrêts le principe de primauté semble s'être atténué, estompé voire effacé au profit de solutions plus pragmatiques centrées sur la coopération entre les juridictions nationales et européennes, l'élément déclencheur étant l'invocation par les Etats de principes, normes ou mécanismes issus de leur droit constitutionnel.

Le gouffre qui sépare les jurisprudences fondatrices de la Cour, par lesquelles celle-ci a consacré l'exigence de primauté qui spécifie l'ordre juridique communautaire et les décisions récentes dans lesquelles elle semble plus compréhensive à l'égard du noyau dur identitaire des Etats qui est consacré dans leur norme suprême appelle à une réflexion sur le statut du droit constitutionnel dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, statut étant entendu comme l'ensemble de règles gouvernant une situation juridique et, par métonymie, cette situation juridique.

L'enjeu est de taille. En effet, lorsque le droit constitutionnel, au sens large, est invoqué devant la Cour, il l'est quasiment exclusivement afin de justifier une dérogation aux règles du droit de l'Union. Ainsi, à travers le statut contentieux qu'accorde la Cour aux exceptions fondées sur des exigences de type constitutionnel, c'est bien l'effectivité et l'uniformité du droit de l'Union européenne qui sont en jeu et donc, comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Costa c/ ENEL* « la base juridique de la Communauté elle-même »¹³. Cependant le droit constitutionnel est l'expression même de la souveraineté de l'Etat et, quand bien même celui-ci aurait consenti à l'adhésion à l'Union européenne, il est compréhensible que celui-ci veuille en préserver le contenu. Le statut du droit constitutionnel devant la Cour de justice représente ainsi le « cas-limite » des rapports entre les ordres juridique nationaux et l'ordre juridique de l'Union européenne en ce qu'il oppose leurs noyaux durs respectifs, à savoir le droit constitutionnel, d'une part, et l'exigence d'effectivité du droit de l'Union, d'autre part.

« instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré » (CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.* p. 491), au premier titre desquels figure la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, qui revêt selon la Cour une « signification particulière » (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. jointes 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859, pt. 13).

⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 22 octobre 1986, dite « *Solange II* », publiée in *RTDE*, 1987, p. 537.

¹⁰ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609, pt. 39.

¹¹ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, non encore publié au *Recueil*.

¹² CJUE, 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn*, aff. C-391/09, non encore publié au *Recueil*.

¹³ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. préc., spéc. p. 1160.

Or, l'étude systématique des arrêts dans lesquels la Cour a été amenée à juger de la compatibilité entre le droit de l'Union, au sens large, et le droit constitutionnel d'un Etat membre montre invite à s'interroger sur l'émergence d'une nouvelle grille de lecture des rapports de système, qui prendrait davantage en compte le pluralisme constitutionnel intrinsèque de l'Union européenne.

Le pluralisme constitutionnel peut être défini comme la situation dans laquelle se superposent, plusieurs ordres juridiques d'essence constitutionnelle qui « *se prétendant en situation d'autonomie et en possession de l'autorité juridique ultime* »¹⁴. Cette situation caractérise en effet l'ordre juridique communautaire puis de l'Union européenne au moins depuis le 23 avril 1986, date à laquelle la Cour de justice a qualifié les traités originaires de « *charte constitutionnelle de base de l'Union européenne* »¹⁵. Or, pour que cette pluralité se déroule dans un contexte pacifié, il importe que chacun reconnaisse l'existence des autres sites constitutionnels ainsi que leur égale légitimité et leur interdépendance réciproque. C'est le sens de la vision « *contrapuntique* »¹⁶ des relations entre droits nationaux et droit de l'Union européenne, qui tente de « *concilier l'inconciliable* »¹⁷ et qui semble être ici mise en pratique dans la jurisprudence de la Cour.

Deux tendances peuvent être en effet être décelées dans ses décisions récentes, qui tranchent avec sa jurisprudence traditionnelle relative au principe de primauté.

La première peut être décrite comme une tendance à l'individualisation du droit constitutionnel au sein des normes nationales, c'est-à-dire à la reconnaissance, par la Cour de justice, d'un statut spécifique aux normes ayant valeur constitutionnelle ou du moins à certaines de ces normes (I).

La seconde tendance se traduit la recherche, par la Cour, de la conciliation entre le droit constitutionnel des Etats et l'exigence d'effectivité du droit de l'Union, et qui passe notamment par une neutralisation du principe de primauté (II).

I. L'individualisation du droit constitutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Le mouvement par lequel le traitement réservé au droit constitutionnel des Etats tend à se distinguer de celui réservé aux autres normes d'origine nationale se vérifie à deux niveaux :

¹⁴ Cf. Florence GIORGI, « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », communication au VIIème congrès de l'Association française de droit constitutionnel (Paris, 25-27 septembre 2008), disponible sur le site www.droitconstitutionnel.org. Voir aussi, sur le pluralisme constitutionnel, Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, n°3/2002, p. 317 ; Jean-Victor LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 443 et, pour une discussion sur la validité de ces hypothèses, Vlad CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in *Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Centre de recherches sur l'Union européenne, Paris, 2001, p. 79.

¹⁵ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339.

¹⁶ Cf. M. POIARES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutionalism Pluralism in Action », in Neil WALKER, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 501. Pour voir notamment

¹⁷ Voir à ce titre Anne LEVADE, « identité constitutionnelle et exigences existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Centre de recherches sur l'Union européenne, Paris, 2001, p. 109. Voir aussi, sur ce thème, Guy CANIVET, « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire. Contre-éloge de la tragédie », in *Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., p. 611.

au niveau du fondement juridique tout d'abord (A.), et au niveau du régime juridique ensuite (B.).

A. L'individualisation du fondement juridique du droit constitutionnel

Le fondement juridique de l'invocation, devant la Cour, du droit constitutionnel étatique a subi une évolution marquée par l'émergence d'une base juridique propre ayant vocation à régir les rapports existant entre ce droit et le droit de l'Union.

A l'origine, l'affirmation par la Cour du principe de primauté est allée de pair avec la réfutation de la possibilité pour les Etats d'invoquer, à titre exonératoire, des arguments tirés de leur droit constitutionnel¹⁸. Admettre un tel raisonnement aurait en effet constitué un obstacle à l'uniformité du droit de l'Union dès lors que l'application effective de ce droit aurait varié en fonction de l'étendue du droit constitutionnel des Etats. Cette exigence que la primauté emporte la prévalence de toutes les normes qui en bénéficient sur toutes les normes auxquelles elle s'applique et ce, sans exception, se retrouve dans les conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro sur l'affaire *Michaniki*. Selon M. Poiares Maduro, « *le respect dû à l'identité constitutionnelle des Etats membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales. S'il en était ainsi, les constitutions nationales pourraient devenir un instrument permettant aux Etats membres de s'affranchir du droit communautaire dans des domaines déterminés. Bien plus, il pourrait en résulter des discriminations entre Etats membres en fonction du contenu donné par chacun d'eux à leurs constitutions nationales* »¹⁹.

La Cour a tout de même été amenée à tempérer ses exigences afin de favoriser l'acceptation du principe de primauté par les juridictions nationales. C'est ainsi qu'elle a accepté l'invocation par les Etats de justifications fondées sur leur constitution dès lors que celles-ci pouvaient être considérées par ailleurs comme des exigences inhérentes au droit de l'Union lui-même.

Il en va ainsi notamment des droits fondamentaux qui ont été invoqués par les juridictions nationales afin de faire échec à la primauté du droit communautaire. Sans remettre en cause sa conception absolue de ce principe, la Cour a accepté de prendre en compte les droits fondamentaux en considérant qu'ils faisaient partie des « *principes généraux du droit dont la Cour assure le respect* »²⁰. Il en va ainsi aussi de la notion « *d'ordre public* », qui permet selon les traités de déroger aux règles relatives à la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux²¹, et qui a pu servir de vecteur à l'invocation de principes à valeur constitutionnelle tels que le principe de dignité humaine dans l'arrêt *Omega*²². Il en va enfin de même de la catégorie jurisprudentielle des « *exigences impératives d'intérêt général* »²³ et de celle de « *raisons impérieuses d'intérêt général* »²⁴ qui possède un

¹⁸ Cette solution, qui n'était qu'implicite dans l'arrêt *Costa c/ ENEL*, préc. (« *le droit né du traité ne pourrait donc [...] se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit* » - souligné par nous), a été confirmée par la suite, dans l'arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, préc. : « *l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat* ».

¹⁹ Concl. M. Poiares Maduro sur CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, *Rec.* p. I-9999.

²⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. préc.

²¹ Voir les articles 36, 45, 51 et 63 TFUE (ex-articles 30, 39, 45 et 56 CE).

²² CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609.

²³ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentrale* (affaire dite « Cassis de Dijon »), aff. 120/78, *Rec.* p. 649.

but similaire et qui a de même permis à la Cour d'autoriser des Etats à déroger aux libertés fondamentales garanties par le traité sur le fondement d'arguments tirés de leur constitution, entendue au sens large²⁵.

Dans tous ces cas cependant, le support juridique de l'invocation du droit constitutionnel n'est pas propre à ce type de normes. En effet, tant les principes généraux du droit que l'ordre public ou les exigences impératives d'intérêt général sont indifférents à la valeur hiérarchique de la norme dont ils opèrent la réception.

Cette situation a connu une amorce de changement avec l'introduction, dans le traité sur l'Union européenne, d'un nouvel article F, paragraphe 1 (devenu article 6, paragraphe 3), réalisée par le traité de Maastricht. Cet article, qui dispose que « *l'Union européenne respecte l'identité nationale des Etats membres* », va être le détonateur d'une évolution de la jurisprudence dans le sens d'une autonomisation du fondement juridique du droit constitutionnel au sein de la catégorie autrefois indistincte du droit national. En effet, bien que le concept d' « *identité nationale* »²⁶ ne se prête pas à une définition univoque, il englobe le plus souvent des normes formellement constitutionnelles, la constitution ayant en règle générale vocation à graver dans le marbre les contours de l'identité nationale de l'Etat. En témoigne l'invocation par les Etats de cette disposition pour tenter de justifier des dérogations aux règles posées par les traités en se fondant sur des arguments tirés de leur droit constitutionnel, tels par exemple que leur structure constitutionnelle fédérale²⁷.

Ce nouvel article n'a cependant pas entraîné de changements majeurs dans l'appréhension, par la Cour, des justifications fondées sur le droit constitutionnel des Etats. L'article 6, paragraphe 3 TUE ne relevant pas de sa compétence, il n'a pu jouer le rôle de fondement juridique permettant de régler les conflits opposant le droit de l'Union européenne, d'une part, et le droit constitutionnel des Etats, d'autre part. Cela signifie que l'invocation du droit constitutionnel a continué à passer par le filtre, soit des principes généraux du droit communautaire, soit de l'ordre public, soit des dérogations jurisprudentielles au principe de libre circulation, bien que la Cour ait, au moins à une reprise, cherché à singulariser – au moins symboliquement – les conflits mettant en cause le droit constitutionnel des Etats en les liant à 6, paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne²⁸.

C'est le traité de Lisbonne qui a permis d'opérer la rupture épistémologique définitive. En effet, l'article 4, paragraphe 2 nouveau du traité sur l'Union européenne, qui n'est pas exclu de la compétence de la Cour de justice, dispose : « *L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder*

²⁴ CJCE, 3 décembre 1974, *van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec.* p. 1299.

²⁵ Voir en ce sens notamment, bien que la Cour ne fasse pas expressément référence à l'un de ses deux catégories, CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.* p. I-3207.

²⁶ Sur le concept d'identité nationale voir notamment Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les Etats membres de l'Union européenne ? », in *La France, l'Europe, le monde. Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 409. Voir aussi Marie-Claire PONTTHOREAU, « identités constitutionnelles et clause d'identité nationale », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 4/2007, p. 1576. Voir aussi les développements consacrés dans notre thèse de doctorat, *Le pouvoir constituant européen*, Nancy, 2008, à paraître aux éditions Bruylant en 2011, pp. 366 et s. et pp. 524 et s.

²⁷ Voir en ce sens CJCE, 4 mars 2004, *Allemagne c/ Commission*, C-344/01, *Rec.* p. I-02081.

²⁸ Voir notamment CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, préc.

la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre ».

Cet article confère une valeur de droit originaire au droit au respect de l'identité nationale des Etats, cette notion étant désormais expressément liée aux structures politiques et constitutionnelles des Etats ainsi qu'à leurs fonctions essentielles. Bien que la notion d'identité nationale telle qu'elle est ici définie et celle de droit constitutionnel ne se recoupent pas exactement, il n'empêche que cette nouvelle disposition affiche clairement la spécificité des règles constitutionnelles au sein des règles nationales, dans la mesure et dans la limite où elles reflètent l'identité nationale des Etats.

La réception de la thèse de la spécificité des règles constitutionnelles par la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas fait attendre²⁹.

Ainsi, dans un arrêt *Wittgenstein* rendu le 22 décembre 2010³⁰, la Cour a admis l'entrave à la libre circulation des personnes résultant de la législation autrichienne sur l'abolition des titres de noblesse au motif que cette loi avait valeur constitutionnelle et qu'elle faisait partie de l'identité nationale autrichienne. L'article 4, paragraphe 2 TUE a alors permis à la Cour d'apprécier favorablement la loi autrichienne, même si cet article ne semble pas être le seul fondement juridique de l'arrêt qui fait aussi appel à la notion d'ordre public et au principe d'égalité, qui a valeur de principe général du droit communautaire.

De même dans l'arrêt *Runevic-Vardyn* précité, la Cour a validé la protection de la langue officielle aménagée par la constitution lituanienne, alors même que celle-ci est susceptible d'entraver la libre circulation des citoyens de l'Union européenne, en se fondant là aussi sur l'article 4, paragraphe 2 TUE. Le mouvement d'autonomisation du droit constitutionnel par son fondement juridique est d'ailleurs quasiment achevé dans cet arrêt dans la mesure où la Cour ne prend plus la peine de se fonder sur la notion d'ordre public ou sur les principes généraux du droit pour fonder sa solution³¹. A terme, les conflits mettant en cause le droit constitutionnel des Etats et le droit de l'Union pourraient être exclusivement et totalement appréhendés sur le fondement de cet article 4, paragraphe 2, TUE.

Cette autonomisation du fondement juridique du droit constitutionnel se double d'une autonomisation du régime juridique applicable à ce même droit.

B. L'individualisation du régime juridique du droit constitutionnel

L'individualisation du régime juridique de l'invocation du droit constitutionnel devant la Cour de justice fait référence à l'émergence, dans sa jurisprudence, d'un traitement spécifique, plus favorable, réservé aux dérogations fondées sur le droit constitutionnel.

²⁹ Quoiqu'elle aurait pu venir plus tôt. Ainsi, dans l'arrêt *Melki* du 22 juin 2010 (préc.), la Cour n'a pas examiné le mécanisme français de la question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été renvoyé par la Cour de cassation sous l'angle de l'article 4, paragraphe 2 TUE.

³⁰ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, non encore publié au *Recueil*.

³¹ La Cour affirme que : « conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'Etat. Il s'ensuit que l'objectif poursuivi par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, visant à protéger la langue officielle nationale par l'imposition des règles de graphie prévues par cette langue, constitue, en principe, un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions aux droits de libre circulation et de séjour prévus à l'article 21 TFUE et peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec lesdits droits reconnus par le droit de l'Union », cf. CJUE, 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn*, préc., spéc. pts 86 et 87. Voir aussi en ce sens CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-51/08, non encore publié au *Recueil*, et CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-52/08, non encore publié au *Recueil*.

C'est notamment le cas dans les arrêts mettant en cause des restrictions aux libertés de circulation, justifiées par des arguments tirés du droit constitutionnel des Etats³². En effet, que ces restrictions empruntent le canal des dérogations expressément autorisées par le traité (telles que l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique) ou la catégorie prétorienne des « exigences impératives d'intérêt général » et des « raisons impérieuses d'intérêt général », la Cour semble être plus souple lorsque les Etats font valoir des justifications tirées de leur droit constitutionnel.

Cela se matérialise à deux niveaux. Tout d'abord, dans l'admission même de la dérogation aux règles du traité, dans la mesure où la Cour accepte beaucoup plus largement la légitimité des mesures étatiques restrictives dès lors qu'elles sont fondées sur des exigences de type constitutionnel. On peut citer à titre d'exemple les règles constitutionnelles qui protègent la ou les langues officielles d'un Etat. En dépit des restrictions à la libre circulation que de telles règles sont susceptibles d'entraîner, la Cour a très tôt reconnu qu'elles constituaient un « *but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire* »³³, affirmation réaffirmée récemment dans l'arrêt *Runevic-Vardyn* précité.

L'encadrement des dérogations aux libertés de circulation est de même plus souple lorsque qu'est en cause le droit constitutionnel des Etats.

Il est en effet de jurisprudence constante que les restrictions aux libertés de circulation ne sont acceptées par la Cour que si elles reposent sur un objectif légitime et sont strictement nécessaires pour atteindre le but visé, la Cour étant compétente pour procéder à ces vérifications. Or traditionnellement en la Cour de justice applique aux mesures nationales le test de la « mesure la moins restrictive »³⁴ ou « critère de l'entrave minimale » pour déterminer la licéité des mesures nationales restreignant les libertés garanties par le traité. Ce critère, visant à déterminer si l'objectif poursuivi par la réglementation nationale ne peut pas être atteint par une mesure moins restrictive des libertés de circulation, fait habituellement l'objet d'une appréciation assez exigeante. Le juge sanctionne ainsi tout déséquilibre, même mineur, entre les avantages supposés de la mesure et ses inconvénients pour la réalisation du marché intérieur, allant parfois jusqu'à suggérer aux autorités nationales quelles mesures seraient susceptibles de poursuivre l'objectif légitime invoqué tout en étant proportionnées à l'atteinte au commerce intracommunautaire³⁵.

Toutefois, lorsqu'est en cause une restriction fondée le droit constitutionnel d'un Etat, la Cour semble atténuer son contrôle du principe de proportionnalité. En particulier, la Cour

³² Sur ce point nous nous permettons de renvoyer à notre article, « La conciliation entre les droits et libertés dans la mise en œuvre des libertés communautaires de circulation », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 269-302.

³³ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. préc. ; CJCE, 28 novembre 1989, *Groener*, aff. C-379/87, *Rec.* p. I-3967, pt. 19 ; CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*, aff. C-250/06, *Rec.* p. I-11135, pt. 43 ; CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, aff. C-222/07, *Rec.* p. I-1407, pt. 27, *RAE*, 2009, p. 153, note O. Dubos.

³⁴ Voir en ce sens CJCE, 20 mai 1976, *Adriaan de Peijper*, aff. 104/75, *Rec.* p. 613, spéc. pt. 17 : « *une réglementation ou pratique nationale ne bénéficie donc pas de la dérogation de l'article 36 [devenu 30] lorsque la santé et la vie des personnes peuvent être protégées de manière aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires* ».

³⁵ Voir en ce sens CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. préc., spéc. pt. 13 : « *on ne saurait cependant aller jusqu'à considérer la fixation impérative de taux minima d'alcoolisation comme étant une garantie essentielle de la loyauté des transactions commerciales, alors qu'il est facile d'assurer une information convenable de l'acheteur par l'exigence d'une indication de la provenance et du titre alcoométrique sur l'emballage des produits* » (souligné par nous). Voir aussi CJCE, 19 février 1981, *Kelderman*, aff. 130/80, *Rec.* p. 527, spéc. pt. 12.

ne semble pas se livrer au test de la moindre entrave afin de contrôler la proportionnalité de la mesure.

Ainsi, dans l'arrêt *Schmidberger*, le juge s'est borné à rappeler que « *les autorités nationales, compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires* »³⁶. De même dans l'affaire *Omega*, la mesure d'interdiction n'est pas passée au crible du test de l'entrave minimale. En effet, selon la Cour, « *il n'est pas indispensable [...] que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause* »³⁷. De ce fait, « *la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un Etat membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre Etat* »³⁸.

La Cour récuse ainsi clairement la pertinence du test de la mesure la moins restrictive, qui impliquerait une certaine standardisation des droits constitutionnels nationaux. Prenant acte de la spécificité de ce droit, reflet de l'identité nationale dans toute sa singularité, la Cour reconnaît au contraire aux Etats une large marge d'appréciation. L'appel à la notion de « *marge d'appréciation des Etats* », qui n'est évidemment pas sans rappeler la méthode suivie par la Cour européenne des droits de l'Homme, ainsi que l'atténuation du contrôle de proportionnalité témoignent ainsi de la prise en compte croissante de la spécificité du droit constitutionnel (du moins dans sa dimension « droits fondamentaux ») au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Ces exemples montrent bien que l'on assiste à une différenciation du régime juridique accordé au droit constitutionnel des Etats, cette catégorie de norme acquérant ainsi une certaine autonomie au sein des normes juridiques nationales. L'individualisation du statut du droit constitutionnel dans la jurisprudence de la Cour peut être lue comme une tentative de répondre à l'aporie qui résulte de la coexistence du droit constitutionnelle, d'une part, et de l'exigence d'effectivité et d'uniformité du droit de l'Union, qui font figure d'exigences essentielles de cet ordre juridique, d'autre part.

Cette tentative est renforcée par la recherche, par la Cour de justice de l'Union européenne, d'une conciliation entre ces deux préoccupations également légitimes.

II. La conciliation du droit constitutionnel avec l'exigence d'effectivité du droit de l'Union

L'analyse de la jurisprudence de la Cour montre que la prise en compte croissante du droit constitutionnel s'est traduite par une neutralisation du principe de primauté, dont l'application stricte pouvait paraître contraire à l'objectif de conciliation (A.). Toutefois, la conciliation étant, selon la définition qu'en donne le *Littré*, le fait « d'accorder des choses qui semblent contraires », une telle action exclut de donner la préférence à l'un des deux termes en présence. La Cour a donc dû trouver des moyens lui permettant, tout en neutralisant le principe de primauté, de ne pas sacrifier l'exigence d'effectivité du droit de l'Union (B).

³⁶ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. préc., spéc. pt. 93.

³⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. préc., spéc. pt. 37.

³⁸ *Ibid.*, pt. 38.

A. La neutralisation³⁹ du principe de primauté

La neutralisation du principe de primauté induite par la recherche de conciliation s'est traduite par plusieurs techniques : la négation du conflit de normes, d'une part, et l'interprétation conforme, d'autre part. Ces deux techniques permettent à la Cour, d'éviter le conflit entre normes constitutionnelles et normes de droit de l'Union, qui rendrait inévitable l'utilisation de la primauté.

Par la première de ces techniques, il s'agit pour la Cour de récuser l'existence d'un antagonisme normatif afin de faire l'économie de la mise en œuvre du principe de primauté, qui est un principe éminemment conflictuel.

La Cour est amenée à faire usage de cette stratégie lorsqu'elle se déclare incompétente au motif que le conflit est purement interne et ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire. On peut en voir un exemple dans l'affaire *Grogan*⁴⁰ qui opposait, d'une part, l'article 40, paragraphe 3, troisième alinéa de la constitution irlandaise qui protège la vie de l'enfant à naître et, d'autre part, les articles du traité qui consacrent la libre prestation de services, ainsi que la liberté d'expression garantie par la Convention européenne des droits de l'Homme qui a valeur de principe général du droit communautaire. Les requérants estimaient en effet que ces dispositions communautaires avaient été méconnues par l'interdiction de diffuser des informations relatives à la possibilité de pratiquer des interruptions volontaires de grossesse au Royaume-Uni. La Cour a jugé que si elle était compétente pour fournir « *tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité d'une réglementation nationale avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect* »⁴¹, cette compétence se limitait aux réglementations nationales entrant dans le champ d'application du droit communautaire. Tel n'était pas le cas en l'espèce, le lien existant entre la diffusion d'informations sur la possibilité de pratiquer des interruptions volontaires de grossesse à l'étranger et la libre prestation de services étant selon la Cour trop ténu. L'exclusion de la réglementation litigieuse du champ d'application des libertés de circulation, qui dénote au regard de la jurisprudence traditionnelle de la Cour en la matière⁴², a permis à cette juridiction d'éviter d'avoir à trancher le litige opposant une norme nationale ayant valeur constitutionnelle et l'une des libertés fondamentales consacrées par le traité.

De même, la Cour a récemment eu à connaître d'une affaire *Chartry contre Belgique*, dans laquelle était mise en cause la législation belge imposant à toute juridiction devant laquelle est invoquée à la fois une exception d'inconstitutionnalité et une exception d'inconventionnalité, de poser en premier lieu à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle sur la constitutionnalité de la règle litigieuse. La juridiction de renvoi faisait valoir que cette obligation portait atteinte au droit à un recours effectif protégé par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui a valeur de principe général du droit de l'Union. La Cour, par une ordonnance en date du 1er mars 2011, a rejeté le renvoi pour incompétence manifeste au motif que le litige « *ne présente aucun élément de rattachement à*

³⁹ Terme que nous préférons à celui de « relativisation », dès lors que, comme nous l'avons dit ci-dessus, la primauté étant une règle de conflits de normes, elle ne se conçoit qu'absolue. Voir en ce sens Hélène GAUDIN, « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Centre de recherches sur l'Union européenne, Paris, 2001, p. 637.

⁴⁰ CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, aff. C-159/90, *Rec.* p. I-4685.

⁴¹ *Ibid.*, pt. 31.

⁴² Voir à titre d'exemple CJCE, 7 mars 1990, *GB-Inno-BM*, aff. C-362/88, *Rec.* p. I-667, dans lequel la Cour a estimé qu'une interdiction de diffuser de la publicité commerciale pouvait constituer une entrave à la libre circulation des marchandises et devait donc être appréhendée au regard des articles 30, 31 et 36 du traité CEE (devenus articles 34, 35 et 36 TFUE).

l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes, des services ou des capitaux [et qu']en outre, ledit litige ne porte pas sur l'application de mesures nationales par lesquelles l'État membre concerné mettrait en œuvre le droit de l'Union »⁴³. Par l'utilisation astucieuse d'un raisonnement axé sur le champ d'application du droit de l'Union européenne, la Cour évite ainsi d'avoir recours au principe de primauté, non sans avoir pris la peine, soit dit en passant, dans l'affaire *Chartry* précitée, de rappeler les solutions consacrées dans l'affaire *Melki*⁴⁴ qui concernait le mécanisme français de la question prioritaire de constitutionnalité.

Il est encore question de négation du conflit de normes lorsque la Cour transforme une potentielle contradiction entre normes constitutionnelles et normes de droit de l'Union en un litige ne mettant en cause que des normes de droit de l'Union.

La Cour a initié cette solution très tôt, puisque dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970 dans lequel elle avait jugé que « *l'invocation d'atteintes aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre ou aux principes de sa structure constitutionnelle ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté* »⁴⁵, elle s'était empressée d'ajouter que les droits fondamentaux faisaient « *partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect* » et que « *la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, [devait] être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* »⁴⁶. Tout en déniait aux Etats membre toute possibilité d'invoquer leur constitution afin de faire échec à une règle de droit communautaire, la Cour avait ainsi accepté d'opérer la réception des valeurs constitutionnelles fondamentales dans l'ordre juridique communautaire afin d'en assurer la garantie à ce niveau.

Elle a réitéré cette tactique dans l'arrêt *Omega*⁴⁷ dans lequel était en cause un conflit entre libertés fondamentales de circulation (en l'espèce la libre prestation de services) et la dignité humaine, protégée par la constitution allemande. Relevait que le principe constitutionnel invoqué avait son équivalent en droit communautaire, la Cour a réduit le conflit opposant les libertés communautaires de circulation aux dispositions constitutionnelles nationales garantissant les droits fondamentaux des individus à un antagonisme entre normes purement communautaires : les principes généraux du droit, d'une part, et les libertés fondamentales garanties par les traités d'autre part. Ce faisant, la Cour a réussi à désamorcer le potentiel conflictuel du principe de primauté, qui ne joue que lorsque sont en cause des normes issues de deux ordres juridiques distincts.

L'autre manœuvre permettant à la Cour de neutraliser le principe de primauté est la technique de l'interprétation conforme, par laquelle la Cour réduit la contraction apparente entre deux normes issues des deux ordres juridiques en conciliant, lorsque cela est possible, leur contenu matériel. On peut en voir un exemple dans l'affaire *Melki* dans laquelle c'est fondamentalement cette technique qui a permis à la Cour de Luxembourg de valider le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, dont la compatibilité avec le droit

⁴³ CJUE (ord.), 1er mars 2011, *Chartry c/ Belgique*, aff. C-457/09, non encore publié au *Recueil*.

⁴⁴ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, aff. préc.

⁴⁵ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125, pt. 3.

⁴⁶ *Ibid.*, pt. 4.

⁴⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. préc. Voir aussi pour un raisonnement similaire CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659 et CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec.* p. I-505.

de l'Union européenne avait été soulevée par la Cour de cassation française⁴⁸. Dans l'arrêt en date du 22 juin 2010, rendu aux conclusions contraires de l'avocat général M. Mazak, la Cour a commencé par juger que « *force est de constater qu'il découle des principes dégagés par la jurisprudence [...] que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation nationale telle que décrite dans les décisions de renvoi* », avant de relever qu'une autre interprétation, plus conforme aux exigences découlant de l'appartenance à l'Union européenne, avait été adoptée par le Conseil constitutionnel⁴⁹ et le Conseil d'Etat français⁵⁰. C'est l'existence d'une telle interprétation conciliatrice qui a permis à la Cour d'avaliser la question prioritaire de constitutionnalité, au prix de l'édition de trois réserves interprétatives qui conditionnent la compatibilité du mécanisme français au droit de l'Union⁵¹.

Comme on peut le voir à travers ces exemples, la neutralisation du principe de primauté, qu'elle se traduise par la négation du conflit de normes ou par la recherche d'une interprétation conforme ou conciliatrice semble gagner du terrain dans la jurisprudence de la Cour, tout du moins lorsque l'Etat invoque un fait justificatif tiré de son droit constitutionnel. Le principal intérêt de cette jurisprudence est qu'elle minimise les risques de frictions entre les normes issues des deux ordres juridiques, frictions qui ne devraient cesser de s'accroître à mesure que le champ d'application du droit de l'Union européenne s'élargit. Elle permet en effet de préserver les choix constitutionnels des Etats membres, potentiellement mis à mal par une affirmation stricte du principe de primauté, sans pour autant sacrifier l'effectivité du droit communautaire.

B. la préservation de l'effectivité du droit de l'UE

La neutralisation du principe de primauté annonce-t-elle la perte d'effectivité du droit de l'Union et, plus généralement, la fin inéluctable de l'intégration ? On pourrait le croire à première vue, tant la voie jurisprudentielle initiée par la Cour de Luxembourg semble avoir été interprétée, par certaines juridictions nationales, comme un blanc-seing donné à l'édition de réserves de constitutionnalité. La fréquence de telles jurisprudences nationales réticentes voire hostiles à l'intégration semble en effet s'être accélérée ces dernières années et l'on peut

⁴⁸ C. cass., 16 avril 2010, *M. Aziz Melki*, n° 10-40.001, *AJDA*, 2010, p. 1023, note P. Manin. Pour un commentaire de cette décision voir notamment Denys SIMON et Anne RIGAUX, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, mai 2010, Etude n° 5 ; Fabrice PICOD, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de l'Union européenne », *JCP G*, n° 18, 3 mai 2010, 509 ; Bertrand MATHIEU, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP G* 2010, n° 17, p. 17.

⁴⁹ Cons. const., décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, *JO* du 13 mai 2010, p. 8897. Sur cette décision voir notamment Bertrand MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu - A propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel », *JCP G*, n°21, 24 Mai 2010, 576.

⁵⁰ CE, 14 mai 2010, n° 312305, *Rujovic*. Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt CE, 16 juin 2010, n° 340250, *Assetou Diaké*.

⁵¹ Ainsi, les dispositions de la loi organique française sont-elles considérées comme compatibles avec les dispositions du droit de l'Union « *pour autant que les autres juridictions nationales restent libres de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union* », CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, aff. préc., spéc. pt. 57.

citer à cet égard les positions de la Cour constitutionnelle allemande⁵² ou encore des Tribunaux constitutionnels espagnol⁵³ et polonais⁵⁴.

Cette affirmation doit être nuancée. En effet, si la Cour semble avoir adopté une attitude conciliatrice, favorable au pluralisme constitutionnel, elle n'a pas abandonné la défense de l'effectivité du droit de l'Union et son corollaire, l'uniformité de ce droit.

Tout d'abord, la voie choisie par la Cour de justice afin d'accroître la prise en compte du droit constitutionnel reste régie par le droit de l'Union européenne, dont la Cour de justice est l'unique interprète. En effet, l'invocation du droit constitutionnel en droit de l'Union emprunte des canaux « communautarisés », qu'il s'agisse de la catégories des dérogations textuelles aux libertés de circulation (la notion d'ordre public), de la catégorie des dérogations jurisprudentielles à ces mêmes libertés (les « exigences impératives d'intérêt général » ou « raisons impérieuses d'intérêt général »), ou encore de l'actuel article 4, paragraphe 2 TUE. En ce sens, c'est toujours la Cour de Luxembourg qui décide des contours de la notion « d'ordre public », de celle « d'identité nationale » ou plus largement « d'intérêt légitime » permettant aux Etats de déroger aux règles du traité.

De même c'est à la Cour qu'échoit la tâche de contrôler si l'atteinte au droit de l'Union fondée sur le droit constitutionnel des Etats est compatible avec les règles du traité, cette vérification prenant la forme d'un contrôle de la proportionnalité de la mesure avec l'objectif poursuivi. C'est ainsi que la Cour a condamné pour manquement, dans un arrêt du 24 mai 2011, la législation luxembourgeoise qui réserve l'accès à la profession de notaire aux ressortissants luxembourgeois uniquement, au motif que celle-ci était contraire à la libre circulation des personnes garantie par les traités. Alors que le Luxembourg avait tenté de faire valoir un argument tiré de la préservation de l'identité nationale, en ce que la condition de nationalité litigieuse visait à préserver l'emploi de la langue luxembourgeoise dans l'exercice des activités du notaire, la Cour a jugé que « *si la sauvegarde de l'identité nationale des Etats membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique de l'Union, ainsi que le reconnaît d'ailleurs l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'intérêt invoqué par le Grand-Duché peut toutefois être utilement préservé par d'autres moyens que l'exclusion, à titre général, des ressortissants des autres Etats membres* »⁵⁵ et, partant, que la mesure était disproportionnée.

En dernier lieu, si la Cour accepte dans certaines hypothèses de neutraliser le principe de primauté, elle n'a bien entendu pas entendu renoncer totalement à en faire utilisation. On peut en voir un exemple dans l'arrêt *Filipiak*, dans lequel la Cour a dit pour droit que « *la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles* »⁵⁶, ou encore l'arrêt de Grande chambre *Winner Wetten* dans lequel la Cour a réaffirmé de manière péremptoire qu' « *il ne saurait être admis que des règles de droit*

⁵² Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, RTDE, n° 4/2009, pp. 799-824.

⁵³ Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 sur la compatibilité du traité établissant une constitution pour l'Europe avec la Constitution espagnole du 27 décembre 1968, *RFD adm.*, 2005, p. 43.

⁵⁴ Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, *Traité d'adhésion*, K 18/04.

⁵⁵ CJUE (GC), 24 mai 2011, *Commission c/ Luxembourg*, C-51/08, non encore publié au *Recueil*.

⁵⁶ CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, *Rec.* p. I-11049, pt. 85.

national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union »⁵⁷. La primauté n'a ainsi pas disparu de l'arsenal des outils à disposition de la Cour, arsenal qui s'est par ailleurs renforcé avec la consécration par la Cour de la possibilité pour un Etat de voir sa responsabilité mise en jeu⁵⁸ ou d'être condamné en manquement⁵⁹, alors même que la violation du droit de l'Union émanerait de l'une de ses juridictions. De même la prise en compte croissante d'arguments tirés du droit constitutionnel des Etats n'autorise pas les Etats à déroger unilatéralement aux règles prises par les institutions. En effet la jurisprudence *Foto-Frost*⁶⁰ selon laquelle la Cour de justice est seule compétente pour constater l'invalidité d'un acte pris par les institutions n'a pas été remise en cause, ainsi que la Cour l'a d'ailleurs fermement rappelé dans l'arrêt *Melki* précité⁶¹.

Il n'en demeure pas moins que, si la primauté n'a pas disparu, elle tend à devenir un simple instrument au service de l'effectivité du droit de l'Union européenne, instrument qui a vocation à s'effacer pour laisser place à des techniques plus souples. Cet infléchissement de la jurisprudence de la Cour témoigne du développement d'un véritable esprit de « *tolérance constitutionnelle* »⁶², alors que l'application stricte du principe de primauté pouvait parfois apparaître stérile⁶³.

Considérée sous cet angle, la stratégie de la Cour semble être gagnante. On peut en voir un signe annonciateur dans la décision par laquelle la Cour constitutionnelle italienne a accepté d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁴, rompant ainsi avec une jurisprudence aussi constante que décriée. De même les décisions des cours constitutionnelles nationales qui semblent faire obstacle à l'intégration peuvent parfois donner lieu à une double lecture, dans la mesure où la consécration formelle d'une réserve de constitutionnalité va de pair avec un approfondissement de l'intégration, au sens matériel. On en veut pour preuve les décisions du Conseil constitutionnel relative au statut des lois de transposition des directives⁶⁵, puisque la Haute juridiction a consacré, dans un même

⁵⁷ CJUE (grande chambre), 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, non encore publié au *Recueil*, pt. 61.

⁵⁸ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239 ; *Europe*, 2003, chron. 12, p. 3, obs. D. Simon ; *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, p. 488, comm. D. Ritleng. Les conséquences de l'arrêt Köbler ont été précisées dans un arrêt CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec.* p. I-5177, *RMCUE*, 2006, p. 609, comm. F. Chaltiel.

⁵⁹ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, *Rec.* p. I-14637, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, p. 496, obs. D. Ritleng.

⁶⁰ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199.

⁶¹ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, aff. préc., spéc. pt 54 : « Il convient, par ailleurs, de souligner que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union ».

⁶² Voir en ce sens Joseph WEILER, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2002, p. 151.

⁶³ Cf. Dominique RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, p. 677.

⁶⁴ Cour constitutionnelle italienne, ordonnance n°102 du 15 avril 2008. Sur cette décision voir notamment Franck LAFFAILLE, « Il y a toujours une première fois. A propos de l'application de l'article 234 TCE par la Cour constitutionnelle italienne », *RTDE*, 2009, p. 459.

⁶⁵ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, préc. ; décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, préc. ; décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, préc. ; décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, préc.

mouvement, l'immunité constitutionnelle de ces lois et la nécessité de protéger « l'identité constitutionnelle »⁶⁶ de la France.

En définitive et bien que l'évolution ne soit pas encore achevée, il semble que l'on assiste à l'émergence, dans la jurisprudence de la Cour, d'un statut contentieux propre au droit constitutionnel, qui se caractérise par un fondement et un régime juridiques autonomes et une neutralisation relative du principe de primauté. Ce résultat pourrait s'analyser comme un recul de l'intégration européenne, dans la mesure où le principe de primauté, que certains auteurs ont décrit comme un principe potentiellement centralisateur⁶⁷, voit son importance décroître. On peut cependant aussi y voir la traduction juridique de ce que l'Union européenne se dirige vers le modèle de la Fédération d'Etats⁶⁸, qui se caractérise par la présence sur un même territoire de deux ordres juridiques dont il importe d'organiser la cohabitation. Or, la voie ouverte par la jurisprudence de la Cour paraît être la seule à même de gérer la pluralité constitutionnelle consubstantielle inhérente à cette forme d'association politique.

⁶⁶ Sur ce concept d'identité constitutionnelle et son acception dans les différents Etats membres de l'Union européenne voir Constance GREWE et Joël RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : *flash-back* sur le *coming-out* d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 319. Voir aussi Jean-Denis MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne », in *Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, op. cit.*, p. 145.

⁶⁷ M. Blanchard note ainsi qu'avec l'arrêt *Costa c/ ENEL*, la Cour a développé « une vision moniste des rapports entre ordres juridiques privilégiant le déterminant hiérarchique au bénéfice de l'ordre juridique de l'intégration ». Cf. David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, thèse, Rennes, 2001, Rennes, Editions Apogée, 2001, 476 pages, spéc. p. 102.

⁶⁸ Sur la théorie de la Fédération d'Etats, voir notamment Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 pages ; Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, vol. 294 (2002), p. 63.